

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

### CÓDIGO PENAL

#### ARTÍCULO 2.2

*Aplicación retroactiva y de oficio de la LO 7/1998, de 5 octubre por la que se suprimen las penas de prisión para los insumisos*

Segundo.—No obstante ello, en el *BOE*, de fecha 6 de octubre de 1998, se publica la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos. Y en la disposición transitoria segunda de dicha Ley Orgánica se establece que «los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos en cuanto favorezcan a los condenados mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior. En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la presente Ley». Y ciertamente la reforma operada en el artículo 604 del Código Penal, que tipifica el delito contra el deber de prestación del servicio militar, al rebajar la pena, en todos los supuestos, a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años, resulta más beneficiosa para el recurrente, por lo que se aplicará de oficio y con carácter retroactivo, considerándose ponderada a los hechos enjuiciados la pena mínima de cuatro años de inhabilitación especial.

(Sentencia de 28 de enero de 1999)

*Posibilidad de revisar auto firme de revisión de sentencia en atención al cambio jurisprudencial operado respecto al abono de la redención de penas por el trabajo: mayor relevancia del valor justicia*

Primero.—(...) Denegada la revisión de la sentencia, con acuerdo del propio Letrado del ahora recurrente y de él mismo, en tiempo posterior, se produce el

importante cambio jurisprudencial que supuso la Sentencia de 18 de julio seguida por la de 13 de noviembre de 1996 en cuanto a las redenciones por trabajo penitenciario ganadas hasta la vigencia del actual Código Penal, las que por constituir un derecho ya adquirido por el recluso, no le impedía optar por la aplicación de las penas del nuevo Código si le era más beneficioso, criterio jurisprudencial que tuvo gran trascendencia y que finalmente, ya consolidada la nueva doctrina, motivó la Circular 3/1996 de la Fiscalía General del Estado que rectificó la anterior Circular 1/1996, precisamente a la vista de la nueva doctrina jurisprudencial representada en las dos resoluciones citadas que después han sido reiteradas en multitud de ocasiones.

El problema se plantea en casos en los que como el presente, existe una primera resolución contraria a la revisión, que deviene firme, y que tras la nueva doctrina jurisprudencial exigiría una revisión de la revisión al serle más beneficioso la aplicación al reo de las penas del nuevo Código Penal descontándole la redención adquirida hasta el día del inicio de la vigencia del actual Código Penal –25 de mayo de 1996.

Esta posibilidad de revisar lo ya revisado y que devino firme, plantea evidentes problemas tanto de derecho procesal como de derecho sustantivo algunos con claro contenido constitucional pudiendo aparecer afectados el derecho de igualdad y a no padecer discriminación –artículo 14 CE–, el de respeto al valor superior de la justicia –artículo 1.1.º CE–, pero también y en otro sentido, el de seguridad jurídica –artículo 9.3.º CE–, así como el principio de invariabilidad de las sentencias y autos definitivos –artículo 267.1.º LOPJ.

En todo caso, la mayor relevancia del valor justicia, valor superior, y por lo tanto fundamental y fundamentador del Ordenamiento Jurídico no parece que se concilie con hacer depender el tiempo de prisión efectiva de unos u otros penados de los diversos ritmos procesales según las resoluciones firmes no revisorias se hayan dictado antes o después de la consolidada doctrina de esta Sala ya citadas.

En este sentido, el informe del Ministerio Fiscal acepta la aplicación al caso de autos del artículo 2.2 del vigente Código Penal por estimar que los problemas de retroactividad punitiva tienen naturaleza de garantía esencial, y consecuencia de ello es la aplicación del principio de retroactividad penal en lo favorable, no ya al propio Texto Legal sino también a la jurisprudencia tal y como ha postulado algún sector doctrinal, por ello y aun reconociendo lo difuso que supone determinar ese grado en el que la jurisprudencia puede tener un contenido normativo –lo que constituye un «prius», respecto a la naturaleza complementaria que le otorga el artículo 1.6.º Código Civil–, es lo cierto que en el caso que se estudia, resulta claro que la nueva tesis jurisprudencial en relación a los días de redención ganados y a su compatibilidad con la aplicación de las penas del nuevo Código, tiene un valor normativo que permite vía artículo 2.2.º la revisión de las causas ya revisadas anteriormente.

(Sentencia de 2 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 5

### *Dolo directo. Diferencias entre dolo eventual y culpa consciente*

Tercero.–Como dice la Sentencia de 5 de mayo de 1998, y de acuerdo con la doctrina reiterada, entre otras, por las Sentencias de 24 de abril y 16 de enero de 1995, 27 de octubre y 20 de septiembre de 1993, el dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad para realizarlo. El dolo va enraizado en

la psiquis de la persona por medio de dos circunstancias distintas, una el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva, y otra el requisito volitivo, de la voluntad, como desencadenante de todos los deseos y tendencias que se esconden en lo más profundo del alma humana.

El dolo directo (Sentencia de 29 de enero de 1992) existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante, sin renunciar a la ejecución de los actos pensados. En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se desee, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

Ese dolo, directo o indirecto, como querer (distinto del móvil como fin u objetivo perseguido), ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giren alrededor de la conducta enjuiciada, en cuyo análisis no puede faltar el amplio estudio de la personalidad del sujeto de que se trate, junto con todas aquellas (anteriores, coetáneas y posteriores) que estén en el hecho concreto acaecido, con apoyo siempre del razonamiento deductivo que impone el artículo 1253 del Código Civil.

Tratando de explicar las diferencias entre las conductas intencionales, especialmente indirectas, y las imprudentes (Sentencias de 25 de noviembre de 1991 y 20 de febrero de 1993), esta Sala Segunda ha seguido las teorías de la probabilidad, del sentimiento y del consentimiento, pero dando más relevancia a esta última por resultar, fundamentalmente, la menos equívoca. El conocimiento de la probabilidad del evento, junto al deseo o sentimiento de que el mismo no se produzca, no obsta para que el sujeto activo acepte porque consiente tal consecuencia (dolo eventual). Se erige así el consentimiento en el eje de la disquisición por cuanto que con él se define y concreta el dolo eventual (el autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, la asume sin desistir de la acción que pueda causar).

La diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente suscita doctrinalmente las más dispares controversias en un amplio tema en el que las perspectivas subjetiva y objetiva se entrecruzan y confunden. Frente a las teorías que opinaban que el dolo eventual debía ser absorbido por la imprudencia, o que la culpa consciente realmente no se diferencia del repetido dolo eventual, acabó por imponerse la idea de que entre ambos conceptos existe una nota común determinada por la posibilidad de producción del resultado en la representación del agente. Lo que ocurre es que en el dolo eventual se presenta como probable *ex ante* y pese a ello se consiente en la ejecución conforme a lo ya expuesto, en tanto que en los casos de culpa consciente, tal posibilidad se ofrece al conocimiento del autor simultáneamente a la acción, sobre la misma dinámica fáctica, pero confiando plenamente en que el resultado no se originará (ver las Sentencias de 20 y 22 de septiembre de 1993). También, y sobre la base de la peligrosidad, se dice que la representación de un peligro concreto determina el dolo indirecto, en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa.

Tales consideraciones son ahora esenciales en cuanto sirven para matizar la conducta seguida por los dos acusados, conducta que, por los datos que la conforman y la reiteración de los ataques a las dos víctimas, responsabiliza una intención y un

deseo claro, dolo directo que, fuera pues de cualquier imprudencia o culpa consciente, quiso obtener un resultado al final no logrado por causas independientes a su voluntad.

(Sentencia de 11 de noviembre de 1999)

### ARTÍCULO 8.3

#### *Concurso de leyes entre punición de contrabando y tráfico de drogas: aplicabilidad sólo de este último delito*

Primero.—(...) En este sentido hemos de decir que la repercusión del nuevo Código Penal y de la reciente Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, sobre los supuestos de introducción en España de sustancias estupefacientes procedentes de otros países ha sido objeto de consideración en un Pleno de la Sala celebrado el pasado 24 de noviembre (de 1997) en el que se acordó que la concurrencia de tráfico de drogas y contrabando sólo dará lugar a un concurso de normas y no a un concurso de delitos. Esta nueva situación jurídica justifica el cambio de criterio respecto a sentencias pronunciadas con anterioridad, habiéndose recogido por esta Sala, en Sentencia 1088/1997, de 1 de diciembre, las razones que se tienen en cuenta para seguir esta nueva orientación. Como más destacadas podemos señalar las siguientes: a) La nueva redacción tanto del Código Penal como de la Ley de Contrabando plantea una nueva situación, dada la modificación operada en el sistema de consecuencias jurídicas y en las reglas de su ejecución. Si se tienen en cuenta estos aspectos se comprueba una considerable intensificación del rigor penal sufrido por el delito de tráfico de drogas previsto ahora en el artículo 368 CP, especialmente cuando ha desaparecido la redención de penas por el trabajo que preveía el artículo 100 del derogado CP de 1973. b) El llamado «plus de antijuridicidad» al que se vienen refiriendo algunas sentencias de esta Sala para justificar el concurso ideal entre el delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas y el delito de contrabando, en los supuestos en que se introduce la droga en España desde el exterior, tiene que haber sido incluido por el legislador en la amenaza penal prevista para el tráfico de drogas en el vigente artículo 368 CP, dado que, de lo contrario, la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho. Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción depende en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico de drogas, quedando consumida la supuesta lesión de la norma del contrabando en la del tráfico de drogas en virtud del principio *lex consumens derogat lex consumptae*. c) Sobre la base de estas consideraciones, la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar en el nuevo derecho a un concurso de normas que se resuelve según lo establecido en el artículo 8.3° CP. d) En suma: en los supuestos de introducción de la droga en España desde el exterior el artículo 368 CP alcanza toda la ilicitud del hecho, pues no existe un interés fiscal defraudado en la medida en la que aunque el autor lo hubiera querido satisfacer ello no hubiera sido posible. Asimismo, tampoco existe en estos casos un mayor peligro para la salud pública, toda vez que todo el peligro proviene de la tenencia de la droga dentro del territorio. Precisamente lo que crea el peligro es la introducción de la droga en España y no su introducción por sí misma —cfr. Tribunal Supremo 26 enero y 2 de febrero de 1998.

(Sentencia de 15 de enero de 1999)

Quinto.—Es la vía impugnativa abierta la que permite que en relación con el delito de contrabando se active la doctrina sentada por este Tribunal a partir del criterio adoptado en Sala General de 24 de noviembre de 1997 (Sentencia 1088/1997, de 1 de diciembre) que plasma el acuerdo del Pleno de dicha fecha y a cuya virtud se señala que, en razón de la situación jurídica posterior a la Reforma de 1995, la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar a un concurso de normas, pues el artículo 368 abarca toda la ilicitud del hecho al no existir un interés fiscal defendido en la medida en que, aun cuando el autor lo hubiera querido satisfacer, ello no sería posible y en cuanto que la mayor gravedad del hecho deriva de la introducción de la droga desde el extranjero, puede ser adecuadamente reprimida, si se estima procedente en el caso concreto, a través del amplio margen de individualización de las nuevas penas previstas por el Código Penal de 1995, ya suficientemente elevadas sin acudir a la ampliación de otro tipo adicional. En tanto que dicha determinación es favorable al recurrente, por lo mismo y a tenor de lo dispuesto en el artículo 903 LECrim, debe hacerse extensiva al resto de condenados que no han recurrido.

(Sentencia de 22 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 11

### *Elementos de la comisión por omisión*

Primero.—(...) El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada «acción», que también podemos llamar «comisión», y un no hacer lo debido, en principio considerada como conducta pasiva, denominada «omisión». Ambos aspectos aparecen previstos en el artículo 1.1 del Código Penal de 1973 y en los artículos 1.1, 10 y 11 del vigente Código Penal.

De la lectura del relato fáctico se puede apreciar que el recurrente ha infringido el deber de evitar un resultado dejando de realizar aquello que era obligado y exigido por el ordenamiento, supuesto que se llama de omisión impropia o de comisión por omisión.

Varios son los criterios sostenidos en la doctrina para diferenciar una conducta comisiva de la que es omisiva en la modalidad denominada comisión por omisión. De ellos parece destacar, por su acertada construcción, aquel que se fija en el momento en el que la voluntad criminal se exterioriza. Desde este punto de vista la distinción se encontrará en función, o a partir, del momento en que la voluntad del autor se concreta en llevar a cabo su plan. Si esa concreción se sitúa al comienzo de los hechos que constituyen el delito, se tratará de un delito de acción en que la omisión no es más que un medio para alcanzar el resultado, fin que se alcanza a través de un medio omisivo. Por el contrario, será delito de comisión por omisión cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya había comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado.

Esta distinción sólo se presenta particularmente difícil en los supuestos de injerencia. Si se trata de otra vía de la posición de garante no es necesario detenerse en el problema ya que la obligación de actuar y evitar el resultado surge en un momento posterior, como ha sucedido en el supuesto que examinamos.

El recurrente, Inspector de Policía y Jefe de Servicio en la Comisaría donde se produjeron los hechos, era el máximo responsable, en ese momento, tanto de las denuncias como de los detenidos, encontrándose, pues, en posición de garante de todo aquello sobre lo que se extendía su mando y responsabilidad. Y ello permite conformar un delito de comisión por omisión, en lo que se coincide con el Tribunal de instancia.

La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: *a)* una situación típica; *b)* ausencia de la acción determinada que le era exigida; y *c)* capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, el recurrente era el máximo responsable de la situación de los detenidos, sin que pueda estimarse como se pretende, una delegación de responsabilidades que en modo alguno resulta acreditada y que sería incompatible con las funciones que le eran propias por el cargo que en ese momento ejercía. Su posición de garante aparece incuestionable.

Tampoco ofrece cuestión que el recurrente omitió la acción debida, ya que oyó los gritos del detenido pidiendo auxilio y ello le determinó a asomarse a la habitación donde se estaban produciendo las agresiones y, no obstante comprobar lo que ocurría, desatendió el deber que le imponía su jefatura de cortar de inmediato lo que estaba sucediendo, que estaba obligado a evitar, y adoptar las medidas oportunas. Nada de eso hizo. Nada impedía al recurrente evitar o terminar con las agresiones.

El dolo en los delitos de omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina de esta Sala. Así las Sentencias de 30 de junio de 1988 y 28 de enero de 1994 destacan que en los delitos de omisión el dolo «se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa... En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción...».

El recurrente tuvo perfecto conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, como era el peligro que corría la integridad física del detenido por las agresiones que estaba sufriendo. Asimismo, no cabe duda de que el recurrente tuvo conocimiento de su capacidad de acción, es decir, la posibilidad de interrumpir inmediatamente las agresiones. Por último, no ofrece tampoco la menor duda que el recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, a las que antes nos hemos referido, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. El dolo, por todo lo que se acaba de exponer, estaba presente en la conducta omisiva del recurrente.

(Sentencia de 22 de noviembre de 1999)

## ARTÍCULO 12

*Requisitos y elementos de la conducta imprudente*

Segundo.—Según una reiterada doctrina de esta Sala, —Sentencias 14 febrero, 10 abril 1997 y 2 marzo 1998—, la estimación de una conducta imprudente, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos, *a*) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; *b*) infracción del deber de cuidado; *c*) creación de un riesgo previsible y evitable; y *d*) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta (v. SS. de 19 de abril de 1926, 7 de enero de 1935, 6 de marzo de 1948, 28 de junio de 1957, 19 de junio de 1972 y 15 de marzo de 1976, entre otras). La más reciente doctrina de esta Sala habla, en relación con el deber de cuidado, de «trasgresión de una norma socio-cultural que está demandando la actuación de una forma determinada, que integra el elemento normativo externo» (v. SS. de 22 de mayo de 1992 y de 4 de febrero de 1993, entre otras). El núcleo del tipo del injusto del delito imprudente —se dice en la Sentencia de 13 de octubre de 1993— lo constituye la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Por lo demás, con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un «elemento psicológico» que afecta al poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y de evitar el evento dañoso, y el «normativo» representado por la infracción del deber de cuidado (v. SS. de 5 de marzo de 1974 y de 4 de febrero de 1976, entre otras). En todo caso —tiene declarado esta Sala— la relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata (v. SS. de 6 de octubre de 1960, 15 de octubre de 1969 y 23 de enero de 1976, entre otras).

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

*Tratamiento de la imprudencia en el Código Penal de 1995*

Primero.—El nuevo Código Penal de 1995 ha introducido una sustancial modificación, ciertamente espectacular, no por eso menos acertada, en lo que respecta a los delitos cometidos por imprudencia, abandonando la definición genérica que se contenía en el artículo 565 para sustituirla por los supuestos de delitos concretos, en los casos en que como infracción penal vinieren significados.

Según el artículo 12 la imprudencia criminal sólo se castigaría cuando expresamente lo disponga la Ley, precepto éste que supone el punto de partida para toda la nueva regulación jurídica y penal de las imprudencias. El «peculiarísimo sistema» que hasta ahora regía la culpa (según decía el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), culminaba con el genérico artículo 565 del Código de 1973, el cual venía a plantear la duda de si se trataba de un delito de imprudencia o de unas reglas de punición de delitos cometidos por imprudencia.

Segundo.—El problema, de indudable interés práctico, era trascendental, en tanto si se seguía la primera interpretación, la conducta imprudente con varios resultados daría lugar a la imposición de una sola pena, en atención al más grave, mientras que si se aceptaba la segunda tesis se aplicarían las reglas del concurso ideal. Dicho queda que el vigente Código, siguiendo el precepto marcado por el Proyecto de 1980, por el Anteproyecto de 1983 y por el Proyecto de 1992, ofrece un catálogo cerrado de «crimina culposa» y prescinde de la regulación genérica antes dicha, con lo cual quiere

decirse que en el caso de varios resultados, se sancionará los hechos conforme a las reglas del artículo 77 actual.

Desaparece, en la nueva regulación, la tradicional clasificación tripartita de imprudencia temeraria simple, con y sin infracción de reglamentos, que se ve sustituida por la doble de imprudencia grave (la única que constituye delito) y la leve, que se contempla como falta en el artículo 621.2.3, limitada tal levedad delictiva a los supuestos de muerte y lesiones.

Tercero.—El homicidio por imprudencia se encuentra regulado en el artículo 142 del Código, que alude a la imprudencia grave, equivalente a la imprudencia temeraria del derogado. En dicho precepto cabe la imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como en la culpa inconsciente. Ello es así porque el artículo 142 se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto.

El artículo alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad. Se habla así, en las tradicionales resoluciones de esta Sala, de «falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias», o de «ausencia absoluta de cautela». Solamente cabe decir, en esta obligada introducción jurídica, que el artículo 142 no alude a la infracción de reglamentos para fijar criterios legales de imprudencia, precisamente porque las previsiones reglamentarias no se corresponden *per se* con las normas de cuidado. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales.

Cuarto.—En el supuesto de ahora el acusado fue condenado por el artículo 142 porque, conduciendo la motocicleta que se indica, circulaba a mayor velocidad de la permitida, y al llegar a un paso de peatones señalizado vertical y horizontalmente, también por no ir atento a la circulación y no guardar la distancia necesaria con la motocicleta que le precedía, atropelló a la víctima, de cuya presencia no se apercibió, cuando cruzaba el susodicho paso de peatones.

Sabido es el casuismo fundamental que rige todo cuanto a la imprudencia en la circulación se refiere. Ese casuismo ha propiciado innumerables resoluciones, de todas clases, respecto de las causas, de las definiciones y de los efectos al hecho acaecido correspondiente. Mas, sin embargo, siempre existió un elemento común como configurador de la más grave de las imprudencias, en los casos en los que se faltaba a las más elementales normas de precaución y cautela, conjugando el deber objetivo de cautela, la permisibilidad y la participación mental del sujeto.

Pero la permisibilidad que propicia la unión entre la acción y el efecto, exige en lo fundamental, que la acción por su propia peligrosidad pueda producir ese resultado y que ello sea previsible por un ciudadano medio situado en las mismas condiciones y circunstancias que el autor del hecho.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

Dejando de lado las sucesivas teorías de la previsibilidad del resultado lesivo producido, de la capacidad del agente para prevenirlo o de la omisión del deber objetivo de cuidado, se llega con un sentido práctico a la consideración simplista de que en una sociedad de riesgos aceptados, según decía la Sentencia de 4 de febrero de 1993, la culpa consiste precisamente en llevar el riesgo de la acción más allá de los límites socialmente admitidos. En definitiva, «se trata de que toda persona acomode su conducta, cuando ésta puede trascender a terceros, a unos patrones que eviten aumentar las posibilidades o probabilidades de lesionar los bienes jurídicos de tales terceros».

Quinto.—No puede caber duda alguna del proceder temerario del acusado, tanto más si se tiene en cuenta que concurrió un nuevo factor, quizás desencadenante de aquél, pues el mismo había ingerido bebidas alcohólicas que, de manera ciertamente leve, disminuía su capacidad para conducir con seguridad.

Queda así perfilada la conducta y su calificación, como base de cuanto haya de añadirse. La desatención o distracción en el manejo de vehículo de motor, con inmediata repercusión en el deber de cuidado, admite una graduación cuantitativa que lógicamente vendrá a traducirse en la mayor o menor gravedad de la culpa o imprudencia, de suerte tal que la omisión de la atención meramente debida engendrará la imprudencia simple, con o sin infracción de reglamentos, en tanto que la imprudencia será temeraria si se deja de prestar la atención indispensable o elemental.

En suma, falta de previsión relevante como factor psicológico y subjetivo de un lado. Violación o transgresión de una regla socio-cultural que demandaba una forma determinada de actuación como factor normativo de otro.

(...)

Noveno.—(...) Finalmente, igual suerte desestimatoria ha de seguir el tercer motivo ordinal, que denuncia la indebida inaplicación del artículo 621.2 del Código, esto es, la consideración de una simple falta.

Es evidente que la configuración de la imprudencia leve está vinculada, por exclusión de las circunstancias definidoras de la culpa grave. En otras palabras, la levedad de la culpa viene determinada por la eliminación de la culpa grave. La distinción entre ambas se encuentra en una diferente exigencia de evitabilidad, pues mientras en la grave el autor evitaría la situación con la adopción de ciertas medidas esenciales de diligencia, en la leve, pese a que el desconocimiento del riesgo sigue siendo evitable, el autor sólo podría evitar la situación con medidas más complejas.

Los detalles de la culpa grave de ahora, rotundamente probados y expuestos, excluyen la opción que aquí se defiende.

(Sentencia de 28 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 14.3

### *Error de prohibición: Doctrina general*

Único.—(...) Las resoluciones de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya antes de la modificación operada en el Código Penal por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, venían señalando la distinción entre el error de hecho y de derecho, y dentro de este último separando el error de norma penal y de normativa extrapenal, y también, más tarde, pero antes de la citada reforma de 1983, habían ya acogido la doctrina científica que distinguía entre error de tipo y error de prohibición que, aunque no recogida con tales denominaciones en la descripción legal de 1983 ni en la del actual artículo 14 del Código Penal, viene a corresponderse respectivamente con el error que afecta a la tipicidad o a la culpabilidad. Este último consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del mencionado artículo 14 del Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es

vencible. La jurisprudencia ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y que se atienda, cuando la existencia de error se alegue a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quien pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisibles cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (Sentencias de 7 de julio y 16 de diciembre de 1997 y 20 de febrero de 1998).

En el presente caso en los hechos que el jurado ha estimado probados en el primer apartado del acta de votación, por unanimidad, se acepta que el acusado esgrimió la navaja creyendo que quien se le aproximaba le iba a agredir con un arma de fuego teniendo en cuenta como prueba el testimonio del acusado, del que no se explicitan circunstancias culturales aunque sí hubo de ser consciente el jurado de que pertenecía a etnia gitana y de su adhesión a los valores culturales correspondientes y, en cuanto a aspectos psicológicos, es evidente que el juzgado admitió la existencia de un incidente interpersonal entre el acusado y la víctima unos cuatro años antes y que aceptó totalmente que el primero creyó realmente que era objeto de una agresión, con evidente convicción de la necesidad de defenderse. Basta con ello para entender que el error recayó sobre el elemento fundamental e inexcusable para la existencia de legítima defensa, incluso cuando opere como atenuante eximente incompleta: la agresión ilegítima. Ciertamente se puede concluir también que el error sobre tal circunstancia pudiera haber sido vencido por el recurrente, pero, como se solicitó en conclusiones definitivas por la defensa del acusado, aun así no dejar de constar la existencia, aunque meramente putativa con error vencible, del requisito de la agresión ilegítima, que en su creencia errónea provenía de actos que constitúan una amenaza contra su vida actual, inminente, directa e injusta o ilegítima (Sentencias de 28 de abril de 1997 y 20 de mayo de 1998) por lo cual resaltaba en la óptica del agente necesario y adecuado el empleo de la navaja como medio defensivo. En tales circunstancias es procedente la estimación de los dos motivos del recurso debiendo volverse a la resolución adoptada en la instancia, que la ahora recurrida revocó.

(Sentencia de 17 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 16.1

### *La tentativa inidónea y el delito imposible no son punibles en el Código Penal de 1995*

Único.-2. El artículo 16.1 del vigente Código Penal define con carácter general la tentativa considerando como tal la actuación del sujeto activo que da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Como puede verse por lo anteriormente transcrito y por la lectura completa de los tres apartados del artículo 16 del vigente Código Penal no se contiene una referencia al delito imposible o a la tentativa inidónea, como hacía el párrafo segundo del anterior artículo 52 del derogado Código Penal. La postura del anterior Código punitivo había sido criticada por la doctrina y por alguna jurisprudencia, en cuanto

suponía una extensión imperativa de las penas a los supuestos de tentativa inidónea o delito imposible que en puridad de doctrina no entrarían en el concepto que de la tentativa se daba en el anterior artículo 3 del Código Penal derogado. La punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado.

3. Esta opción punitiva del Código anterior, se basaba fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni el artículo 62, que hereda al antiguo artículo 52, ni el artículo 16 en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuían a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si éste fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

El Código vigente exonera de responsabilidad criminal por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado. Es decir, valora el desistimiento activo, como fórmula expresa de exención de la responsabilidad criminal y deja fuera del ámbito punitivo, como ya se ha dicho la tentativa inidónea y el delito imposible.

4. Proyectando esta doctrina sobre el caso concreto, debemos ajustarnos a la realidad descrita por el hecho probado en el que se nos dice simplemente que el acusado abandonó el lugar «sin lograr apoderarse de dinero alguno» pero en ningún momento se afirma que en el local no hubiese dinero u otros efectos que pudieran ser objeto de apropiación. Parece que el objetivo del autor del hecho enjuiciado era el dinero en metálico ya que despreció otros efectos o enseres que sin duda se encontraban en el interior de la cafetería. Ahora bien, ello no da pie para establecer, con el carácter de hecho probado, que en el interior del local no existiese cantidad alguna de dinero. Lo únicamente afirmado y que puede ser extraído del relato fáctico es que el recurrente «registró diversas dependencias del local» y que lo abandonó sin lograr apoderarse de dinero alguno, pero no da como sentado que en el interior de la cafetería no existiese dinero, sino que no fue encontrado. Es evidente que con un hecho probado en que se declarase que el único propósito del autor era el apoderamiento de dinero metálico y que en realidad éste no existía, nos podíamos encontrar ante un desistimiento voluntario incardinable en el artículo 16.2 del nuevo Código Penal que nos hubiera llevado a la absolución del delito de robo estableciéndose una responsabilidad civil por los daños causados en el local.

(Sentencia de 28 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 16.2

*Desistimiento y arrepentimiento activo: delimitación frente a la atenuante de disminuir los efectos del delito*

Primero.—El primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de los artículos 15 y 16 del Código Penal, por estimar que el recurrente debió quedar exento de responsabilidad criminal por el incendio ocasionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2, al haber evitado voluntariamente la consumación del delito, desistiendo de la ejecución iniciada e impidiendo la producción del resultado. Se refiere el acusado al hecho de que después de haber prendido fuego con gasolina (por desavenencias conyugales), a la vivienda donde se encontraban su mujer y su hijo de dos meses, ante el llanto del niño y las dimensiones alcanzadas por el incendio, rompió desde el exterior una ventana para rescatar a su hijo, no llegando a tiempo para evitar que éste sufriese quemaduras de segundo grado, aunque sí para salvarle la vida, esforzándose seguidamente en apagar el incendio, y en que su esposa y su hijo fuesen atendidos médicamente.

El motivo debe ser desestimado. La actuación final del acusado puede ser valorada como atenuante de su responsabilidad, al amparo de lo prevenido en el artículo 20.5.º del Código Penal 1995 (haber procedido el culpable a disminuir los efectos del delito), tal y como ha apreciado ya el Tribunal sentenciador pero no como exención respecto del delito de incendio, pues éste ya se encontraba consumado cuando el acusado trató de disminuir sus más graves consecuencias.

El artículo 16.2.º del Código Penal 1995 acoge dos supuestos de exención de responsabilidad: el desistimiento, en sentido propio, que consiste en el abandono de la acción ya iniciada, en un momento en que lo realizado no conlleva la producción del resultado, y el arrepentimiento activo, que se produce cuando la acción realizada tiene efectividad suficiente para ocasionar el resultado y éste se evita por el propio agente.

Es obvio que no nos encontramos ante ninguno de dichos supuestos. En el primero, concurrente generalmente en los casos doctrinalmente denominados de tentativa inacabada, es necesario que el autor interrumpa la dinámica delictiva cuando todavía no haya realizado todo lo que, según su proyecto, resulte necesario para la producción del resultado, siempre que, objetivamente, lo ya realizado no conlleve dicha producción. Esta interrupción no concurre en el caso actual en el que el acusado no solamente se desplazó a una estación de servicio a buscar gasolina sino que roció con ella la puerta de la vivienda, sabiendo que en su interior estaban su mujer y su hijo, y también la puerta de la habitación donde se encontraba su hijo, de dos meses, procediendo seguidamente a prender fuego a la gasolina, lo que propagó el incendio rápidamente, abandonando el acusado la vivienda por una ventana. En consecuencia no cabe apreciar omisión voluntaria de acción alguna, sino realización acabada de la totalidad de la dinámica delictiva.

En el segundo (arrepentimiento activo), el acusado, que ha realizado todos los actos que deben producir el resultado, lo evita voluntariamente mediante su propio comportamiento, impidiendo la consumación del delito. Se trata de una modalidad de desistimiento activo, propia de la denominada «tentativa acabada».

El artículo 351 del Código Penal sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. Los posibles resultados lesivos o letales integran otras infracciones sancionables, en su caso, en concurso con el delito de incendio. La consumación del delito del artículo 351 únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su

propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas. En el caso actual el acusado no ha impedido la consumación del doble resultado (de lesión para los bienes y de peligro para las personas) propio del delito del artículo 351, pues el incendio efectivamente se produjo al propagarse el fuego voluntariamente ocasionado por el acusado, y la vida e integridad física de su esposa e hijo no solamente estuvieron en grave peligro, sino que incluso ambos resultaron lesionados como consecuencia del incendio, en mayor o menor medida.

El arrepentimiento activo del acusado podría tomarse en consideración en relación con los delitos de asesinato y homicidio, en grado de tentativa, que también fueron objeto de acusación por el Fiscal, y que la sala sentenciadora rechazó por ausencia de *animus necandi*, pero en ningún caso respecto del delito de incendio, pues éste se encontraba ya consumado (propagación del fuego con puesta en peligro de la vida e integridad de las personas), cuando el acusado reaccionó evitando que su propio hijo muriese abrasado y procurando atención médica a las víctimas.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

#### ARTÍCULO 20.1

*Ni la sintomatología neurótica, ni la parafilia de fetichismo ni el trastorno obsesivo-compulsivo permiten fundamentar la exención de responsabilidad penal*

Segundo.—(...) El *factum* de la sentencia declara probado que el acusado es una persona «diagnosticada de sintomatología neurótica, parafilia de fetichismo y trastorno obsesivo-compulsivo, aunque no se mostró relación directa entre el fenómeno compulsivo (como necesidad de actuar de determinada forma, vgr., repitiendo decenas de veces un acto cual cerrar la puerta o vigilar la llama del gas) y los hechos que se enjuician». Descartada, pues, que la agresión sexual cometida por el acusado hubiera estado generada por un impulso compulsivo irrefrenable al que no pudiera oponerse ningún freno inhibitorio de una voluntad plena y absolutamente vencida, la pretensión del recurrente no puede tener acogida, puesto que, por lo demás, ni la neurosis obsesiva, ni la parafilia de fetichismo que padece el acusado son trastornos susceptibles de fundamentar la exención de la responsabilidad que se pretende, ni son consideradas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala como alteraciones psíquicas de entidad suficiente como para constituir una eximente incompleta.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

*El trastorno antisocial de la personalidad unida a una pedofilia de leve a moderada no tiene relevancia de eximente (ni atenuante)*

Tercero.—(...) Partiendo de estos presupuestos fácticos, es claro que la pretensión del recurrente no puede ser acogida. Como dice la Sentencia de esta Sala de 28 de enero de 1997, acertadamente invocada por el Tribunal *a quo* «la pedofilia o búsqueda del placer sexual con los niños es considerada por la psiquiatría como un trastorno o perversión sexual, estimándose, en líneas generales, que los sujetos afectados por estos trastornos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y de obrar plena. Únicamente en los supuestos de que el trastorno de la sexualidad sea sintomático de una psicosis, o en las situaciones de pasión desbor-

dada, podría hablarse de una capacidad de culpabilidad disminuida o incluso anulada».

Descartada por el Tribunal sentenciador cualquier perturbación psicótica del acusado, nos encontramos simplemente con una desviación sexual —la pedofilia— de leve a moderada intensidad que se conjuga con un trastorno de tipo antisocial de la personalidad, conjunción cuyos efectos en las facultades mentales del acusado ha evaluado el juzgador ponderando las diversas pruebas practicadas en tal sentido, pues lo relevante a los efectos de la aplicación de la anomalía psíquica prevista en el artículo 20.1 CP —tanto como eximente completa, como incompleta, o atenuante analógica— no es el origen o presupuesto biológico o psíquico de la anomalía, sino la concreta consecuencia que se pueda producir en las capacidades cognitivas o volitivas del sujeto (STS de 24 de octubre de 1997). Atendiendo a estos criterios, el órgano sentenciador ha declarado probado que las alteraciones que padece el acusado «inciden moderadamente en su capacidad de comprensión (ética) del hecho y en el adecuamiento de dicha conducta a esa comprensión», con lo que, de hecho, excluye que ese moderado déficit intelectual-volitivo repercuta en la consciencia de la antijuridicidad de sus actos y en la capacidad de obrar al respecto. En todo caso, del hecho probado no se deduce en absoluto una intensa, profunda o severa perturbación de esas facultades y, en consecuencia, la pretensión casacional no puede prosperar.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

### *Psicosis esquizofrénica: modalidades y tratamiento penal*

Segundo.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS. 22-1-1988, 8-6-1990, 28-11-1990, 6-5-1991, 16-6-1992, 15-12-1992, 30-10-1996 y 1185/1998, de 8-10, entre otras) y siguiendo no el criterio biológico-puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental) sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto, y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a los casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1.º Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal.

2.º Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21, en relación con el núm. 1.º del artículo 20 del CP de 1995; y

3.º Si no hubo brote y tampoco comportamiento anómalo no cabrá apreciar la eximente completa o incompleta de enajenación mental, sino la atenuante analógica del núm. 6.º del artículo 21 antes citado, como consecuencia del residuo patológico llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

### *Valor eximente de las psicopatías o trastornos de la personalidad: paranoia*

Quinto.—La postura tradicional de la jurisprudencia fue siempre cautelosa, hasta fechas relativamente recientes, frente al posible reconocimiento de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal a las psicopatías o trastornos de la personalidad. Prescindiendo de causas más remotas, varios factores obstaculizaron, bajo la vigencia de los

CP/1932 y CP/1944, la toma en consideración de las psicopatías como presupuesto fáctico de una circunstancia aminorativa de la responsabilidad penal. De un lado, aunque la jurisprudencia interpretó ampliamente el concepto de «enajenado» desde su inclusión en el artículo 8.1.º CP, acostumbró a exigir para la apreciación de esta eximente, tanto completa como incompleta, una base morbosa o patológica, esto es, la existencia de una enfermedad mental –exigencia, por lo demás, rigurosamente lógica– y, al mismo tiempo, negó sistemáticamente la naturaleza de enfermedad mental a las psicopatías, reiteradamente definidas como trastornos del carácter o de la afectividad pero casi nunca aceptadas como enfermedades. De otro, la jurisprudencia se vio obligada a interpretar en un sentido biológico-psicológico el propio término «enajenado», no considerando normalmente suficiente el diagnóstico de una enfermedad mental para la apreciación de la circunstancia, que se condicionó a la presencia de unos determinados efectos en la capacidad de entender y querer. Aunque se trataba, sin duda alguna, de una prudente matización, hay que reconocer que los efectos exigidos se expresaron con frecuencia de forma excesivamente rigurosa, insistiéndose en que la enfermedad mental debe privar absolutamente a quien la padece de consciencia y voluntad para que pueda dar lugar a una circunstancia eximente. De esta manera, rechazando, por una parte, que los trastornos de la personalidad sean verdaderas enfermedades y demandando, por otra, para los enfermos mentales una falta o un sensible déficit –según se propusiese la apreciación de la eximente o de la semiximentede inteligencia y voluntariedad que las psicopatías pueden no comportar, la jurisprudencia excluyó durante mucho tiempo a dichas alteraciones del campo de aplicación de la eximente de enajenación mental en su doble versión, admitiendo únicamente que pudieran servir de base a la atenuante analógica, lo que equivalía a dar por supuesto que la relación entre los trastornos de la personalidad y los estados morbosos de la mente es sólo de analogía. A partir de las SS. de 29-2-1988 y 22-7-1988, que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica –SS. de 27-1-1986 y 6-3-1989– reservando la aplicación de la eximente incompleta –SS. 24-1-1991, 6-11-1992, 22-4-1993 y 8-3-1995– para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalía orgánicas o psíquicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía, etc. Ahora bien las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo CP que se promulgó por la LO 10/1995. La insuficiente alusión al «enajenado» del artículo 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el artículo 20.1.º del vigente, por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica», mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, «ano-

malías o alteraciones psíquicas» por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el artículo 21.6.º CP. Las psicopatías no tienen «análoga significación» a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los Tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla.

(Sentencia de 1 de octubre de 1999)

*Ludopatía: importancia de determinar su relevancia en cada caso concreto: persona que comete delito para pagar deudas de juego: atenuante analógica*

Cuarto.—(...) En efecto, esta Sala ha dicho recientemente en Sentencia de 27 de julio de 1998 que la característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos radica, como declaró la Sentencia de 18 de mayo de 1993 en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica. Por eso y sin entrar en si constituye o no una enfermedad (lo que niega la Sentencia de 3 de enero de 1990) o es una forma de neurosis, lo trascendente en estos casos es —como señaló la Sentencia de 24 de enero de 1991— determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta en cada caso concreto y las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará sólo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo intrascendente respecto a acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos del juego ansiado.

Por ello esta Sala, en la citada Sentencia de 27 de julio de 1998, apreció la ludopatía con efecto atenuatorio en una apropiación indebida de fondos utilizados para jugar, pero la desestimó en posterior falsificación cometida para ocultar la apropiación. Y por ello también en el caso presente su estimación como atenuante ordinaria ha sido cuando menos una generosa aplicación del Tribunal de instancia dado que el delito enjuiciado es el de tráfico de drogas, con cuya comisión no consta se persiguiera obtener dinero para poder jugar, satisfaciendo la compulsión patológica del acusado. Es más: en su alegato defensivo aduce que pretendía obtener dinero para pagar deudas contraídas con quienes le habían confiado fondos que se jugó y perdió en un casino, es decir para devolver el dinero que se le confió. El juego aparece así en relación histórica, no en relación psicológica, con el delito de tráfico de drogas, porque con su comisión no se perseguía satisfacer la pasión ludopática —jugando lo obtenido con la venta de la cocaína— sino saldar una deuda contraída por lo ya jugado

anteriormente. Si el afán de extinguirla fue el motivo impulsor del delito, generosa resulta ya la valoración que la Sala de instancia hace de la ludopatía como atenuante en la comisión del tráfico de drogas por lo que la pretensión de que además se valore como muy cualificada debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

#### ARTÍCULO 20.4

*Agresión ilegítima: no lo es la del acuchillado que toma un palo y golpea al agresor*

Segundo.–(...) Sostiene la acusación pública que no se cumplen en el presente caso los requisitos necesarios para apreciar la existencia de legítima defensa ni completa ni incompleta, tal y como el Tribunal de instancia ha establecido los hechos probados, discrepando del criterio de la Audiencia Provincial que, en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia, estima la concurrencia de legítima defensa como existente incompleta, «a causa –según explica– de la desproporción que supone la actitud del procesado durante el forcejeo que sostiene con la víctima, cumpliéndose los otros requisitos...», constituyendo esta lacónica argumentación todo el razonamiento que ofrece la sentencia como sustento de su decisión.

El motivo debe ser estimado porque del relato de hechos probados aparece con palmaria claridad que no se da ninguno de los requisitos exigibles para configurar la circunstancia controvertida. En efecto, no puede calificarse de «agresión ilegítima» la actuación de la víctima, que ante la irrupción del acusado en el taller, enfadado y gritando (el propio recurso del acusado precisa que «también profiere amenazas»), con un cuchillo en la mano bajo un papel de periódico, decide alejarse y «se marcha hacia el fondo del taller» precisamente para evitar el enfrentamiento con quien de tan amenazadora manera viene «buscando a Rafael», produciéndose no obstante el encuentro de ambos hermanos pese al intento de un tercer hermano de detener al acusado en su progresión. En estas circunstancias «comienza un forcejeo físico entre Mario (el acusado) y Rafael (la víctima), cogiendo éste un palo que levanta para golpear a aquél en la cabeza. En este momento Mario le asestó una cuchillada a Rafael e instantes después éste descarga el palo sobre la cabeza de aquél».

El requisito de la agresión ilegítima ha sido concebido por la doctrina de esta Sala como el «acometimiento, ataque, acción de puesta en peligro de bienes, jurídicamente protegidos, siempre que la actuación ofrezca los caracteres de injusta, inmotivada, imprevista y directa...» (SSTS de 25 de abril de 1985 y 22 de enero de 1988, entre otras). Resulta patente que la conducta de Rafael que ha quedado descrita está muy lejos de poder ser calificada de ataque inmotivado, imprevisto o injustificado, máxime si tenemos en cuenta que, en último caso, cuando el citado Rafael toma el palo (del que no se precisan sus características) es después de iniciado el forcejeo con su hermano que le viene buscando en actitud agresiva y violenta, que convertiría el enfrentamiento en un supuesto de riña mutuamente aceptada, al menos por el acusado. En tal caso, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido la legítima defensa (ver, entre muchas, STS de 14 de septiembre de 1991), si bien es necesario que los Jueces y Tribunales averigüen «la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión» (SSTS de 22 de mayo de 1993 y 7 de abril del mismo año).

Dada la cinemática de los hechos que narra el *factum* de la Sentencia, surge de dicha narración la evidencia de que no hubo agresión ilegítima en ningún caso por parte del acuchillado, sino que, más bien, hubo un ejercicio del derecho de legítima defensa por parte de éste.

Falta, pues, el requisito primordial e insustituible de la agresión ilegítima, «que necesariamente debe concurrir para la apreciación de la legítima defensa», tanto en la eximente completa como en la incompleta, según exigencia de reiterada jurisprudencia (SSTS de 9 de febrero de 1981, 14 de noviembre de 1982, 26 de junio de 1985, 23 de abril de 1987, 3 de abril de 1996, 14 de marzo de 1997, etc.), y por ello el Tribunal *a quo* ha incurrido en el *error in iudicando* que denuncia el motivo.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

*Agresión ilegítima: exigencia de su concurrencia tanto para apreciar eximente completa como incompleta. Legítima defensa putativa: criterios para su apreciación*

Primero.—Se introduce este recurso por un solo motivo que, con fundamento en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia indebida aplicación de los artículos 66.8 y 6 bis.3.º del precedente Código Penal de 1973. Estima la acusación particular recurrente que no existe base suficiente para entender se dio en el acusado en el caso una situación de legítima defensa putativa por lo que debe entenderse, por el contrario, que los hechos constituyeron un delito de homicidio sin circunstancias modificativas.

Como rotunda y repetidamente ha expresado la doctrina de esta Sala, para la apreciación de legítima defensa, ya como completa o incompleta, es preciso haya existido como elemento *sine qua non* una agresión ilegítima, factor desencadenante de la posterior conducta defensiva del agredido, lo que excluye como elemento de agresión cualquier otra conducta que no llegue a constituir la como pueden ser las amenazas aun explícitas, la mera petición de explicaciones y las imprecaciones verbales y el gesto de llevar mano a los bolsillos a la vez que se profieren insultos, que no pueden determinar una racional convicción en el agente de una inmediata agresión con peligro para bienes jurídicos protegidos. Aun así cabe excepcionar el caso de error en el sujeto sobre la existencia de agresión, que determina la denominada legítima defensa putativa, y que se aplique el tratamiento del error con sus correspondientes efectos, recogidos en el actual artículo 14 del vigente Código Penal y, anteriormente, en el 6 bis a) del Código precedente (Sentencia de 11 de marzo de 1997). Ahora bien la excepción de la exigencia de agresión ilegítima real en el caso de error del sujeto agente ha de ser objeto de prueba por quien la alegue y considerada teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular y concreto, aplicando en su valoración una minuciosa observación de los hechos ocurridos y de la forma en que fueron percibidos y comprendidos por quien alegue haberlo sufrido, teniéndose en consideración para ello sus circunstancias psicológicas, culturales y profesionales, y excluyendo su admisión cuando recaiga sobre hechos generalmente conocidos como patentemente ilícitos y cuando, aun sin llegar a la plena seguridad de la comprensión por el agente de la ilicitud de su actuación, sí haya existido una elevada conciencia de la probabilidad de su antijuridicidad (Sentencias de 19 de octubre de 1994, 17 de abril de 1995 y 20 de febrero de 1998).

En el presente caso el acusado, que alegó haber obrado en la errónea creencia de que era objeto de una agresión ilegítima, no pudo contar con datos que objetivamente pudieran haberle llevado a esa subjetiva creencia, pues no lo eran la negativa por quien luego fue víctima, de acatar las indicaciones de detenerse que le habían hecho el acusado y su compañero, ni el que estos dos últimos hubieran sabido que el coche que

conducía lo hubiera robado para considerarle «peligroso» hasta el extremo de esperar de él una agresión física, ni la frase del compañero advirtiéndole de la posibilidad, tan sólo, de que tuviera un arma, ni el movimiento del cuerpo del sujeto hacia abajo en el interior del vehículo, circunstancias todas que no podían llevarle a creer que era objeto de una agresión, teniendo en cuenta, su profesión de agente policial, a la que se dedicaba tras la preceptiva instrucción y entrenamiento para desempeñarla, con conocimiento de cuándo y cómo usar el arma que se le había confiado. De tal modo no queda más que una precipitada e innecesaria conducta del agente policial que, no cubierta por una subjetiva creencia errónea de que era agredido impide la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa sobre una forma de actuar, con un arma de capacidades letales, disparada sobre zonas del cuerpo conocidamente importantes para la existencia, que inevitablemente hubo de representarse y comprender como ilícita y encaminada a causar la muerte de la persona contra quien disparó.

(Sentencia de 5 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 20.5

### *Estado de necesidad. Requisitos*

Cuarto.—(...) Como señala la reciente Sentencia de esta Sala núm. 75/1999, de 26 de enero, el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia. No en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de diciembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: *a*) penencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; *b*) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; *c*) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; *d*) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; y *e*) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la

preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

(Sentencia de 20 de mayo de 1999)

*La difusión de la droga causa un mal mayor que el derivado de las necesidades económicas alegadas*

Tercero.—(...) Sustancialmente se plantea en toda su intensidad el problema, como más arriba se ha explicado, del estado de necesidad cuando el autor de la infracción se ve obligado a cometer el delito ante una apremiante necesidad económica, cualquiera que sea la finalidad última de esa necesidad.

El estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la Jurisprudencia. No en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; y e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Cuarto.—En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Desde luego, la estrechez económica permite, por sí, acudir al estado de necesidad (Sentencias de 4 de mayo de 1992 y 30 de abril de 1991, entre otras muchas). Mas, en cualquier caso, en este supuesto, los datos reseñados por la Audiencia no

acreditan, a pesar de todo, los distintos requisitos antes expuestos. El agotamiento en la búsqueda de otros remedios, incluso de carácter asistencial, no está acreditado. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela, cautela que lleva racionalmente a ponderar los males en conflicto, siendo así que frente a unos hipotéticos males físicos, o frente a una evidente y manifiesta penuria económica, se contraponen unos perjuicios a la masa social tan graves como los que del tráfico de estupefacientes se derivan. La Sentencia de 14 de octubre de 1996, ya citada, además de proclamar que los datos fácticos justificativos de la eximente deben estar tan acreditados como la conducta típica enjuiciada, establece, las peculiaridades del tráfico de drogas, si es este el destino o el objeto del mal que se causa.

El tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como duras, constituye actualmente uno de los más graves males sociales, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo (en este caso se trataba de cocaína) está causando en la sociedad moderna, llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas, y originando por tanto situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior a lo que se dice se quería evitar.

Tal doctrina jurídica, acogida últimamente en las Sentencias de 23 de enero y 13 de febrero de 1998, obliga a rechazar el motivo. La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias.

(Sentencia de 26 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 20.6

### *Miedo insuperable. Doctrina general*

Décimo.—(...) La doctrina de esta Sala viene requiriendo para la aplicación del miedo insuperable los siguientes condicionamientos:

- a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto.
- b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado.
- c) Que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta.
- d) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes.
- e) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (cfr. Sentencias de 6 de marzo y 26 de octubre de 1982, 26 de mayo de 1983, 26 de febrero y 14 de marzo de 1986, 16 de junio de 1987, 21 de septiembre y 16 de diciembre de 1988, 6 de marzo y 29 de septiembre de 1989, 12 de junio de 1991, 19 de julio de 1994 y 29 de enero de 1998).

La sentencia de instancia ofrece adecuada respuesta a la alegación del acusado de que sentía miedo ante la actitud del coacusado Emilio M. G. y ciertamente no existe en el relato fáctico datos o elementos que permitan afirmar un temor fundado de un

mal efectivo, grave e inminente, que afecte a su inteligencia y voluntad, determinándole a realizar un acto de tanta gravedad y crueldad como el que realizó, máxime cuando se trata de dos hombres jóvenes, de parecida constitución física, que supo enfrentarse a Emilio M. cuando surgieron discrepancias y sin que su comportamiento, tanto en la privación de libertad y posterior muerte de Anabel S., como en su intervención en las peticiones del dinero del rescate por teléfono y el hecho de acudir junto a Emilio a tratar de recoger el dinero pedido, sean actos que permitan sostener la atenuante que se postula, muy al contrario, mal puede sostenerse que actuase bajo el dictado del miedo cuando exigió importantes sumas de dinero, en varias ocasiones, separadas en el tiempo, a los padres de Anabel S. Todo lo expuesto apunta a que en estas acciones su libertad de decisión permaneció incólume y en modo alguno el miedo fue el estímulo de su conducta.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

*Concepto y requisitos del miedo insuperable: la valoración de su concurrencia no debe hacerse con criterios puramente objetivos sin tener en cuenta el estado anímico de la persona*

Único.—(...) Examinado el *factum* de la Sentencia impugnada, comprobamos que el juzgador ha declarado probado el hecho de que «El día doce de julio de mil novecientos noventa y siete Nolvís María G. T. había sufrido la pérdida de su marido, José Manuel M. quien apareció muerto en una cuneta en Cartagena de Indias a consecuencia de más de dos tiros disparados contra el mismo, recibiendo Nolvís María en el sepelio la visita de unas personas cuya identidad se desconoce, quienes le exigieron la realización de un viaje a España portando droga como único medio de evitar que violaran y mataran a su hija Nolvís Milena M. G. de diez años de edad y posteriormente acabarían con la vida de su hijo de cuatro años, accediendo Nolvís María a efectuar el viaje bajo el grave temor de que en caso contrario, aquéllos ejecutarían los males anunciados sobre las personas de sus hijos».

El miedo insuperable, que ha sido denominado por la doctrina como «el gigante negro del alma», encuentra la razón de ser causa de exención de la responsabilidad criminal, en constituir un estado emocional privilegiado, que hunde sus raíces en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones y, aun cuando no faltan defensores de su consideración jurídica como causa de exención de la responsabilidad criminal por inexigibilidad de otra conducta distinta, o incluso como la cara negativa de la acción (SSTS de 26 de octubre de 1982 y 2 de noviembre de 1988), la mayoría dominante de la doctrina científica y jurisprudencial, contemplan esta eximente como causa de inimputabilidad al actuar sobre la psiquis de la persona dominando la voluntad de ésta y sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto, como si se tratara de una fuerza psíquica irresistible ante la que cedan, inermes, las demás inhibiciones de la persona (véase STS de 13 de julio de 1994 y las que en ésta se citan).

La circunstancia eximente precisa para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* que se produzca como consecuencia de una situación de miedo o temor capaz de generar en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse; *b)* que dicha situación proceda de un hecho real, cierto, grave, acreditado, inminente e injustificado; *c)* que el mal causado por el sujeto no sea de superior entidad al temido; *d)* que el miedo debe ser insuperable, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas,

con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; y e) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (véanse, entre otras, SSTs de 13 de julio de 1994, 15 de diciembre de 1995 y 29 de enero de 1998 junto con las que en esta última se citan).

La Sala de instancia ha declarado probado el elemento desencadenante o generador de miedo que invadió a la acusada y, al ponderar la intensidad del mismo y los efectos que la brutal amenaza ocasionó en la psiquis de aquélla, ha tenido a su disposición la ventaja de la inmediatez que supone la presencia ante sí de la persona afectada, viéndola y oyéndola. Porque, si antes señalábamos que el examen de la exigente debe efectuarse tomando como referencia al ser humano común, ello no exime al juzgador de proyectar el análisis valorativo en función de la concreta e individualizada persona que ha sufrido la situación creada, pues «la valoración no debe hacerse con criterios puramente objetivos sin tener en cuenta el estado anímico de la persona actuante, sujetando la apreciación a las reglas generales del principio de culpabilidad» (STS de 8 de junio de 1994).

El resultado obtenido de ese análisis lo refleja el Tribunal de instancia en el *factum* de la Sentencia, especificando que la acusada «accedió a efectuar el viaje bajo el grave temor...». Es decir, acepta la Audiencia Provincial la concurrencia en la conducta de la acusada de un temor grave, pero no invencible, no indomitable en términos absolutos y, en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada razona la ausencia del requisito de la insuperabilidad del miedo atendiendo al transcurso de diecinueve días entre la amenaza del daño y la ejecución del delito, entendiendo que ese lapso de tiempo permitió a la acusada en algún momento zafarse de la ceguera mental producida por el temor y, aunque siempre presa del mismo aunque no en grado absoluto, buscar formas alternativas para hacer frente a la situación creada.

El obligado respeto a la declaración de hechos probados que exige el cauce casacional, impide que, en virtud de lo antedicho, pueda aceptarse la concurrencia de la exigente que postula el recurrente, pues compartimos la argumentación del juzgador de instancia –basada en el relato histórico– de que la acusada no permaneció los 19 días transcurridos desde que fue invadida por el miedo del mal anunciado hasta que ejecutó el hecho delictivo en un estado psíquico de abolición permanente y absoluta de sus facultades cognoscitivas y/o volitivas que impusieran a aquélla un automatismo de su conducta exento de todo vestigio de autodeterminación que es lo que caracteriza esencialmente el miedo insuperable.

No obstante lo hasta aquí expuesto, deberá significarse que la propia resultancia fáctica de la Sentencia nos presenta una situación de temor intenso provocado por una amenaza cierta de un mal o daño de gravísimas proporciones que, inevitablemente, ha tenido que ocasionar en la acusada una muy honda perturbación de sus capacidades volitivas, que, si no ha llegado al nivel de completa anulación de las mismas, se encuentra en sus aledaños, de tal manera que tan severa limitación debe tener su reflejo consecuente en el grado de imputabilidad del sujeto activo del delito y, asimismo, en la respuesta penal que debe estar presidida por el principio de proporcionalidad. Es por ello por lo que esta Sala, al considerar que el deterioro psíquico sufrido por la acusada ha sido tan intenso que se sitúa en el límite de la exención de la responsabilidad, estima que la pena a imponer debe ser la inferior en dos grados a la señalada por la Ley y que, dada la entidad de la circunstancia apreciada y que el hecho delictivo no llegó a ocasionar daños a la salud pública al ser abortado el ilícito tráfico antes de que la droga llegara a los consumidores, habrá de imponerse aquélla en la mínima extensión.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 20.7

*Deber de información: ámbito. Difusión de nombres de reclusos enfermos de SIDA. Sólo procede cuando es el único medio de informar a la opinión pública*

Quinto.—El derecho a comunicar y recibir libremente información —se dice en la STC 6/1988, de 21 de enero, citándose la 105/1983, de 23 de noviembre— versa «sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos que pueden considerarse noticiables», añadiéndose más adelante, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 8-7-1996, «caso Lingens», que la comunicación informativa a que se refiere el apartado d) del artículo 20.1 CE versa sobre hechos, «específicamente, que pueden encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información —y del correlativo derecho a recibirlas sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho—. Al mismo tiempo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiterado en más de una ocasión —SSTC, entre otras, 159/1986, 51/1989 y 20/1990— la posición preferente que ha de reconocerse a los derechos consagrados en el artículo 20 CE, lo que implica tanto una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien los ejerce como una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio. Esta doctrina ha sido, en cierto modo, resumida por la STC 85/1992, de 8 de junio, en los siguientes términos: «En el mismo sentido, hemos declarado que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, además de otros derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este Tribunal Constitucional, en los supuestos de que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades». Sustituyendo el derecho al honor contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional a que pertenece el párrafo transcrito y, dando por supuesto e indiscutido que en el caso origen de este recurso la información comunicada significó una lesión del derecho a la intimidad de dos personas, mediante la ruptura de la reserva de datos incluidos en un registro informático, el juicio ponderativo que debe realizar esta Sala se concretará en la eventual justificación, total o parcial, de dicha lesión por el interés público que pudo estar en juego cuando el acusado ejerció, legítima o ilegítimamente, el derecho a la información.

Sexto.—Está fuera de toda duda que la situación sanitaria de los establecimientos penitenciarios es un tema que interesa a la opinión pública y sobre el que esta opinión tiene derecho a estar informada como lo tiene en relación con casi todos los sectores en que se desenvuelve la actividad de la Administración Pública. En consecuencia, y con independencia de cuáles sean las verdaderas vías de contagio del SIDA, no podría negarse que era un hecho noticiable, en la ocasión de autos, la circunstancia de que dos internos de la Prisión Provincial de Las Palmas, padeciendo el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, estuviesen destinados en los servicios de cocina del citado establecimiento. El acusado, pues, podía honestamente pensar que, publicando este hecho cuya veracidad ciertamente le constaba, informaba a la opinión pública de algo que la misma tenía derecho a conocer, lo que no puede ser desconectado del interés colectivo en que el remedio de los eventuales fallos de la Administración sea impulsado, cuando preciso sea, por la presión de la opinión pública. Es por ello por lo que hemos dicho más arriba que en la con-

ducta del acusado parece existir un principio de justificación que podría estar tipificado como eximente en el número 7.º del artículo 20 CP. La justificación, sin embargo, no es plena por lo que la antijuridicidad típica de la conducta no puede reputarse desaparecida aunque sí considerablemente atenuada. Para que el ejercicio, por parte del acusado, del derecho a la información hubiese sido plenamente legítimo, de forma que hubiese integrado la correspondiente circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, hubiese sido necesario que el acceso a los datos reservados relativos a la enfermedad de los titulares y su posterior publicación se presentasen como el único procedimiento por el que cupiese informar a la opinión pública del hecho noticiable. No era así, puesto que lo noticiable, en cualquier caso, era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión no la identidad de los mismos. Podrá argüirse que sin tener conocimiento de la identidad de los internos difícilmente hubiese podido el acusado estar razonablemente seguro de la veracidad de la noticia, por lo que si quería darla a conocer necesitaba saber previamente de qué internos se trataba aunque el mero acceso a estos datos, sin la debida autorización, ya fuese penalmente típico. Esta dificultad de desvincular la difusión lícita de una noticia del acceso ilícito a ciertos datos que son presupuesto de aquélla, que se da inevitablemente a veces en la actuación del profesional de la información, puede llevar a cuestionar la tipicidad de la conducta si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no los son para la presentación de la noticia. Pero en modo alguno la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder ilícitamente a los datos, se procede a su publicación en el contexto de una noticia que no los necesita. Siendo esto lo que el acusado hizo, entiendo la Sala que su comportamiento debe beneficiarse tan sólo de los efectos ampliamente atenuatorios de la mencionada eximente incompleta e imponerse la pena inferior en dos grados, en la extensión que se dirá en nuestra segunda sentencia, a la que correspondería imponer teniendo en cuenta las sucesivas agravaciones que supone, sobre la pena establecida para el delito básico del artículo 397.2 CP, la aplicación de los subtipos previstos en los apartados 3 y 5 del mismo precepto.

(Sentencia de 18 de febrero de 1999)

*Requisitos de la eximente de cumplimiento de un deber: policía que golpea a persona a la que va a detener estando ésta en actitud pasiva*

Sexto.—En el motivo 3.º del escrito 1.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora por no haberse aplicado el artículo 8.11 en relación con el 1 CP/1973 y también con el artículo 20 de la LO 1/1992 y artículo 5 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Lo que se pretende, en definitiva, es la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber por haber actuado los policías dentro de los límites de las obligaciones propias del cargo.

Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de esta eximente cuando, como aquí, se trata de la actuación de agentes de la autoridad que tienen no sólo la facultad sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva «con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable», pero al mismo tiempo «rigiéndose por los principios de

congruencia, oportunidad y proporcionalidad», como dice el apartado c) del artículo 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, lo que responde al mandato del artículo 104 de nuestra Constitución y se halla inspirado en las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» hecha por el Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 y por el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año de 1979.

Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber, es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea una autoridad o un funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2.º Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.

3.º Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe.

Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta exigente, no cabe su aplicación, ni siquiera como exigente incompleta.

4.º Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5.º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, como ya se ha dicho, pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto», como ha dicho algún autor.

Sobre esta materia véanse las (Sentencias de esta Sala de 22-12-1970, 20-10-1980, 13-5-1982, 22-12-1989, 25-3-1992, 3-12-1993, 21-12-1993, 17-1-1994, 24-1-1994, 30-9-1994 y 5-7-1995, entre otras).

Pues bien, en el caso presente, es claro que falta el requisito de la necesidad abstracta, por lo que no cabe aplicar la pretendida exigente, ni completa ni incompleta, de acuerdo con los argumentos expresados en el fundamento de derecho 5.º de la Sentencia recurrida: ante un hecho tan inocuo, estar sentado Fructuoso en el bordillo de una acera, en actitud totalmente pasiva, no era necesaria ninguna intervención policial, ni siquiera para obtener la identificación de quien así se encontraba.

El escrito de recurso trata de justificar la actuación de los policías en esa necesidad de identificación y en el hecho, consignado expresamente como probado en la resolución impugnada, de que ante el requerimiento policial al respecto «aquél no mostrara una actitud colaboradora».

El artículo 20 de la LO 1/1992, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, para que los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan requerir a los ciudadanos su identificación exige que «el conocimiento de la identidad de las personas requeridas sea necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Como no había razón alguna que pusiera en peligro esa seguridad por parte de Fructuoso, según reiteradamente expone la Sentencia recurrida, hemos de entender que en el caso presente ninguno de los dos agentes que intervinieron en el hecho estaba autorizado para exigirle que se identificara. Por ello, el hecho de que el requerido «no mostrara una actitud colaboradora» no puede justificar lo que aquí ocurrió.

La violencia utilizada para esposar y detener a Fructuoso, en una acción coordinada por parte de los dos policías acusados, causante de las lesiones por las que ambos fueron condenados, carece de justificación en su origen y en su desarrollo ulterior. No había necesidad alguna de intervención policial, ni siquiera para exigir una identificación.

Ciertamente no cabe aplicar al caso la pretendida eximente de cumplimiento de un deber, ni siquiera como incompleta.

(Sentencia de 21 de septiembre de 1999)

## ARTÍCULO 21.2

### *Valor atenuante de la drogadicción: criterios*

Sexto.—Como se refiere en la Sentencia de 6 de marzo de 1998, es sabido (ver entre otras las Sentencias de 2 de abril de 1991 y 22 de noviembre de 1990) que no toda situación, anímica o física, de drogodependencia puede sin más determinar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Mas tampoco se puede rechazar de plano tal posibilidad con la argumentación, antes acogida por esta Sala, de que no merece ese favorable trato, si hablamos de atenuantes, quien en virtud de la concepción de las acciones *liberae in causa*, sabía de los peligrosos estados carenciales que se presentarían en el supuesto de libremente escoger el camino de la droga, excluyendo o rechazando cualquier ayuda, método, sistema o régimen de curación, entre otras razones, porque ya es muy dudoso que en tales momentos estuviera la persona en un plano de libre determinación volitiva, para proceder en uno u otro sentido.

Mas, como también dicen las Sentencias de 12 de febrero de 1996 y 12 de septiembre de 1991, es necesario en los casos de drogodependencia saber hasta qué punto, una vez probada la situación de dependencia física o psíquica, ese estado especial ha podido influir en el desarrollo de los hechos y en la actuación de las facultades intelectivas y volitivas. Ni puede permitirse la actuación irresponsable sin reconocer lo que ello comportaría en cuanto a la pena, ni tampoco el abuso de buscar amparo en la eximente incompleta, también en la atenuante, cada vez que el sujeto de la infracción fuera consumidor de la droga en cuestión.

La eximente completa exige la anulación total de la voluntad y de la inteligencia, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia

directa del alucinógeno que anula de manera absoluta su mente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquellas facultades aun conservando la apreciación sobre la inmoralidad del hecho que ejecuta, lo que se convierte en atenuante analógica si sólo de manera leve se ve afectada la mente humana. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, o en la atenuante analógica, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva.

(Sentencia de 5 de febrero de 1999)

Segundo.—El motivo aduce *error iuris*, porque se estimó en la sentencia la atenuante 2.ª del artículo 21 del vigente Código Penal, debiendo aplicarse la eximente 2.ª del artículo 20 del mismo texto legal. Más adelante ya no se refiere a la eximente completa, sino a la semiximente. La argumentación de que en ningún momento esgrimiera la navaja (en el párrafo tercero) resulta ajena y extraña al motivo. Sostiene, en suma la eximente (sic) porque necesitaba en tal momento consumir la droga.

Después se hace acreedor de la repulsa y desestimación del motivo, porque la recurrente acude a puntos extrínsecos y ajenos al puro hecho probado (art. 884.3.º LECrim), al referirse a la situación de drogodependencia acreditada en autos. Asimismo acude a la doctrina casacional, para reconocer que no basta ser drogadicto para que se estime disminuida la imputabilidad y la responsabilidad. Por último, se refiere al peligro del consumo de heroína.

Antes de dar respuesta a los temas del recurso tan inorgánicamente expuestos en el motivo, hay que acudir inexcusablemente al hecho probado, constituido, no sólo por la mera referencia formal que figura bajo tal epígrafe en la sentencia, sino a los datos fácticos que se hallan también en los propios fundamentos jurídicos.

El hecho probado silencia totalmente cualquier dato al respecto. Hace tan sólo referencia a un robo intimidativo de dos jóvenes, un varón no identificado y la acusada que en un Cajero Automático de una entidad bancaria sustraen a la víctima una cantidad de dinero y le obligan, con la intimidación de un cuchillo, a extraer más, dándose a la fuga después y deteniéndose a la ahora recurrente. Tan sólo en el fundamento jurídico segundo nos dice que es de apreciar la circunstancia atenuante del artículo 21.2, «pues a través de la testifical practicada en el acto del juicio oral y de la documental que obra en autos en relación con la naturaleza del hecho criminal que se le imputa, y destino al que se proyectaba dar al dinero, se llega a la conclusión descrita de que la acusada estuvo impulsada por una grave adicción a la heroína, soporte y fundamento de la expresada atenuante». Este párrafo resulta complementario así de lo expresado en el hecho probado, apartados 3 y 4, de que al localizarse el taxi y detenerse a la acusada en la calle Sebastián Santos de la barriada de las 800 viviendas, ésta estaba «esperando a que regresara el individuo desconocido que le había acompañado y que salía a comprar heroína», añadiendo que «a la acusada se le ocuparon en el momento de su detención 3.700 pesetas», siendo así que a la víctima le habían robado 62.000 pesetas.

Con dicho presupuesto fáctico, intangible e inmodificable, el motivo tiene que parecer inexcusablemente, pues tan sólo tenemos una explicación de la realización delictiva «impulsada por una grave adicción a la heroína». Construir con ello una exención total de la responsabilidad criminal resulta tarea vana habida cuenta que exige el artículo 20.2.º para ello que «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» y ello no consta que ocurriera en este caso.

Por lo demás, como señaló la sentencia de este Tribunal 541/1995, de 8 de abril, la eximente completa exige una absoluta carencia de las facultades intelectivas y volitivas, como recogió la anterior Sentencia de 8 de marzo de 1991, de modo que más que en delitos de dinámica agitada y violenta, la conducta parece que ha de estar más cerca y próxima a formas comisivas de omisión o en aquellos casos en que el sujeto activo actúa totalmente automatizado por la droga –Sentencias de 21 de marzo de 1986, 14 de diciembre de 1987, 3 de enero de 1988, 28 de septiembre de 1989 y 3 de mayo de 1991– o como señaló la Sentencia de 14 de mayo de 1991, se deben cubrir con la exención completa los más agudos casos de exasperación del síndrome de abstinencia, porque exige una absoluta carencia de las facultades intelectivas y volitivas –Sentencia de 12 de septiembre de 1991.

Con los datos del hecho probado y los fácticos del fundamento jurídico segundo resulta imposible de construir la eximente completa. Estuvo impulsada por una grave adicción a la heroína.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial ha aplicado la atenuante –antes analógica y ahora la núm. 2.ª del artículo 21– a los drogadictos que delinquen con sus facultades volitivas aminoradas por el consumo de sustancias nocivas para la salud, sin que esté probado que actúen bajo el síndrome de abstinencia –Sentencias, por todas, de 10 de octubre de 1984, 26 de junio de 1985, 15 de enero y 29 de marzo de 1986, 23 de marzo de 1987, 3 de enero, 23 de marzo, 13 de septiembre y 3 de diciembre de 1988, 20 de enero, 16 de marzo, 16 de mayo, 20 de septiembre y 12 de diciembre de 1989, 26 de marzo, 18 de abril, 28 de mayo y 11 de diciembre de 1990, 25 de febrero, 20 de marzo, 5 de abril, 20 de junio y 11 de octubre de 1991, 17 de enero, 5 de mayo, 16 de junio, 14 de julio, 15 de septiembre, 10 y 23 de noviembre de 1992, etc., y más recientemente Sentencias 1107/1994, de 30 de mayo, 736/1995, de 31 de mayo, 432/1996, de 17 de mayo, 616/1996, de 30 de septiembre, 952/1996, de 29 de noviembre, 232/1997, de 24 de febrero, 616/1997, de 6 de mayo, 716/1997, de 20 de mayo, etc.– lo que acredita que el Tribunal de instancia actuó con corrección y acierto al aplicar la atenuante.

Igual rechazo ha de merecer la pretensión de la recurrente de aplicar una semieximite, que ni consta una hipertrofia de la drogadicción, ni existencia de síndrome de abstinencia. Como ha señalado la Sentencia 758/1998, de 26 de mayo, «El síndrome de abstinencia, que nada tiene que ver con la crisis de ansiedad (ver la Sentencia de 29 de mayo de 1995), representa una grave limitación para quien sufre en su persona, de manera explosiva y en ausencia de un adecuado tratamiento médico, las consecuencias de un profundo hábito, de una grave toxicomanía, que precisa ya de la continua ingestión del alucinógeno, cuya interrupción por las causas que fueren, lleva a quien lo padece al mayor de los desequilibrios. Ninguna alegación, ninguna prueba permitiría en cualquier caso acudir a tal situación. El síndrome supone la dependencia a un vicio, a un hábito, a una querencia física y psíquica, que de alguna forma doblega la mente. Ni siquiera cabría hablar de una crisis de ansiedad que supone una situación de intranquilidad, de desasosiego o de inseguridad, como consecuencia de múltiples causas, incluso patológicas, que por lo común no inciden

sobre las facultades intelectivas y volitivas pues se proyectan en la personalidad tal si fueron simples alteraciones caracteriológicas».

En definitiva, que fuera del síndrome de abstinencia, señaló la Sentencia 729/1998, de 22 de mayo, se subordina la relevancia de la «adicción», bien a los efectos que sobre la psique del sujeto produzca la extraordinaria y prolongada dependencia, en cuanto pudiera ser relevante para originar anomalías o alteraciones psíquicas que anulasen el entendimiento o la voluntad a que se refiere el núm. 1 del artículo 20 (como eximente completa o incompleta), según el grado de la afectación). En cuanto a la drogadicción a la heroína afecta de manera fundamental a la voluntad cuando su dependencia adquiere la nota de habitualidad media, señalando al respecto la Sentencia de 15 de abril de 1991 y la 799/1993, de 5 de abril, que para que la toxicomanía pueda ser apreciada como causa modificativa de la responsabilidad criminal es menester que haya quedado probado que al tiempo de cometer los hechos tenía abolidas o mermadas sus facultades cognoscitivas y volitivas repitiendo la de 2 de julio de 1991 y la 799/1993, citada que para ello sería preciso, no sólo la constancia de la adicción, sino también que por ésta, por su intensidad y el deterioro que haya llegado a producir en las facultades intelectivas y volitivas, origine y produzca una apreciable merma de la capacidad de autodeterminación, de suerte tal que si lo único probado es el puro y escueto dato de la dependencia, sin más precisión o modificación, ningún precepto será violado por el hecho de no apreciarse circunstancia alguna que atenúe la responsabilidad del sujeto...

(Sentencia de 5 de febrero de 1999)

*Politoxicomanía: fundamento de la atenuación es el déficit de voluntad debiendo apreciarse no por pietatis causa sino como cumplimiento de un deber jurídico dimanante del principio de culpabilidad*

Segundo.—(...) La Sala sentenciadora, omitiendo toda referencia a este parte médico niega incidencia de la toxicomanía en los hechos por la propia complejidad del delito en la que el recurrente tuvo que entrar en el departamento de caja y registrarlos sin evidenciar nerviosismo, refiriéndose asimismo a que tampoco los empleados apreciaron alteración alguna. En relación a este último dato, es cierto que dos de los empleados de la sucursal bancaria manifestaron que «... no le pareció que estuviera drogado ni nada...» —señor P. y señora P.—, pero tal afirmación hay que someterla a la crítica de tres reflexiones: a) que todo el incidente duró unos tres minutos; b) que los testigos, no consta que tengan conocimientos médicos, por lo que su afirmación no es sino expresión de su opinión subjetiva aprehendida en una situación no sólo fugaz sino estresante, por lo que el margen de error es muy grande; y c) desde la realidad del doble informe médico tantas veces citado aparece carente de fundamento el apartamiento de lo que en ellos consta y por tanto se evidencia un error en la decisión alcanzada por la Sala sentenciadora con la consecuencia de estimar el recurso instado, debiéndose apreciar en el hecho enjuiciado la concurrencia de la circunstancia atenuante segunda del artículo 21 del Código Penal, de actuar el culpable a causa de la grave adicción a las drogas.

Debe recordarse que en patrones de consumo como el que ofrece el recurrente: politoxicomanía de larga duración, esta situación comporta un ser toxicómano y no un estar con la consecuencia que se traduce como muy bien se describe en el médico-psiquiátrico de 17 de junio en una situación asimétrica pues de un lado, el sujeto mantiene su inteligencia normal, y así el informe nos dirá en relación al recurrente que «... su inteligencia es normal, como lo son su capacidad de crítica, juicio y raciocinio, lo que le permitiría suponerle capacitado para ejercer un adecuado gobierno de sus actos...»,

pero junto con ello, la voluntad estaría limitada, limitación que sería tanto más evidente cuanto que estuviese relacionada con actos tendentes a satisfacer su adicción a drogas. El informe médico nos dirá que «... la toxicomanía es una enfermedad a la que se asocian elementos obsesivo-compulsivos...» concluyendo el informe con la afirmación de que «... en atención a ese elemento obsesivo compulsivo hay que contemplar una leve disminución de la imputabilidad psíquica de los actos que lleva a cabo...».

Estima la Sala que en el presente caso se está ante un típico supuesto de lo que en criminología de las drogas recibe el nombre de delincuencia funcional, es decir, de un delito contra la propiedad motivado por la necesidad de tener dinero para atender el sujeto a sus necesidades de droga.

El fundamento de la atenuación no estaría en un déficit en la inteligencia, ya que ésta no aparece afectada en este caso y ello explica la capacidad de diseñar y realizar actos de cierta complejidad o riesgo, pues se tiene cabal conocimiento de lo que se está haciendo.

El fundamento de la atenuación se encuentra en un déficit en la voluntad de la persona, ya que el consumo de drogas le exige la realización de actos o medidas para atender su consumo, actuando esa circunstancia como enervadora de los frenos inhibitorios para apartarse de ellos por los riesgos que le pueden comportar, aspecto que está reflejado también en el informe psiquiátrico cuando se refiere al «síndrome amotivacional de los heroínómanos», y al elemento obsesivo-compulsivo que explica que el sujeto pueda «... llevar a cabo pensamientos o actos a la fuerza, incluso percatándose el individuo de la absurdidad o lo dañino para la salud...».

No se trata de una aplicación de circunstancias atenuatorias de la pena «pietatis causa», sino que es un deber jurídico consecuencia del principio de culpabilidad sobre el que se asienta nuestro sistema de justicia penal, que exige la utilización de los expedientes que prevé cuando alguno de los dos elementos que conforman la culpabilidad —la inteligencia y la voluntad—, o no existen o se encuentran disminuidos en relación al patrón de normalidad.

Procede como ya se ha dicho y ahora se reitera la estimación del motivo, y la declaración de que concurrió en el hecho cometido por el recurrente la circunstancia atenuante 2.ª del artículo 21 lo que así se hará constar en la segunda sentencia que a continuación de la presente se dictarán con las correspondientes consecuencias penales en una doble clave: atenuatoria de conformidad con el artículo 66 del Código Penal y eventualmente sustitutiva de la ejecución por sometimiento a tratamiento de deshabituación de drogas en los términos previstos para supuestos de drogodelincuencia en los términos del artículo 87, en medidas sustitutivas que son de la mayor importancia desde todos los puntos de vista que se quieran analizar ya que las alternativas a la prisión en casos de drogodelinquentes son el complemento imprescindible a la normal respuesta prisonizada porque al actuar sobre la causa remota —la drogodependencia—, respecto de la que el concreto delito enjuiciado en cada caso suele ser la consecuencia, se constituyen en factor de disminución de la delincuencia, y lo que es más importante, medio idóneo para la reintegración social de la persona y su recuperación como ser libre en el sentido exigido por el artículo 25 de la Constitución, por lo que el acceso a tales medidas tiene la potencialidad de convertirse en alternativa a la drogodependencia.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

### *Delimitación con atenuante de eximente incompleta*

Segundo.—(...) El artículo citado marca quizás el último aspecto en la graduación de la imputabilidad a causa de la ingestión de drogas (legales o ilegales) y, especial-

mente, de la grave adicción a tales sustancias. Es evidente que, aun cuando la atenuante no haga mención expresa a los efectos que esa adicción produce sobre la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar y conducirse en la sociedad, aún a pesar de ello, se repite, lo que no cabe duda alguna es que el fundamento de tal atenuante radica en la afectación de la imputabilidad.

Mas, como se viene diciendo hasta la reiteración, no basta con ser toxicómano para merecer la atenuación de la pena. La atenuante se circunscribe a la hipótesis de que la «toma de decisión» del sujeto cuando ha de actuar, en el caso concreto, frente al bien jurídico de que se trate, se encuentre alterada. No se exige, y esto ha de quedar claro en el contexto de la atenuante, una exclusión absoluta de la capacidad de culpabilidad, ni tampoco una alteración grave de la misma, porque ello daría lugar a la eximente completa o incompleta, pues basta con que se produzca una ligera perturbación que implique una también ligera disminución de las facultades intelectivas y volitivas (inteligencia y voluntad, capacidad de comprender y capacidad de querer).

Mucho se ha dicho ya por esta Sala Segunda al respecto, según se reseña, entre otras muchas y por hablar de las últimas resoluciones, en las Sentencias de 5 de febrero de 1999 y 6 de marzo de 1998.

Tercero.—Conforme a las mismas, y abundando en lo acabado de indicar, es sabido que no toda situación, anímica o física, de drogodependencia puede sin más determinar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Mas tampoco se puede rechazar de plano tal posibilidad con la argumentación, antes acogida por esta Sala, de que no merece ese favorable trato, si hablamos de atenuantes, quien en virtud de la concepción de las acciones *liberae in causa*, sabía de los peligrosos estados carenciales que se presentarían en el supuesto de libremente escoger el camino de la droga, excluyendo o rechazando cualquier ayuda, método, sistema o régimen de curación, entre otras razones, porque ya es muy dudoso que en tales momentos estuviera la persona en un plano de libre determinación volitiva, para proceder en uno u otro sentido.

Mas, como también dicen las Sentencias de 12 de febrero de 1996 y 12 de septiembre de 1991, es necesario en los casos de drogodependencia saber hasta qué punto, una vez probada la situación de dependencia física o psíquica, ese estado especial ha podido influir en el desarrollo de los hechos y en la actuación de las facultades intelectivas y volitivas. Ni puede permitirse la actuación irresponsable sin reconocer lo que ello comportaría en cuanto a la pena, ni tampoco el abuso de buscar amparo en la eximente incompleta, también en la atenuante, cada vez que el sujeto de la infracción fuera consumidor de la droga en cuestión.

La eximente completa exige la anulación total de la voluntad y de la inteligencia, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta su mente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquellas facultades aun conservando la apreciación sobre la inmoralidad del hecho que ejecuta, lo que se convierte en atenuante analógica si sólo de manera leve se ve afectada la mente humana. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, o en la atenuante analógica, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a

la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva.

En conclusión, y en otras palabras, justo es hacer hincapié en la redacción del vigente Código cuando se refiere a la «grave adicción». Dos son los elementos a tener en cuenta para la apreciación de la atenuante. En primer lugar la gravedad e importancia de la adicción a la droga, y en segundo lugar la relación causal entre la dependencia y la perpetración del ilícito penal.

(Sentencia de 24 de febrero de 1999)

Tercero.—(...) Ha de ponerse de manifiesto que el solo dato de la drogadicción no es suficiente para pretender, ni la eximente incompleta, ni siquiera la atenuante analógica —Sentencia 2264/1994, de 22 de diciembre— ante la falta de constancia de su incidencia en el psiquismo del sujeto. Como puso de relieve la Sentencia 595/1995, de 26 de abril, la cuestión planteada es una cuestión de hecho. En efecto, se debería practicar prueba para determinar la incidencia que el consumo de drogas ha tenido sobre la determinación de la conducta del sujeto, en particular, se debería establecer si el recurrente, como consecuencia de su adicción a la droga, no podía comprender la antijuridicidad de su conducta o no podía conducirse según su comprensión. Pues bien, en los hechos probados no existe el menor punto para decidir tal cuestión. Pero la doctrina de este Tribunal ha destacado que no basta ser drogadicto, en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias eximentes o atenuantes y que la exclusión o disminución de la responsabilidad de estos toxicómanos ha de determinarse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia que la ingestión de droga produce en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

La Sentencia 185/1998, de 10 de julio ha recogido al respecto: «La jurisprudencia —Sentencias de fecha 410-1990, 12 y 27-9-199, 14-7 y 20-11-1992, 24-11-1993, 8-4-1995, las número 1/1997, de 12-3, 583/1997, de 29-4, 603/1997, de 31-3, 616/1997, de 6-4, 1517/1997, de 5-12, 1539/1997, de 17-12, 37/1998, de 24-1 y 102/1998, de 3-2—, ha exigido para la apreciación de la eximente incompleta derivada de la toxifrenia, que origine una profunda perturbación en las facultades psíquicas con deterioro de la personalidad y disminución notoria de la capacidad de autorregulación, o que aparezca asociada con otras deficiencias o trastornos psíquicos —oligofrenias leves, psicopatías— o que determine un síndrome de abstinencia intenso, con compulsión difícilmente resistible al apoderamiento de dinero con el que adquirir la droga. Con arreglo al Código Penal de 1995, dados los términos del artículo 20.2 de dicho Cuerpo Legal, la eximente incompleta de toxifrenia exigirá la concurrencia de una intoxicación no plena, pero importante, por drogas, o de un síndrome de abstinencia a las mismas, que determine una grave disminución de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho delictivo cometido bajo la influencia de las drogas, o para actuar conforme a tal comprensión.

Respecto a la atenuante de nueva creación, 2.ª del artículo 21 del Código Penal de 1995, de haber actuado el culpable a causa de una grave adicción a las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia ha manifestado —Sentencias 1539/1997, de 17-12, 603/1997, de 31-3, 276/1998, de 27-2 y 312/1998, de 5-3—, que será aplicable a los supuestos en que el sujeto comete el delito movido por su grave adicción, a los casos en que sufra un síndrome de abstinencia leve, y cuando su imputabilidad esté disminuida en grado menor; siendo exigible además que existe una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el agente, de forma que la finalidad de aquél sea aliviar el síndrome padecido a causa de la drogodependencia».

En todo caso, se exige siempre necesidad de prueba y que el relato histórico, los *facta probata*, con independencia de que se encuentren en el hecho probado o en los

fundamentos jurídicos, expresen la concreta e individualizada situación en el momento de la comisión delictiva, tanto con referencia a la concreta droga a la cual el sujeto es adicto, al período de dependencia y a la singularización de tal momento (ingestión inmediatamente precedente, síndrome carencial y determinando si puede deducirse la disminución de las facultades intelectivas y/o volitivas) y en qué grado –Sentencias 173/1993, de 2 de febrero y 279/1996, de 1 de abril, entre otras muchas.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

Segundo.–El nuevo Código Penal, acogiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala, otorga expresa relevancia en la graduación de la responsabilidad penal a los efectos que el consumo de drogas tóxicas provoca sobre el conocimiento y voluntad del agente. Como señala la Sentencia núm. 276/1998, de 27 de febrero, de la observación conjunta de lo dispuesto en los artículos 20.2.º, 21.1.º y 21.2.º, puede deducirse que el Código Penal de 1995 otorga respaldo legal a la denominada trilogía de efectos penales que la doctrina jurisprudencial venía aplicando en la delincuencia funcional de los drogodependientes:

a) exigente completa del artículo 20.2.º en los supuestos excepcionales de intoxicación plena o síndrome de abstinencia que impidan totalmente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, b) exigente incompleta, del artículo 21.1.º, para los supuestos de intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante; c) atenuante ordinaria para los supuestos de grave adicción, cuando la misma actúe como causa de la acción delictiva, no siendo técnicamente adecuado, con el nuevo Código, aplicar la atenuante analógica, pues ya existe para estos casos una atenuante ordinaria, ni la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial cualificación tienen su encaje en la exigente incompleta.

(Sentencia de 31 de marzo de 1999)

### *La toxicodependencia es un ser no un estar: delincuencia funcional*

Tercero.–(...) Estima la Sala, por el contrario, que en casos como el presente la tóxico-dependencia es un ser y no un estar, es decir existe una situación de permanencia –se es toxicómano–, y no una situación episódica de ingesta aislada. Precisamente esa estabilidad en el consumo es lo que provoca la «moderada merma» en sus facultades volitivo-intelectuales, que si bien no inciden de modo total y automático en la generalidad de los actos que efectúe, sí tienen incidencia en aquellos actos que por su naturaleza puedan tener la condición de instrumentales para la adquisición y consumo de droga, y de entre ellos, reviste especial importancia la llamada delincuencia funcional, es decir aquella actividad delictiva motivada por la condición de toxicómano y tendente a obtener dinero para acceder al consumo de drogas, de ahí la condición de factor criminógeno y de primer orden, que tiene la adicción a las drogas.

En el presente caso, se está en un ejemplo típico de delincuencia funcional al tratarse de delitos contra la propiedad –robo en varios pisos–, en los que el agente vende, más exacto es decir mal vende, dada lo insignificante del precio, joyas de valor muy superior, y seguidamente compra droga que comparte con Reyes Antonio C. Este cuadro está reconocido en la Sentencia, tanto en el «factum» como en el fundamento jurídico tercero, donde se dice que Agustín –adquirente de las joyas y condenado como receptor– le compró a Víctor joyas por valor de 200.000 ptas., por un importe de seis mil y seis mil quinientas «...conociendo al vendedor, Víctor, como persona consumidora de sustancias estupefacientes...».

Toda esta riqueza de detalles y datos todos en la misma dirección –se reitera la comprobada existencia de consumos de droga en la fecha de comisión de los hechos–, exigen sin duda la estimación del motivo por la clara y fundada concurrencia en la acción enjuiciada de la circunstancia atenuante de grave adicción al consumo de drogas prevista en el artículo 21.2.º del Código Penal, y ello con independencia de que la incidencia penal pudiera ser nula por la extensión de la pena que impuso la Audiencia, pues aunque fuese la mínima, la declaración de la conexión de los hechos de los que se condena a Víctor con su condición de toxicómano por la merma moderada de sus facultades intelecto-volitivas, de un lado es un elemento necesario en el juicio de certeza exteriorizado en el «factum», y de otro facilita que en ejecución de sentencia, puedan adoptarse medidas como las previstas en el artículo 182 del vigente Reglamento Penitenciario –RD 190/1996 de 9 de febrero–, que contempla el cumplimiento en Unidades Extrapenitenciarias, de los penados en tercer grado que necesitan un tratamiento de deshabitualización, medidas que por incidir en la causa –la drogodependencia– en la que el delito viene a ser su consecuencia, se revelan como las más idóneas en supuestos de drogodelincuencia, tanto desde el punto de vista de la vocación de reinserción social a que debe responder la prisión por imperativo constitucional, como desde el punto de vista de política criminal, porque, conseguido el abandono del consumo de drogas por el drogodelincuente, e integrado en la sociedad –no hay rehabilitación del toxicómano sin reinserción social– habrá desaparecido su condición de agente delictivo. No es de aplicación el artículo 87 del Código Penal porque en el presente caso, por la extensión de la pena de prisión a imponer, se está fuera del límite máximo que prevé dicho artículo para la adopción de medidas alternativas a la prisión.

El motivo debe ser estimado, en consecuencia declarar la concurrencia de la atenuante de grave adicción prevista en el artículo 21.2.º del Código Penal, por estimar que el nivel de alteración –moderado según el informe médico– tiene su adecuada traducción jurídica penal en la atenuante expresada y no en la eximente incompleta.

(Sentencia de 21 abril de 1999)

## ARTÍCULO 21.4

### *Doctrina general: evolución histórica de atenuante de arrepentimiento espontáneo, fundamento y requisitos*

Décimo.–(...) El arrepentimiento espontáneo es una circunstancia atenuante, modificativa de la responsabilidad criminal, comprendida en el artículo 9.9 del Código Penal de 1973 que, sin embargo, tardó en ser apreciada por el legislador que la silenció por ejemplo en el Código de 1870, siendo introducida por primera vez en el Código Penal que se creó para la zona de influencia de Marruecos.

Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concebirse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega como distinto de la frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo, el culpable practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en

uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de excepción. Diferenciaciones de técnica jurídica a veces difícil de entender y justificar en la práctica del derecho.

Mas, independientemente de tales elucubraciones científicas, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió *a posteriori*, entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que «mitigue» de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

Undécimo.—En favor de la estimación de la atenuante de arrepentimiento se esgrimieron, principalmente en Alemania, razones de justicia tendentes a premiar al arrepentido, merecedor de un trato de favor dada su evidente menor perversidad. En cambio en los países latinos, Italia a la cabeza, se atendía a razones de utilidad para amparar la atenuante, en tanto que ese arrepentimiento propiciaba no sólo la reparación de los daños causados sino también la ayuda a la Administración de Justicia. Es así que a través de ambas consideraciones se proyectaba el sentido subjetivo o el sentido objetivo de la atenuante que tantas diferencias originó en España hasta el punto de dar lugar, finalmente, a un cambio de orientación en cuanto a la naturaleza y consecuencias del arrepentimiento, por parte de la jurisprudencia.

Mas no se crea que todo fueron históricamente parabienes en la defensa de la atenuante. Hubo un importante sector doctrinal que se oponía a la misma por razones de pura técnica, pues consumado el delito, mal puede afectar a la culpabilidad algo que es posterior. Si *dolus subsequens non nocet*, es evidente que tampoco ha de beneficiar, con posible influjo en la responsabilidad *ex delicto*, lo que al concluirse éste aún no ha venido, dejando a salvo la posibilidad de mejoras o beneficios penitenciarios.

El legislador tuvo al fin que hacerse eco del problema no sin serias dificultades. Primero fue el Código de 1928 y después, definitivamente, el Código de 1932, todo ello consecuencia de lo que inicialmente era un clamor doctrinal y después un planteamiento efectivo de la cuestión por parte de la Sala Segunda que así, en función propia de lo que representa el Supremo Tribunal Penal del País, influyó sobre el legislador, como mucho después aconteciera en la inocuidad de la tenencia de la droga para el consumo o en la penetración anal o bucal como nuevas formas de violación.

Duodécimo.—La evolución que ha sufrido la doctrina de la Sala Segunda en esta cuestión es manifiesta. Subjetivamente se estimaba que la aflicción o el pesar por haber obrado incorrectamente constituía la base del arrepentimiento jurídico. Se afirmaba que sólo si el acusado actuaba movido por el dolor que la realidad del acto injusto le producía, podía llegarse a la atenuante de acuerdo con la terminología gramatical. Después se ha rechazado que «el pesar del autor por haber obrado mal» sea imprescindible para la viabilidad de la circunstancia atenuante.

Es decir que ya se han reducido al máximo, por así decirlo, las circunstancias subjetivas que ponían el acento en el pesar, en el dolor, en la contrición por el acto llevado a cabo, para por el contrario atender objetivamente a los comportamientos externos del delito. El giro producido es importante y hasta cierto punto trascendental (ver las Sentencias de 7 de junio de 1995 y 5 de julio de 1994), seguramente causado por poderosas razones de política criminal que nacen porque sociológicamente quien así actúa sin duda objetivamente disminuye los efectos nocivos que todo delito produce en la comunidad, además de facilitar en muchas ocasiones el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la mejor paz para la víctima de la infracción, que quierase que no, y ello no debe olvidarse, debe ser la principal atención del legislador. En defini-

tiva, se premia así a quienes realizan «actos de cooperación a los fines del orden jurídico», ayudando a las víctimas o favoreciendo a la acción de la Justicia.

Pero esa nueva orientación objetiva no empece para que sean exigibles determinados requisitos imprescindibles en la vida jurídica de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (ver las Sentencias de 31 de enero de 1995 y 21 de marzo de 1994). En ese sentido ha de tenerse en cuenta: *a*) la concurrencia, alternativa o conjuntamente, de alguna de las condiciones señaladas en el precepto legal, la reparación o disminución de los efectos del delito, la satisfacción al ofendido o la confesión de la infracción cometida, supuestos ajenos a la pura intención subjetiva, aunque también sean compatibles con una exigencia, aunque fuere mínima, de arrepentimiento; y *b*) temporalmente han de propiciarse tales situaciones o circunstancias antes de tener el acusado conocimiento de la apertura del proceso judicial, por supuesto real, efectivo y acreditado, no meras sospechas del mismo, lo que en consecuencia ha de imponerse al dato objetivo de la iniciación de las diligencias. Lo decisivo no es pues la apertura del procedimiento sino el conocimiento que se tenga de ello (ver la Sentencia de 30 de noviembre de 1994). Pero el procedimiento judicial supone no sólo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sea sumario, sea diligencia previa o indeterminada, sino también las que a la Policía correspondan, concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho «procedimiento judicial» (ver, además de la citada Sentencia de 31 de enero de 1995, las de 10 de mayo de 1991, 15 de marzo de 1989, 19 de mayo de 1986 y 17 de julio de 1985).

Decimotercero.—Soslayando la reparación del daño o la satisfacción al ofendido de contornos definidos concretos, la confesión ha de ser pura, sincera, espontánea y veraz, no si se da una versión completamente tergiversada de los hechos, silenciando o alterando los extremos más importantes, no si la declaración es tendenciosa, equivocada o falsa (Sentencia de 5 de noviembre de 1993).

La confesión tampoco significa dejar de lado el derecho fundamental a no declararse culpable. Lo que ocurre, como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994, es que ese derecho constitucional constituye un beneficio otorgado que no obliga al sujeto y al que se puede renunciar en aras de la mejor colaboración con la Justicia, comportamiento resocializador *ex post facto* como fundamentador de la atenuante (Sentencia de 22 de abril de 1994).

La obligación de veracidad antes dicha (ver además las Sentencias de 17 de mayo de 1993 y 27 de mayo de 1992) tiene los límites igualmente reseñados. No vale a estos efectos, repítese, la incompleta, la sesgada, la sólo parcialmente veraz, precisamente porque la espontaneidad supone e implica hacerla sin trabas ni desfiguración de la realidad (Sentencia de 18 de mayo de 1994). Ahora bien, y como se deduce de lo igualmente explicado más arriba, se tiene dicho por la Sala Segunda: *a*) que no se puede exigir al autor que declare de un modo objetivo, pues es explicable que no pueda sustraerse a dar su versión personal de lo acaecido, por lo que fácilmente se deben tolerar al respecto matices favorecedores siempre que se refieran a circunstancias desde luego no suficientemente relevantes (Sentencias de 23 de marzo de 1993 y 28 de enero de 1989 entre otras); *b*) que la confesión, aunque normalmente haya de ser personal, también es válida si en supuestos excepcionales se vierte a través de tercero (Sentencias de 27 de marzo de 1993 y 12 de julio de 1982); y *c*) que el ofrecimiento de una versión no totalmente acorde con el relato fáctico, puede ser válida para la apreciación de la atenuante, pues no es exigible que aquélla coincida *in totum* con ese relato (Sentencia de 21 de marzo de 1994).

Es, como siempre, una cuestión de caso concreto y, sobre todo, una cuestión de límites. No es necesaria la coincidencia total con la verdad pero sí en lo esencial, importante y trascendente, aunque fuere bajo una perspectiva personal y subjetiva.

Decimocuarto.—Todos estos antecedentes han de consignarse para valorar en conjunto la actuación del agente, teniendo en cuenta la modificación que sufrió el antiguo artículo 9.9 al quedar reducido en el contenido del actual artículo 21.4, conforme al cual, prescindiendo de exigencias anteriores, la atenuante se apoya en la confesión del hecho delictivo y en el momento en que ello se produce, necesariamente antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él.

Así pues, es de advertir que en la doctrina reseñada hay que distinguir o tener en cuenta la variación legislativa producida. El motivo, que es apoyado por el Fiscal, debe ser estimado aunque la pena viniera ya impuesta en la mitad inferior. Podría parecer que la reclamación carece de practicidad por ello, mas ha de tenerse en cuenta que dicha pena lo es en el máximo de la mitad inferior, por lo que la estimación de la atenuación hace acreedor al recurrente para una efectiva rebaja, dentro de los límites del artículo 66.2.

Sabido es lo que dice el relato de hechos de la instancia en cuanto habla de la entrega voluntaria del arma. Es cierto que esta entrega se produce en el curso de su declaración ante la Guardia Civil, y por tanto podría entenderse que el procedimiento judicial estaba ya abierto, pero no lo es menos que la detención del arma era ignorada por los Agentes actuantes, toda vez que el Atestado Policial se había abierto por hechos claramente distintos, por lo que hay que concluir que la actuación del acusado, en el mejor de los casos, facilitó, si es que no lo hizo posible, la persecución del delito en cuestión. Se dan todos los requisitos que configuran la atenuante cuya aplicación se postula. El acusado es merecedor de ese benévolo trato judicial.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 21.5

### *Fundamento de esta atenuación: reparar el daño causado a través del abono al perjudicado de la cantidad defraudada*

Primero.—(...) Se reconoce en el *factum* de la Sentencia sometida a la censura casacional que el recurrente ha abonado al perjudicado la totalidad del perjuicio causado, por cuya razón éste renunció a toda indemnización en el acto del juicio. Este dato sólo ha sido tenido en cuenta en la Sentencia para no efectuar pronunciamientos civiles pero se ha mantenido silencio sobre la aplicación de la atenuante que ahora se postula por el recurrente.

El Ministerio Fiscal, en su informe de 6 de octubre se pronuncia por la desestimación al estimar que se está en presencia de un hecho nuevo no propuesto en la instancia, y en efecto, es cierto que el ahora recurrente ni en el escrito de calificación provisional —folio 143—, ni al elevar las conclusiones a definitivas —folio 3 del acta del juicio oral—, interesó la aplicación de la atenuante que ahora da vida al motivo de casación que se estudia, pero en la medida que este hecho —el de la reparación del perjuicio causado a satisfacción del perjudicado—, aparece «incorporado al *factum*, no puede en rigor estimarse como hecho nuevo en esta instancia casacional, pues fue objeto de debate en la vista como se deriva de la propia declaración del perjudicado Lucio S. O. quien renunció a toda indemnización, estando recogido en la Sentencia que le dio la relevancia exclusivamente en relación a los pronunciamientos civiles manteniendo silencio sobre la posible concurrencia de la atenuante del artículo 21.5.º del Código Penal.

Procede pues entrar en el estudio de la cuestión propuesta por el recurrente en la medida que la traducción jurídica del juicio de certeza objetivado en el *factum* tiene

un déficit en relación, precisamente, al acreditado abono del perjuicio que sin duda debió haber exigido la aplicación de la circunstancia atenuante citada del artículo 21.5.º, que introducida en el vigente Código Penal constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima. Por un lado esta actitud del culpable supone un reconocimiento, por su parte, del mal causado y supone un claro indicio de un apartamiento en su actividad delictiva facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. De otro lado se facilita la satisfacción a la víctima, la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconociendo que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo.

En ambos casos, la reparación del daño causado debe ser claramente relevante a la hora de determinar la concreción de la pena, dentro de las precisiones legales, que por la existencia de la atenuante quinta del artículo 21 se traducen por imperativo legal en una disminución de la necesidad de la pena a imponer de conformidad con lo prevenido en el artículo 66 párrafo 2.º.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 21.6

### *La perversión sexual no tiene base patológica suficiente para la apreciación de una atenuante*

Cuarto.—Dejada intacta la declaración de hechos probados, en el particular relativo al estado mental del procesado, como consecuencia de lo razonado en el fundamento jurídico anterior, no se puede sostener que haya sido indebida la inaplicación al procesado de la circunstancia eximente núm. 1.º del artículo 8 CP. Las neurosis y los trastornos de la personalidad nunca han sido considerados por la doctrina de esta Sala base fáctica suficiente para apreciar la concurrencia de la eximente completa de enajenación mental—ahora denominada con los términos, más amplios y comprensivos, de «cualquier anomalía o alteración psíquica»— y, sólo excepcionalmente, se ha aceptado que den lugar a la correspondiente eximente incompleta. Por regla general, la caracterización que se ha dado a dichas anomalías, en el plano de la imputabilidad, ha sido la de una atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de enajenación mental. Esta ha sido la opción acogida por la Sentencia recurrida que ha aplicado a los hechos probados la normativa del CP/1973 vigente cuando aquéllos ocurrieron y estimada más favorable al reo. Lo que el aplicador del derecho debe preguntarse ante anomalías como la que presenta el procesado, a la hora de medir la influencia de la misma en la imputabilidad, es cuál es la capacidad del agente para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una concepción de la imputabilidad, claramente deducible del artículo 20.1.º y 2.º CP/1995, que pone prudentemente el acento en la mera actitud del sujeto para ser motivado por la norma y, a partir de esta motivación, para dirigir su conducta de forma que ésta le pueda ser atribuida como «suya». Esta interpretación legal del concepto de anomalía o alteración psíquica, dentro de cuya amplia categoría caben tanto las neurosis como los trastornos de la personalidad, ha podido llevar, en la Sentencia 127/1998 de esta Sala, a no considerar la perversión sexual base patológica suficiente para la apreciación de la eximente

incompleta, ni tampoco para la atenuante analógica que la parte recurrente pretendía en aquel caso. Dícese en dicha Sentencia 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», añadiéndose más adelante: «el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no es mayor que 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. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad, es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se le imputan». No se pretende con esta cita, naturalmente, hacer la más leve crítica de la apreciación por el Tribunal de Instancia, en el caso que nos ocupa, de la atenuante analógica prevista en el artículo 9.10.º CP/1973, sino sólo subrayar que, habiéndole sido apreciada al procesado dicha circunstancia porque, aunque comprende la ilicitud de su comportamiento, parece tener una cierta dificultad superior a la normal para refrenar sus impulsos sexuales, debemos entender que la débil disminución de su imputabilidad ha sido correctamente traducida a términos jurídicos mediante la estimación de dicha atenuante, sin que pueda ser aceptado el reproche de que la circunstancia apreciable fuese la eximente incompleta.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 22.1

### *Elementos y clases de alevosía: doctrina jurisprudencial*

Primero.—(...) Una jurisprudencia constante (SS. de 10-5-1984, 25-2 y 24-10-1987, 24-10-1988, 24-1-1992, 7-5-1993, 30-7-1993, 209/1996, de 8-3, 838/1996, de 8-11 y 897/1996, de 23-11), viene estimando que la alevosía requiere un elemento objetivo o dinámico, consistente en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución de delitos contra las personas, que tienden a asegurar el resultado y a eliminar el riesgo procedente de la defensa de la víctima, y un elemento subjetivo, consistente en la intención de conseguir el resultado homicida o lesivo y en el propósito de asegurar el mismo y la falta de riesgo derivado de la defensa de la víctima, mediante la utilización de los medios adecuados elegidos al efecto. En las citadas Sentencias 209 y 838/1996 se destacan que los medios alevosos ponen de relieve una cierta vileza y cobardía en el que se valió de ellos, y determinan una agudización del reproche social.

Tradicionalmente se han distinguido tres clases de alevosía, también señaladas en las declaraciones jurisprudenciales de esta Sala: a) la proditoria, o aleve, caracterizada porque el ataque a la vida o a la integridad se perpetra mediante asechanza o emboscada, a traición, o por la espalda, y en ella se da la máxima ocultación de las intenciones y proyectos homicidas o lesivos, en cuanto el propio agresor se esconde a la vista de la víctima (SS. de 22-12-1992, 28-5 y 4-6-1992, 1076/1993, de 7-5, y 1687/1994, de 3-10); b) la súbita o inopinada, caracterizada por el ataque imprevisible, sorpresivo y repentino, en el que el agresor no se oculta físicamente, pero no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión (SS. 22-2, 14-6 y 18-10-1991, 20-4-1992, 476/1993, de 8-3 y 499/1993, de 9-3); y c) la alevosía de aprovechamiento o prevalimiento de la situación de indefensión de la víctima, bien por su corta edad, por su ancianidad, por su invalidez, o bien por hallarse privado de sentido por cualquier razón, y en la que la posibilidad de defensa de la persona agredida quedó eliminada.

En relación a la alevosía en la modalidad de súbita e inopinada, la doctrina de esta Sala (SS. de 31-3-1990, 11-6-1991, 18-1-1992, 2655/1993, de 24-11, 730/1994, de 6-4 y 1176/1995, de 18-11), ha entendido que en ella es elemento nuclear el abuso de confianza, pues la indefensión de la víctima deriva de la creencia en que no será atacada por el agresor.

Por ello, también es doctrina de esta Sala que las discusiones, riñas, reyertas o enfrentamientos previos o inmediatos entre el agresor y la persona agredida eliminan la alevosía, en cuanto que la víctima tiene motivos para temer el ataque y precaverse, por lo que no estará totalmente desprevenida ante una futura agresión (SS. 22-3-1957, 15-10-1990, 186/1993, de 8-2, 12-5-1993, 1222/1994, de 10-6, 18-2-1997, 900/1997, de 23-6 y 1540/1997, de 15-12).

En cuanto a la alevosía sobrevenida, la doctrina más reciente de esta Sala es que si hay una sola acción, la alevosía debe concurrir desde el principio (SS. de 2-12-1990, 4-12-1995 y 16-5-1996), pero si hay interrupción o fraccionamiento del ataque, cabe que en la primera fase no hubiera habido aprovechamiento de la indefensión de la persona atacada, y sí en la segunda fase, y que en ésta por tanto se apreciara la alevosía sobrevenida (SS. 934/1997, de 26-6, 1147/1997, de 27-9, y 1611/1997, de 29-12).

(Sentencias de 1 de marzo y 15 de abril de 1999)

### *Alevosía sobrevenida*

Segundo.—(...) El tema de la alevosía presenta trascendencia porque transmuta el homicidio en asesinato en toda nuestra codificación e incluso en el Texto vigente de 1995 (art. 139).

Como ya puso de relieve la Resolución de este Tribunal de 24 de enero de 1992, «La alevosía representa la cristalización de una larga evolución histórica que ha pasado de comprender los más graves crímenes a convertirse en una circunstancia de agravación (1.º del art. 10 del CP), aplicable tan sólo a los delitos contra las personas e inherente al asesinato con dicha calificación (art. 406.1.º), y de consistir en un quebrantamiento a la fidelidad debida y ser semejante a la traición, a la deslealtad en suma, trocarse en un aseguramiento de la ejecución del hecho y de la persona del ejecutor. Una reiterada doctrina de esta Sala —*ad exemplum*, Sentencias de 5 de febrero de 1981, 3 de mayo y 11 de noviembre de 1982, 16 de mayo, 1 de junio, 4 de julio y 19 de diciembre de 1983, 10 de mayo de 1984, 2 de diciembre de 1986, 23 de febrero y 24 de octubre de 1987 y 24 de octubre de 1988— ha estimado necesario para su aplicación, el que pueda apreciarse un “plus” de culpabilidad y de antijuridicidad y la concurrencia de los requisitos siguientes: aseguramiento del resultado criminal sin riesgo para el ofensor, revelación de un ánimo tendencial, como exponente de vileza y cobardía en el obrar, y que se produzca una mayor repulsa por la actividad desarrollada».

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha distinguido tres diferentes modalidades de alevosía, como recoge, entre otras, la Sentencia de 4 de junio de 1992, «a) La denominada con anticuado adjetivo “proditoria”, que incluye la traición y viene a ser pareja al “guet-apens” del texto francés, equiparable a la acechanza, insidia, emboscada, celada o lazo, pero cuya definición auténtica y contextual para dicho Derecho se encuentra en el artículo 298 del Code Pénal, como la espera durante más o menos tiempo en uno o diversos lugares a un individuo para darle muerte o para realizar sobre él actos de violencia. Tal circunstancia resulta más ensanchada en nuestro ordenamiento jurídico por las referencias en nuestro primer Código Penal de 1822 “a traición y sobre seguro”, calificativa tan sólo del asesinato como circunstancia 3.º del artículo 609, que se ejemplifica en su casuismo en diversos modos, para concluir en

cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad y sin riesgo del agresor o para quitar la defensa al acometido, que es distinta de la circunstancia 2.ª del mismo precepto relativa a la acechancia. b) La súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino –Sentencias de 21 de enero de 1965, 25 de noviembre de 1967, 15 de diciembre de 1970, 12 de marzo de 1982, 24 de mayo y 12 de noviembre de 1983, 23 de octubre de 1984, 2 de diciembre de 1985, 19 de abril de 1989, 23 de enero, 29 de junio y 3 de diciembre de 1990, 22 de febrero y 14 de junio de 1991–. c) La consistente en el “aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento”, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas ebrias en la fase letárgica o comatosa –Sentencias, entre otras, de 25 de septiembre de 1986, 14 de febrero de 1987, 31 de mayo de 1988 y 27 de mayo de 1991–».

En cuanto a la naturaleza, «La Sentencia de este Tribunal de 24 de noviembre de 1989 ha destacado el carácter mixto de la circunstancia por la dualidad de elementos objetivos y subjetivos, referidos al binomio antijuridicidad-culpabilidad, lo que implica necesariamente una particular proyección en el dolo del sujeto, de manera que el autor ha de proponerse las finalidades aseguratorias para la ejecución y para el actuante, así como sobre la indefensión de la víctima –Sentencias de 10 de mayo de 1984, 23 de diciembre de 1985 y 3 de marzo de 1986– y ello con independencia de que la situación sea creada o buscada de propósito o tan sólo aprovechada –Sentencias de 12 de marzo, 9 de abril y 5 de julio de 1985– requiriendo la Sentencia de 26 de marzo de 1991, no sólo la presencia del dolo en la acción del agente, sino el tendencial ánimo, dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, refiriéndose la Sentencia de 20 de abril de dicho año a tal agravante como circunstancia de tendencia, porque incluye un elemento subjetivo que decide el plus de antijuridicidad, lo que reiterará la de 27 de mayo de 1991» (Sentencia 1659/1993, de 30 de junio).

En cuanto al tema de la indefensión sobrevenida, ya la Sentencia de esta Sala 2743/1993, de 3 de diciembre, se ocupó al destacar que «el supuesto de alevosía sobrevenida se produce y admite, en ciertos casos, aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la referida agravante, siempre que, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, el ataque se reanuda en un segundo estadio aprovechando el sujeto activo la indefensión de la víctima –Sentencias de 15 de diciembre de 1986, 12 de julio de y 15 de febrero de 1993–; así como cuando, producida la situación de indefensión por el ataque de terceros, el agente aprovecha tal situación para agredir sobre seguro a la víctima, en cuyo caso el ánimo tendencial de aseguramiento del ataque y exclusión del riesgo está presente en su conducta desde el principio al fin, esto es, la alevosía concurre ya desde el inicio de la acción que le es propia y que es la que debe ser penalmente valorada».

Según la doctrina más reciente de esta Sala –Sentencias, por todas, 462/1996, de 16 de mayo, 579/1997, de 28 de abril, 1147/1997, de 27 de septiembre y 1611/1997, de 29 de diciembre– tal alevosía sobrevenida se produce cuando en un posterior momento de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente que o bien acaba con la vida de la víctima o agrava las lesiones.

Ello acontece aquí según el *factum* de la Sentencia del Jurado, cuando la víctima se hallaba en situación de traumatismo craneoencefálico. La víctima se encontraba totalmente indefensa por las lesiones producidas y en tal instante acontece un segundo ataque con aprovechamiento de la indefensión y con medios lesivos diferentes. Hasta dicho momento se había utilizado una tabla de madera de las empleadas para cortar alimento en la cocina, ahora se esgrime por el acusado un cuchillo de cocina de unos 9 cm de largo y

una hoja de un centímetro de ancho y con dicha arma se asestan por el recurrente dos cuchilladas, una en región temporal inferior izquierda que afectó a planos musculares y otra detrás del lóbulo del pabellón auricular izquierdo donde quedó enteramente introducida la hoja del cuchillo, falleciendo la víctima.

Ya la resolución del Jurado estima probado asimismo que el acusado desarrolló un comportamiento mortal cuando la víctima se encontraba semiinconsciente y tumada boca abajo en el suelo, en situación de desvalido y sin posibilidad de defenderse de modo eficaz, por lo que el acusado se aseguró así el logro de su propósito de matar a la víctima de su agresión sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer aquélla.

En definitiva, se describe un supuesto claro y paradigmático de alevosía sobrevenida, donde aflora la agravante de alevosía. El tema fue ya resuelto en la alzada al apreciar con plena ortodoxia de la doctrina casacional de la alevosía sobrevenida, con una argumentación tan lógica y exhaustiva que alzarse contra ello tiene que reputarse como temerario aunque se funde en mor de defensa.

(Sentencia de 20 de septiembre de 1999)

*Como regla general sólo es apreciable la alevosía cuando medio dolo directo de matar y no cuando el dolo fue eventual o de ímpetu*

Tercero.—(...) El requisito subjetivo de la alevosía comporta que cuando el hecho delictivo consistió en la privación de la vida de una persona, sólo cabrá apreciar la agravante de alevosía cuando medió dolo directo de matar, pero no cuando el dolo fue eventual, ya que la alevosía requiere el propósito de asegurar el resultado homicida y por tanto necesariamente exige el propósito de tal resultado. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de forma mayoritaria ha estimado incompatible la alevosía y el dolo eventual (SS. de 29-3-1985, 16-3-1988, 13-4-1993, 11-7-1994, 1245/1995, de 5-12 y 219/1996, de 15-3), habiendo admitido la posibilidad de concurrencia en casos aislados (SS. 20-12-1993 y 21-1-1997).

También el elemento subjetivo propio de la alevosía excluye la compatibilidad de la misma con el dolo de ímpetu, al exigir aquél una previa excogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, según doctrina expuesta en la Sentencia de esta Sala de 19-1-1991 (RJ 1991\159).

De acuerdo con la doctrina expuesta, el motivo debe desestimarse, por inferirse de los datos fácticos sobre la forma de desarrollarse la agresión del guardia civil José G. R. a José M.<sup>o</sup> H. A., que el acusado actuó con dolo eventual y de ímpetu, excluyentes de la alevosía, y que su agresión no es incluíble en ninguna de las modalidades, proditoria, súbita o de prevalimiento, de la alevosía.

Según lo argumentado por el Fiscal en el trámite de instrucción, de los datos fácticos no cabe racionalmente concluir que G. tuviere propósito directo de causar la muerte a H., ya que no tenía razones para ello, por lo que cabe pensar que sólo trató de herir a H., disparando en dirección hacia él, y apuntando a sus piernas, aunque tuviese que representarse la probabilidad de que algún disparo, ante la falta de visibilidad, por ser de noche, y dado que la víctima había salido corriendo, alcanzase a la víctima en algún centro vital del cuerpo, como así ocurrió. Debe entenderse por tanto que sólo existió dolo eventual de muerte.

Concurrió también dolo de ímpetu, por revelar el relato fáctico que el guardia civil disparó de forma instantánea, ante el movimiento de fuga de José M.<sup>o</sup> H. A.

No cabe apreciar en el supuesto de autos la alevosía en la modalidad proditoria o de traición, que exige la emboscada, y la ocultación del agresor y la espera al agredido, sin que surja solamente por el hecho de que éste se hallase de espaldas al acusado.

Tampoco cabe apreciar la alevosía en la modalidad de inopinada o súbita, que exige una situación de confianza y desprevenimiento en el agredido, que en el caso enjuiciado no existió.

Y tampoco cabe apreciar la alevosía en la modalidad de prevalimiento, por el hecho de que se disparase a H. en la región tibial cuando se hallaba sentado o tumbado en tierra, puesto que tal disparo, dada la zona donde incidió, no se hizo con propósito de matar, y porque además el aprovechamiento de una situación de desvalimiento sobrevvenida no integra alevosía.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

### *Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual de causar la muerte*

Cuarto.—Admitida la concurrencia del ánimo homicida debe examinarse a continuación el tipo de dolo que cabe apreciar en la conducta del acusado, pues, aun cuando tal consideración en abstracto resulte intrascendente a efectos punitivos, si adquiere relevancia en supuestos como el presente en los que, según la declaración jurisdiccional impugnada, la figura del dolo eventual coexiste con la alevosía.

El Motivo desencadena en este punto un debate en el que a esta Sala le es obligado terciar, no sólo porque ello constituye uno de los alegatos esenciales del recurso sino también porque la propia función pedagógica de la casación así lo impone. Desde tal perspectiva, bueno será formular determinadas precisiones en torno a la figura del dolo eventual a fin de justificar la opción calificadora que adopta el Tribunal sobre tal extremo.

Retomando expresiones de nuestra Sentencia de 21-1-1997, el conocimiento y la voluntad —componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo— son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, mas no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo efecto clasificatorio que, si bien rezuma bondadosas dotes de eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia.

Partiendo de tal concepción, que —por su fórmula sincrética— trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción.

En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la

acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).

Pues bien, desde tales premisas definidoras se puede afirmar –a los estrictos términos del relato nos remitimos– que los datos fácticos suministrados en la combatida permiten detectar la presencia de dichos elementos en la conducta del recurrente, ya que no es posible apreciar de modo indudable en dicho comportamiento la ejecución de una acción encaminada directamente a causar la muerte de la víctima, componente volitivo que en el dolo eventual afecta fundamentalmente a la acción pero no al resultado (previsto pero no directamente perseguido).

De ahí que, reconociendo a las circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia la debida trascendencia para descartar la concurrencia del dolo directo, homologuemos su determinación a efectos de calificar la conducta bajo la rúbrica del dolo eventual.

Quinto.–(...) Por otra parte, la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfananamente en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma sino en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia –la del resultado– que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes Sentencias como las de 16-3-1981, 13-4-1993, 1-7-1994 y 29-11-1995, sino que debe desconectarse de la alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-1981, 20-11-1993 y 21-1-1997, pues la definición legal de la alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, le aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima.

(Sentencia de 21 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 22.2

*Agravante de disfraz: supuestos de aplicabilidad a los partícipes que no se disfrazan: se aplica cuando el disfraz es medio concertado para facilitar el delito o su impunidad; no se aplica cuando el que se disfraza lo hace a título de precaución personal*

Séptimo.–(...) La agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una per-

sona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad). Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concorra el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2.º CP)— si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 de diciembre de 1990), o bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás sí lo harán en beneficio de todos (Sentencia 11 de julio de 1991), o cuando se acuerde que utilice disfraz aquel de los autores de una agresión o un robo que puede ser reconocido por la víctima o bien el único agente que es conocido en el lugar del hecho (Sentencia 7 de diciembre de 1990), o, en fin, cuando se planea un hecho delictivo incluyendo en el proyecto la utilización de disfraz por parte de los ejecutores materiales, para facilitar la ejecución y mejorar las posibilidades de impunidad, en cuyo caso la agravación se extiende a los partícipes que diseñaron la operación, aun cuando no se disfrazen por no participar en su ejecución material.

Ahora bien, como señala la Sentencia de 7 de diciembre de 1990, cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado él mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo, nos encontramos ante la necesidad de aplicar el párrafo 1º de dicho artículo 60 (hoy, art. 65.1.º CP/1995) porque el hecho en que se funda la agravación consiste en una precaución «personal» que sólo puede servir para agravar la responsabilidad penal de quien obró así por su propio interés, habiéndose pronunciado en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1977, 17 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1987, 20 de septiembre de 1996 (núm. 564/1996) y 15 de febrero de 1997 (núm. 183/1997), entre otras.

En definitiva, exigiendo la apreciación de la agravante la concurrencia de los dos requisitos que la integran, lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 60 (hoy 65.2.º), permite extender el elemento objetivo (desfiguración utilizada por uno de ellos) a todos los que lo conocieran, pero el elemento subjetivo no es transmisible, por lo que la agravante únicamente puede aplicarse a aquellos en que pueda apreciarse el propósito de búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad, propósito que concurrirá en todos ellos cuando la acción se concierte de manera que el uso del disfraz beneficia a todos —como en los casos anteriormente citados— pero no cuando es una mera precaución personal de alguno de los intervinientes. (Sentencia de 20 de septiembre de 1996, núm. 564/1996.)

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

### *La agravante de disfraz es incompatible con el delito de tenencia ilícita de armas*

Tercero.—(...) Impugna, con acierto en esta ocasión el recurrente en el tercero de los motivos, relativos al delito de tenencia ilícita de armas que se haya aplicado la agravante de disfraz.

Tiene razón el recurrente en su impugnación, ya que dada la naturaleza del delito de tenencia ilícita de armas, como de mera actividad o riesgo, teniendo una naturaleza formal, no es posible el juego de la circunstancia agravante cuestionada, que en la medida que con ella se busca la impunidad del delito que se vaya a cometer, debe recaer en todo caso, como se hizo en el presente supuesto, en el delito de robo con intimidación y en el de secuestro, pero sin extenderla al delito de tenencia de armas, en relación a las que fueron utilizadas para la comisión de ambos delitos y respecto de los que dicha tenencia de armas tiene un carácter instrumental. Procede en consecuencia eliminar la agravante de disfraz del delito de tenencia ilícita de armas, con la consecuente reducción de la pena a imponer por tal delito, lo que se hará en la segunda sentencia.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

*Constituye agravante de disfraz el uso de casco por motorista que desde la moto realiza tocamientos a viajantes de otra moto: no justificación por exigencias del Reglamento General de Circulación*

Cuarto.—En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22.2 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que el que el agresor llevara puesto el casco de motociclista cuando realizó los hechos no determina la aplicación de la agravante de disfraz en cuanto el uso del casco le venía obligado por el Reglamento General de Circulación.

El motivo no puede ser estimado.

No se puede compartir el criterio manifestado por el acusado de que el Reglamento de Circulación exija que se use el casco cuando el agresor, tras circular con una motocicleta, y una vez detenida ésta, realiza tocamientos en el cuerpo de dos de sus víctimas, sin que se hubiera quitado el casco que portaba y respecto a los otros dos casos, lo cierto es que los tocamientos que realizó desde su motocicleta a las víctimas, que circulaban en otro medio igual de circulación, se hicieron desde el anonimato que le proporcionaba el llevar puesto el casco de motociclista, sin que puedan alegarse razones de seguridad o de cumplimiento de normas administrativas para neutralizar el anonimato que le proporcionaba el casco al realizar tales agresiones, especialmente cuando no sólo se agredió a la libertad sexual de sus víctimas sino también se puso en muy serio peligro las vidas e integridad física de varias de ellas, al realizar algunos de los tocamientos cuando conducían sus vehículos.

(Sentencia de 10 de septiembre de 1999)

*Agravante de disfraz: irrelevancia de que el sujeto sea identificado a pesar de su uso*

Tercero.—(...) En cuanto a la primera cuestión, es cierto que el derecho fundamental a la presunción de inocencia extiende su ámbito no sólo a los presupuestos fácticos que configuran el hecho imputado constitutivo de la conducta o la acción típica, sino también a los elementos de hecho que determinan las circunstancias agravatorias de la responsabilidad criminal. En tal caso, la presunción de inocencia requiere que se haya practicado prueba de cargo sobre la que el juzgador pueda formar su convicción acerca de la existencia de los elementos fácticos sobre los que se asienta la circunstancia agra-

vante en cuestión. Que esta exigencia se ha cumplido en el caso de autos es incuestionable, pues se ha practicado una abrumadora prueba testifical y documental de indudable contenido incriminatorio que ha permitido al Tribunal declarar como hecho probado que el acusado entró en la sucursal bancaria «... cubriéndose la cara con una bufanda y la cabeza con una capucha de la propia prenda tipo chándal que llevaba, y las manos con guantes oscuros»; declaración que, por cierto, no ha sido discutida por el recurrente, como pone de manifiesto el Fiscal en su escrito de contestación al recurso. La censura debe, pues, ser rechazada.

La parte impugnante pone el énfasis de su reproche al entender que la Audiencia Provincial ha incurrido en «error in iudicando» por apreciar la agravante de disfraz cuando no ha concurrido el elemento objetivo «... que consiste en que el disfraz sea suficientemente eficaz para conseguir la finalidad de éste, es decir, dificultar la identificación del autor del delito y por tanto su punición» (sic), argumentando a este respecto que puesto que el Tribunal, al visionar la grabación del vídeo del atraco identificó al acusado presente con el asaltante, resulta obvia la falta de eficacia del enmascaramiento y, por consiguiente, la ausencia del elemento objetivo señalado para apreciar la circunstancia agravante.

El reproche no puede ser acogido.

El disfraz a que se refiere el artículo 22.2 del Código Penal vigente puede ser definido como todo artificio destinado a desfigurar al delincuente con la finalidad de no ser reconocido (SSTS 11 de junio de 1997 y 28 de abril de 1998), pero la aptitud del medio utilizado por el agente para cubrir o desfigurar su apariencia o su fisonomía, «no ha de entenderse en el sentido de que sea necesaria plena eficacia a tal fin, pues si se exigiera que el autor hubiera tenido éxito en su propósito de evitar el reconocimiento de su identidad, esta circunstancia nunca se aplicaría, al no poder ser juzgado y condenado quien así se comportara» (STS 4 de noviembre de 1998 y las que en ella se citan). Por ello, para apreciar esta circunstancia, no es preciso que el medio de enmascaramiento o de desfiguración impida la identificación del delincuente, siendo suficiente con que aquellos medios dificulten notoriamente el reconocimiento, de suerte que no podrá apreciarse la agravante cuando el disfraz sea tan notablemente imperfecto o rudimentario que permita fácilmente la identificación.

En nuestro caso el artificio utilizado por el acusado alcanza la eficacia requerida para la apreciación de la agravante, pues el enmascaramiento con el que ejecutó la acción depredatoria impidió a los testigos presentes en el momento del hecho la identificación del autor y sólo mediante la reproducción de la filmación videográfica en la que el Tribunal que la visionó contempló al autor con el rostro parcialmente cubierto en un momento dado del episodio, permitió su reconocimiento. En consecuencia, no hay duda de la concurrencia del elemento objetivo requerido para la apreciación de esta circunstancia agravatoria; como no la hay tampoco de los demás: el propósito del sujeto de evitar su identificación para eludir su responsabilidad, y el elemento cronológico de usarse el disfraz al tiempo de la comisión del hecho delictivo (véanse SSTS 10 de enero de 1996, 5 de junio de 1997 y la ya citada de 4 de noviembre de 1998, entre otras muchas).

(Sentencia de 15 de septiembre de 1999)

*Agravante de disfraz: requisitos. Su apreciabilidad no depende de que se haya logrado una plena eficacia con el enmascaramiento del rostro*

Tercero.—Cualquier ocultación o desfiguración del rostro o de las facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo, constituye la agra-

vante de disfraz. La razón de ser de la misma se encuentra en unas ocasiones por las mayores facilidades en la comisión del hecho al poderse actuar sin originar sospechas, y en otras, las más, el conseguir el culpable no ser reconocido ni identificado. Es decir, lo que se busca con el disfraz es una mayor facilidad en la ejecución o una más segura impunidad (ver las Sentencias de 2 de julio de 1991 y 28 de abril de 1989).

Tres son los requisitos para la vigencia de tal agravante: a) objetivo consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual; b) subjetivo como propósito para evitar la propia identificación y así eludir responsabilidades; y c) cronológico porque el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes o después de tal momento (Sentencia de 15 de julio de 1993).

Claro es que cualquier disfraz, por burdo que sea, puede constituir la agravante si se logra la finalidad disimuladora o desfiguradora que se busca. Por tanto no cabe si la desfiguración es parcial o el disfraz se encontrare mal colocado, si bien de todas formas ha de insistirse en que la agravante no depende de que se haya logrado una plena eficacia con el enmascaramiento del rostro.

(Sentencia de 15 de septiembre de 1999)

#### *Agravante de lugar: acogida en nuevo Código Penal*

Undécimo.—En el cuarto motivo, con el mismo amparo procesal que los anteriores, se impugna como indebida la aplicación del artículo 10.13.º CP 1973, en el inciso que recoge la circunstancia de despoblado, porque —según se dice en el desarrollo del motivo— concurriendo en los hechos enjuiciados tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la mencionada agravante, la misma no puede ser apreciada por haberse condenado al procesado al mismo tiempo por un delito de rapto, ya que cuando se rapta a una persona se hace siempre para llevarla a un lugar alejado. Tampoco este motivo puede ser acogido. El despoblado, agravante que ha perdido en el CP 1995 su especial y tradicional «nomen iuris» aunque continúa siéndolo, dentro del núm. 2.º del artículo 22, como circunstancia «de lugar» que debilita la defensa del ofendido o facilita la impunidad del delincuente, ha sido interpretado por la jurisprudencia —S. de 10-5-1993— como circunstancia cuyo fundamento se encuentra en «el mayor reproche que merece la conducta de quien busca, para la comisión de un acto delictivo, un lugar en el que la víctima va a encontrarse en una situación de desamparo e imposibilidad de recibir ayuda», dimensión objetiva que ha sido completada —S. de 19-4-1995— con la subjetiva o teleológica que consiste en la «búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito». Ambos elementos —el debilitamiento de la defensa del ofendido y el propósito del agente de conseguir una más fácil ejecución o impunidad— se pueden considerar comprendidos en la nueva definición de la circunstancia y concurren evidentemente en el caso enjuiciado como el propio recurrente reconoce. Y no es de recibo la objeción de que no pueden ser apreciados simultáneamente el despoblado y los delitos de rapto en concurso medial con los de violación. El delito de rapto, tal como quedó configurado en el artículo 440 CP 1973 tras la redacción que le dio la Ley 46/1978, que al mismo tiempo derogó los artículos 441 y 442, era un delito pluriofensivo únicamente atentatorio contra la libertad sexual y la libertad ambulatoria, pero no requería para su integración que la persona raptada fuese llevada a un lugar lejano y mucho menos aislado. Aunque lógicamente los delitos contra la libertad sexual no se suelen cometer en público, no es inimaginable que una persona fuese raptada para atentar contra su libertad sexual y llevada por el raptor, para conseguir sus propósitos, a una casa situada en el interior de una pobla-

ción. Por la misma razón que se podía condenar por un delito de rapto y uno de violación en relación de concurso medial, era posible apreciar en el segundo una agravante, como la de despoblado, que no era inherente al delito de rapto. Todo ello, naturalmente, sin entrar a analizar, porque no han sido incluidos en el recurso, los problemas de derecho transitorio que puede plantear, en el caso enjuiciado, la desaparición del delito de rapto en el CP 1995.

Duodécimo.—Finalmente, también ha de ser rechazado el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, en que se denuncia la indebida aplicación de la circunstancia, ya estudiada, de despoblado en los delitos de asesinato por cuanto, en opinión del recurrente, falta el elemento subjetivo de la misma. Argumenta el recurrente que dicha circunstancia no debió ser apreciada en la Sentencia recurrida porque los autores ya estaban en un lugar despoblado cuando decidieron matar a las niñas. A tan endeble fundamentación deben ser opuestas estas razones: Ante todo, que la circunstancia de referencia debe entenderse concurrente tanto cuando es buscada antes del inicio de la ejecución del delito como cuando es aprovechada para debilitar la defensa, facilitar la ejecución o procurar la impunidad. En segundo lugar, que en la ocasión de autos los asesinatos, si no habían sido acordados previamente, fueron el acto final de una sucesión de ataques a la integridad física de las víctimas, que comenzaron y se intensificaron tan pronto las tuvieron los autores en un lugar apartado en que ya no podían esperar auxilio de otras personas, por lo que el despoblado fue buscado al menos para la comisión de las lesiones primeramente ocasionadas que quedaron consumadas en los asesinatos posteriores. Y por último, que en cualquier caso los asesinatos pudieron realizarse por el procesado y su acompañante sin que las víctimas tuviesen posibilidad alguna de escapar ni de recibir ayuda —y en unas condiciones de impunidad para aquéllos que pudo llegar a convertirse en definitiva si no hubiese sido por el hallazgo casual de los cadáveres— precisamente porque se habían situado, no por azar sino deliberadamente, en un lugar que respondía con toda propiedad a la definición vulgar y jurisprudencial del despoblado. Todo lo cual nos conduce ya al rechazo del último motivo y a la desestimación global del recurso.

(Sentencia de 24 de mayo de 1999)

*Requisitos de la agravante de abuso de superioridad: compatibilidad con robo con uso de armas*

Segundo motivo, por el cauce del núm. 1 del artículo 849 se denuncia la indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad del artículo 22 apartado 2.º del Código Penal, la que se estima incompatible con el delito de robo y empleo de armas.

El motivo debe decaer, ya que no existe tal incompatibilidad. Como recuerda la STS núm. 851/1998, de 18 de junio, la agravante de abuso de superioridad se articula por la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que haya una situación de superioridad, es decir un importante desequilibrio de fuerza en favor de la parte agresora derivada de cualquier circunstancia, bien en relación a los medios empleados —superioridad medial—, bien en relación a la pluralidad de atacantes —superioridad personal.

b) Que esta superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima, sin que la elimine, pues aquí está la diferencia con la alevosía.

c) Que el sujeto activo, conozca y se aproveche del desequilibrio de fuerza existente en su favor, lo que constituye el elemento subjetivo.

d) Que esa superioridad no sea inherente al delito ni por lo tanto constituya uno de sus elementos típicos, no debiendo ser la única forma de consumarlo.

En relación al uso de armas, es obvio que constituye uno de los tipos más claros de superioridad medial, por lo que si concurre, debe aplicarse tal agravante, con independencia de la concurrencia del tipo correspondiente al empleo de armas, siendo necesario que el agente conozca y se aproveche de tal desequilibrio en su favor, ya que la naturaleza de esta agravante es mixta, por lo que el conocimiento y consentimiento de tal ventaja debe ser abarcado por el de autor. En tal sentido SSTS 8 y 21 de noviembre de 1996, 13 de abril de 1998 y la ya citada Sentencia núm. 851/1928, de 18 de junio.

De la doctrina expuesta se deriva la improsperabilidad del motivo. El *factum* narra el robo de que fue objeto Miguel Angel C., siendo relevante la hora –de madrugada–, la existencia de un sujeto activo plural –tres personas–, y el medio empleado –exhibición amedrentadora de un cuchillo–, así como una persistencia y duración temporal, ya que la víctima, además del despojo, fue conducida a un cajero y tras facilitar el número clave de la tarjeta, obtuvieron 25.000 ptas., tras lo que se marcharon. Todo este relato evidencia de forma cumplida la concurrencia de los elementos que dan vida a la circunstancia agravante cuestionada tanto en sus elementos objetivos como el subjetivo, no concurriendo la nota excluyente o negativa de tratarse de elemento típico del delito, ya que se puede imaginar un robo con armas sin el plus de aseguramiento que supuso la pluralidad de agresores, ya de por sí intimidante y creadora de una relación de superioridad.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 25 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 22.5

*Agravante de ensañamiento: requisitos; sentido subjetivista. Aplicabilidad al cooperador*

Octavo.–En el segundo motivo, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se impugna como indebida la aplicación a los tres delitos de asesinato, cualificados como tales por la concurrencia no discutida de la alevosía, de la circunstancia agravante de ensañamiento prevista en el artículo 10.5.º CP 1973. Tampoco este motivo puede prosperar. El ensañamiento, circunstancia genérica de agravación que sólo es legalmente denominada así al ser convertida en circunstancia específica del tipo de asesinato, ha sido descrito en el artículo 22.5.º CP 1995 de un modo más detallado de cómo se hacía en el artículo 10.5.º CP 1973, pareciendo acentuarse en la nueva descripción sus elementos subjetivos. En el artículo 10.5.º del CP derogado la circunstancia consistía en «aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución». Cabía sostener, a la vista de esta definición, que la naturaleza de esta agravante era fundamentalmente objetiva puesto que su esencia consistía en la extensión de los males causados más allá de los necesarios para la ejecución del delito, aunque sin duda el adverbio «deliberadamente» podía ser interpretado como alusión a una actitud, en el agente, especialmente reprochable que quedaba claramente identificada cuando la circunstancia se insertaba en el cuadro definitorio del asesinato –artículo 406.5.º CP 1973– en que, de un lado, los males innecesarios debían ser aumentados no sólo deliberada sino inhumanamente, esto es, con crueldad, y, de otro, era precisamente el dolor del ofendido el mal cuyo aumento había de ser perseguido, como fin primario, por el agente. Esta dimensión subjetiva del ensañamiento, que la jurisprudencia de esta Sala subrayó vigorosamente –SS., entre otras, de 26-9-1988, 17-3-1989 y 11-6-1991– ha sido acentuada en el CP vigente, en cuyo artículo 139.3.º se ha mantenido la definición del artículo 406.5.º CP 1973, en tanto se ha matizado en un sentido

subjetivista, aunque sin eliminar la base objetiva de la circunstancia, la definición genérica del artículo 22.5.º: «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». Es necesario, en consecuencia, para que esta circunstancia agravante sea apreciada la concurrencia de estos requisitos: *a*) que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una objetiva extensión de los males inherentes a la ejecución; *b*) que este exceso de males padecidos por la víctima aumente su sufrimiento, es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica; y *c*) que este aumento del sufrimiento haya sido buscado deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con crueldad. Aunque todos estos requisitos ya fueron enunciados, de uno u otro modo, por la doctrina que interpretó la definición del ensañamiento que se encontraba en el núm. 5.º del artículo 10 CP 1973, que es el precepto aplicado en la Sentencia recurrida, conviene tenerlos muy en cuenta en este fundamento puesto que, en todo caso, la interpretación que hagamos ahora de la vieja norma debe estar inspirada por la redacción de la actual, aparentemente más restrictiva y exigente.

Noveno.—Aplicando a los hechos enjuiciados y a la participación que en ellos tuvo el procesado recurrente la doctrina sobre el ensañamiento que acabamos de resumir, resulta de todo punto evidente que dicha circunstancia agravante ha sido correctamente apreciada en la Sentencia recurrida. Recordemos que las tres víctimas fueron asesinadas por sendos disparos de pistola dirigidos a la cabeza, que les causaron la muerte casi instantáneamente. Para matar a las niñas, pues, de acuerdo con el plan previamente establecido por los malhechores, no hacía ni hizo falta más acción agresiva que los tres disparos, siendo totalmente innecesario cualquier otro mal o padecimiento de que anteriormente se las hiciera víctimas. Pero no se las hizo víctima de «cualquier» mal o padecimiento sino de una serie de males físicos y psíquicos que se prolongaron a lo largo de toda una noche y que hubieron de constituir para las niñas un tormento tan inexplicable cómo insufrible. Comenzaron a ser brutalmente golpeadas a puñetazos en el interior del vehículo cuando gritaron pidiendo socorro al ver que se alejaban de todo lugar habitado, volvieron a serlo, esta vez con un palo, al llegar a la casa y enseguida se vieron atadas a un poste e inmovilizadas, tuvieron que presenciar horrorizadas las bárbaras agresiones sexuales que se realizaban sobre sus compañeras, vivieron durante largas horas en una atmósfera de terror que con toda seguridad sólo ellas hubieran sido capaces de explicar de haber sobrevivido, se les golpeó de nuevo porque gemían y no dejaban dormir a sus torturadores, fueron llevadas al borde de la misma fosa donde iban a ser enterradas e incluso allí, cuando parecía que su sufrimiento no podía ya rebasar límite alguno, fueron golpeadas con palos y con piedras envueltas en una camiseta a modo de honda, llegándose por uno de los desalmados a arrancar con unos alicates el pezón de un pecho de la niña llamada M. T. Deseada a la que, además, se le clavó una navaja en la espalda. Esta increíble acumulación de males y padecimientos, que hubo de provocar en las tres víctimas un grado de dolor físico y psíquico por encima de toda ponderación, no pudo ser obra sino del inhumano deseo de hacer sufrir porque no cabe lógicamente otra explicación. Existiese desde el primer momento, en el ánimo del procesado y su acompañante, el propósito de matar a las niñas, o surgiese este propósito con la finalidad de que no fuesen conocidas las agresiones sexuales cometidas con ellas, la innecesariedad de los padecimientos acumulados y su exclusiva inspiración por el deseo de hacerlas sufrir es innegable. Porque ni para matarlas, en la primera hipótesis, era preciso atormentarlas previamente durante toda la noche, ni para vejarlas y herirlas, en el supuesto de que la decisión de quitarles la vida se tomase al final de la noche, era preciso reiterar una y otra vez, y cada vez con mayor ferocidad, los golpes y las agresiones de toda índole. Cuestiona el proce-

sado recurrente que se le pueda apreciar legalmente el ensañamiento, agravando su responsabilidad criminal en los delitos de asesinato, puesto que de ellos no fue autor material sino cooperador necesario. Pero debe tenerse en cuenta por una parte, que el elemento objetivo del ensañamiento le es plenamente comunicable, de acuerdo con el artículo 60 CP 1973, porque tuvo perfecto conocimiento del mismo en el momento de su cooperación y, por otra, que su cooperación no fue la del que simplemente aporta un elemento o factor causal que es concretamente indispensable para la ejecución del hecho. De su cooperación, que técnicamente está muy próxima a la autoría en tanto tuvo durante toda la ejecución el dominio funcional del hecho, se puede decir que le solidarizó, sin reserva alguna, con cuanto se hizo y con la forma cómo se hizo, a lo largo de la noche de autos, en su presencia y con su consentimiento y colaboración, de suerte que no sólo es cierto que a las víctimas no se las hubiese podido matar sin el concurso del procesado sino que tampoco se las hubiese podido atormentar sin él. Y siendo, como es, el ensañamiento una circunstancia mixta, no puede dejar de apreciarse en el procesado el elemento subjetivo de la misma, que el CP vigente, como hemos visto, ha acentuado en la definición del artículo 22.5.º. Si el procesado contribuyó, con una colaboración que hemos considerado decisiva, no sólo a la muerte de las víctimas sino al progresivo aumento de su sufrimiento, y lo hizo deliberadamente—puesto que no cabe excluir la deliberación en la producción de unos males que se suceden y multiplican durante siete u ocho horas— debe serle reprochada, sin duda alguna, la crueldad y la barbarie, es decir, la inhumana «disposición moral» que constituye aquel elemento subjetivo de la circunstancia agravante cuestionada. No cabe, en consecuencia, dar una respuesta favorable al segundo motivo del recurso.

(Sentencia de 24 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 22.6

### *Procedencia de la apreciación de agravante de abuso de confianza en delito de hurto*

Segundo.—(...) Y tampoco es acogible la pretensión de que no es procedente apreciar en el caso la agravante de abuso de confianza. Como reiterada doctrina de esta Sala ha mantenido, el abuso de confianza, si bien no puede apreciarse en delitos en que tal abuso es elemento inherente a los mismos como ocurre con el delito de estafa, sí es, en cambio apreciable en el de hurto, para cuya existencia no es preciso que se traicione por el agente confianza alguna y no es, por tanto, ese abuso necesariamente inherente a la comisión del hurto. Y hay abuso de la confianza cuando se quebranta la lealtad puesta en el agente en el curso de relaciones humanas de variadas clases: convivencia, amistad, de servicio o dependencia o laborales y profesionales. Como el prevalimiento con abuso de confianza depositada en el culpable facilita la comisión del hecho quien consciente de ello, asegura el resultado de su acción muestra un plus de perversidad y culpabilidad con correlativo aumento de la reprochabilidad de su conducta (Sentencia de 23 de abril de 1997). En el caso, el acusado había recibido de los vendedores del piso y su contenido las llaves que permitían acceder a él y naturalmente con la finalidad de que la enseñara a eventuales adquirentes del mismo y confiando en que no se valdría de las llaves que se dejaban en su poder para tomar subrepticamente los muebles y objetos que en el piso estaban. Fue abusando de esa confianza en él depositada como se sirvió de las llaves que confiadamente se le habían dejado, y coincidiendo temporalmente con el momento en que los vendedores se encontraban en la Notaría otorgando la escritura pública de

compraventa, como obtuvo, con deliberado propósito, la facilitación en la realización del hurto.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 22.8

### *Ámbito y aplicación retroactiva de la agravante de reincidencia*

Único.—La reincidencia en el Código Penal de 1995 tiene un ámbito de aplicación mucho más restringido que el que establecía el Código de 1973, pues ahora solamente cabe su aplicación en el caso de las reincidencias específicas, es decir, las que derivan de un delito anterior siempre que sea de la misma naturaleza que el cometido posteriormente y se encuentren ambos tipificados en el mismo Título. De esta manera no son computables a efectos de reincidencia los antecedentes penales constituidos por delitos de otra especie, aunque sean varios.

En el caso presente, el acusado fue condenado por un delito contra la salud pública por tráfico ilícito de drogas, y las condenas anteriores le fueron impuestas por sendos delitos de robo, delitos éstos que ni están incluidos en el mismo Título que el tráfico de drogas ni, consecuentemente, tienen la misma naturaleza que este último, lo que significa que, de acuerdo con el actual concepto de esta circunstancia, no podría ser apreciada la agravante. La sentencia aplica al caso de autos el Código Penal de 1973, porque sin duda alguna las penas establecidas en el mismo para el delito enjuiciado son más livianas que las previstas en el Código vigente, pero ello no es óbice para que el acusado se beneficie de la concepción que el legislador atribuye en la actualidad a la agravante de reincidencia, según el principio de retroactividad de las leyes penales que se recoge en el artículo 9.3 de la Constitución y en el 2.2.º del Código Penal de 1995. Entendemos que este criterio no infringe lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre cuando alude a la «aplicación completa de las normas completas de uno u otro Código» para determinar cuál sea la ley penal más favorable al acusado, porque la finalidad de la citada disposición transitoria consiste en que no se creen preceptos «mestizos» o híbridos con la conjugación o amalgama de fracciones de artículos de un Código y de otro. Pero lo que debe ser respetada es la retroactividad de aquellos conceptos jurídico-penales que han sido modificados por la ley adaptándolos a las nuevas necesidades a las que trata de hacer frente la política criminal del legislador y que sean favorables al reo. En este sentido no sería imaginable que se aplicara la circunstancia agravante de premeditación a un ilícito penal cometido durante la vigencia del Código anterior pero enjuiciado después de la entrada en vigor del actual aunque el hecho se tipificara conforme al primeramente citado por ser más beneficioso para el justiciable. Como tampoco sería aceptable dejar de aplicar las nuevas disposiciones sobre el cumplimiento máximo de condena que recoge el artículo 76 nuevo CP a sentencias dictadas con arreglo al Código anterior; o, igualmente, las disposiciones actualmente establecidas en los artículos 90 y siguientes del Código de 1995 sobre la libertad condicional, que contienen aspectos más favorables que sus homónimas del Código de 1973.

Como expresa la STS de 22 de julio de 1997 al abordar un supuesto igual al presente, «al estimar el legislador esta parcial descriminalización de la agravante [de reincidencia], entiende que sólo la específica repetición es la computable y tal limitación, tanto por su carácter restrictivo como por la valoración del legislador de la conducta,

debe tener efecto retroactivo». En el mismo sentido, las SSTs de 20 de enero y 10 de octubre y 3 de noviembre de 1997 entre otras.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

*Necesidad de que consten las anteriores condenas en los hechos probados con mención de fecha de firmeza de las sentencias, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de ocurrencia de los hechos y remisión condicional o período de suspensión en su caso*

Primero.—(...) En la sentencia de instancia se afirma escuetamente en los hechos probados que el acusado-recurrente, fue condenado «... entre otros por robo en Sentencia de 13 de febrero de 1996...» consignándose en la fundamentación jurídica tercera la concurrencia de la agravante de reincidencia en virtud de la Sentencia firme por robo de 17 de julio de 1996, sin consignar más datos. Es preciso recordar la doctrina de esta Sala en relación a la agravante de reincidencia respecto de la que tiene declarado que «... es imprescindible que todos los datos necesarios para la localización de las infracciones anteriores figuren con precisión de detalle en el relato de hechos probados, de tal manera que su veracidad y exactitud sólo pueda ser combatida por la vía del error de hecho...» —STS de 22 de junio de 1994 y 9 de mayo de 1996—. Por ello, y como recuerdan las SSTs de 29 de febrero y 25 de marzo de 1996 y la más reciente núm. 758/1998, y la de 26 de mayo, se han de hacer constar en el «factum» de la sentencia, la fecha de firmeza de las sentencias, penas impuestas, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de ocurrencia de los hechos y remisión condicional o período de suspensión en su caso.

Todos estos datos son necesarios para comprobar la concurrencia de todos los elementos que sentaban la agravante de reincidencia, siendo obvio que la cita incompleta de las anteriores condenas, nunca puede ser suplida, ya que la aplicación de la agravante es siempre contra el reo, y por lo tanto la comprobada concurrencia de todos los elementos que constituye la agravante, incluidos la acreditada no procedencia de la cancelación de antecedentes, constituyen el presupuesto de su aplicación. Por ello, las omisiones, imprecisiones, inexactitudes o dudas respecto de los elementos que integran la agravante sólo pueden tener como solución la inaplicación de la reincidencia pues de otro modo se incurriría en una interpretación contra reo, como también recuerda la STS núm. 82/1998, de 30 de enero.

En el presente caso, como ya se ha dicho lo único que consta en el juicio histórico es la escueta frase «... condenado entre otras por robo en Sentencia de 13 de febrero de 1996...». No consta la fecha de la firmeza, la pena impuesta, la fecha inicio de cumplimiento ni por lo tanto si pueden haber transcurrido o no los plazos del artículo 136 del Código Penal; todo ello evidencia una insuficiencia de datos que impide directamente la aplicación de la agravante cuestionada.

No ignora la Sala, que tal vez algún dato pudiera extraerse de la hoja histórico penal obrante al folio 120, pero a pesar de que la Sala en virtud del artículo 899 puede examinar las actuaciones, estima su actual improcedencia por dos motivos: en primer lugar porque es exigencia del Tribunal de instancia consignar en el *factum*, o a lo sumo integrándolo con datos fácticos que se encuentren en la fundamentación, todos los elementos que integran la reincidencia, porque lo relevante es que todos esos datos se encuentren consignados en la sentencia, lo que aquí no acontece porque no existen más datos fácticos en la fundamentación; y en segundo lugar, porque la facul-

tad de examen de los autos a que se refiere el artículo 899, en este caso supondría incorporar, por esta vía, nuevos datos a la sentencia de instancia, y siendo esta facultad de examen directo excepcional, no puede nunca emplearse en cuanto perjudique directa o indirectamente al reo, como reconoce la Sentencia ya citada núm. 758/1998, de 26 de mayo.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y casación de la sentencia en este aspecto, con las consecuencias importantes que en materia penológica acarrea la desaparición de una circunstancia agravante.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 23

*Agravante de parentesco: requisitos. No procede aplicación a compañero sentimental que pese a convivir bajo el mismo techo con la víctima ya había roto la relación con ella*

Tercero.—(...) Afirma el recurrente que «la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal no debería haberse aplicado teniendo en cuenta la inexistencia de vínculo afectivo entre el condenado y la víctima en el momento en que ocurrieron los hechos..., pues aunque vivían bajo el mismo techo y tenían convivencia afectiva desde hacía cuatro años,...», lo cierto es que la relación sentimental, como dice el hecho probado 2.º, «entre el acusado... y doña María Teresa... se había deteriorado hasta el punto de que doña María Teresa... había decidido poner fin a dicha relación, comunicándoselo así al acusado...».

En la Sentencia de la primera instancia, se dice que el caso de autos no encaja en los supuestos de exclusión de la agravante, «toda vez que en el momento de producirse la agresión mortal el acusado y la víctima mantenían la convivencia marital, nacida unos cuatro años antes de ocurrir los hechos», y, pese a lo que se dice en el hecho probado 2.º, «en el momento de producirse la agresión persistía la relación sentimental y el afecto que cabe suponer existente entre aquellos que conviven maritalmente» (v. fundamento jurídico 4.º).

El Tribunal Superior de Justicia, al conocer en apelación de esta causa, declaró que compartía la «valoración y consiguiente presunción de persistencia de la relación sentimental entre agresor y ofendida, y ello pese al deterioro de la misma declarado por el Jurado» (v. fundamento jurídico 2.º).

La circunstancia mixta de parentesco —relación a la que se equipara a estos efectos la de las personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad (art. 23 CP)—, es valorada ordinariamente como agravante, cuando de delitos contra las personas se trata, como es el caso. La jurisprudencia, al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que, para su apreciación, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón, media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante, el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños (v. SS. 13 de octubre de 1993, 12 de julio de 1994 y 30 de abril y 6 de mayo de 1997, entre otras).

En el presente caso, el relato de hechos probados de la Sentencia de la primera instancia —confirmada en apelación—, afirma: a) que el acusado y la víctima venían conviviendo maritalmente desde hacía unos cuatro años y que tenían un domicilio

común (hecho probado 1.º); *b*) que dicha relación se había deteriorado hasta el punto de que la víctima había decidido poner fin a la misma y se lo había comunicado al acusado (hecho probado 2.º); y *c*) que el día de autos surgió una discusión entre ellos porque la víctima había accedido a que su ex compañero Manuel la recogiera a la salida del trabajo y la acompañara hasta el domicilio, cosa que ya había hecho en tardes anteriores (hecho probado 3.º).

La situación descrita en el relato fáctico de la Sentencia, a juicio de este Alto Tribunal, pone de manifiesto que la relación de afectividad que habían mantenido el acusado y la víctima durante varios años se había roto con anterioridad al momento de producirse la agresión homicida enjuiciada en esta causa. Para que pueda estimarse subsistente este tipo de relaciones, no basta la voluntad de una de las partes, es preciso lógicamente la voluntad concorde de ambas, y, en el presente caso, la mujer había decidido poner fin a su relación con el acusado, a quien se lo había comunicado ya, y había comenzado a salir con su ex compañero Manuel, que el día de autos –y otras tardes anteriores– la había recogido a la salida del trabajo y la había llevado al domicilio que todavía compartía con el acusado. Es de todo punto evidente que el mero hecho de compartir un mismo techo no es prueba de la permanencia de la relación de afectividad análoga a la que une a los cónyuges.

La aplicación de la jurisprudencia citada a las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, en cuanto a los extremos relativos a la relación de convivencia existente entre el acusado y la víctima, lleva directamente a considerar que no puede apreciarse en el presente caso la concurrencia de la agravante de parentesco.

(Sentencia de 29 de septiembre de 1999)

## ARTÍCULO 28

*Es autor quien ostenta igual protagonismo en el dominio de la acción aunque con un diferente reparto de roles*

Segundo.–(...) Debe recordarse que el cauce casacional empleado parte del respeto a los hechos probados, que por ello resultan inatacables. Pues bien, desde esta premisa, el relato de hechos se refiere al acuerdo previo entre todos los que resultaron condenados en efectuar el atraco a la gasolinera, se narra a continuación que el recurrente Abel E. facilitó la escopeta de cañones recortados utilizada en el atraco, quedándose de acuerdo con el plan establecido, Abel en un punto determinado –Urbanización Monteluz–, con el vehículo del también condenado Rafael P.

Tras la perpetración del atraco, acudieron los otros tres participantes al lugar donde estaba Abel E., y abandonando el vehículo utilizado en el atraco, se fueron los cuatro en el turismo de Rafael, repartiéndose el botín obtenido entre los cuatro.

Es obvio que con este relato, resulta improsperable la tesis de la complicidad, ya que el dominio de la acción está con igual protagonismo, aunque con un diferente reparto de roles entre los que resultaron condenados –dominio conjunto o condominio del hecho–, y en concreto con Abel E. Desde la realidad del previo acuerdo, y reparto cometidos, todos igualmente relevantes para el éxito de la acción delictiva, pasando por la teoría de los bienes escasos en cuanto que el recurrente facilita el arma, pieza esencial para la intimidación y llevar a buen término el atraco, y terminando por la lógica consecuencia del reparto del botín entre todos, todo abona a la condición de autor de Abel E. ante la esencialidad de su colaboración sin la que el atraco no hubiera tenido lugar, por ello su acción debe ser elevada al artículo 14, como autor, y no de cómplice pues su actividad se encuentra en el núcleo del hecho con un insustituible

dominio del acto, y por tanto de naturaleza no periférica, aunque, ya dentro del concepto de autor, esté mas próximo a la figura del cooperador que a la del autor material en la medida que no intervino en el concreto desarrollo del atraco, extremo que carece de relevancia a los fines del recurso a la vista de la concepción amplia de autor que existe en nuestro sistema de justicia penal que se mantiene en el artículo 28 del vigente Código Penal.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

### *Autoría conjunta*

Tercero.—En principio, no cabe duda de que todos los actos que permiten en su conjunto la ejecución de las acciones principales, resultan punibles como formas variadas de autoría.

El *pactum sceleris*, concertado entre todos los acusados, dibuja claramente la autoría. Sabido es que tal pacto establece, entre las personas que lo conciertan, un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes a todos ellos en igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne, siempre que, como en este caso, el desarrollo del acuerdo se desenvuelva dentro de los esquemas y fines convenidos, coautores todos por estar unidos no sólo espiritualmente por el concierto, que de otro lado puede ser expreso o tácito, previo o simultáneo, sino también materialmente por la física participación de todos en la ejecución. Son coautores como responsables del acto, como autores primarios o como autores por extensión.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre el concepto de autoría en la línea de lo acabado de exponer. Doctrina que, siendo realmente enriquecedora, poca trascendencia práctica tiene a la hora de fijar responsabilidades, en cuanto que los autores directos o individuales porque realizan los elementos del tipo de forma personal, los coautores porque realizan el hecho conjuntamente, los autores mediatos porque realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, e incluso los inductores o cooperadores necesarios porque moralmente gestionan el delito o porque ayudan en su ejecución con actos imprescindibles, estas dos como formas de participación equiparadas a la autoría, todos ellos son de una u otra forma sujetos activos de la infracción. Por lo común todos ellos ostentan sin discusión lo que se ha denominado, para constituir la teoría del acuerdo previo, el dominio del hecho que en la coautoría se convierte en el condominio del hecho, lo que significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal (ver las Sentencias de 8 de marzo de 1989 y 10 y 11 de enero de 1987).

(Sentencia de 8 de junio de 1999)

### *Cooperadores necesarios: concepto y diferencias con cómplices*

Tercero.—Como se desprende del Texto Legal, los cómplices son cooperadores del hecho principal con actos anteriores o simultáneos. Se trata de una cooperación no necesaria que requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales (Sentencia 17 de enero de 1991). Subjetivamente ha de haber un *pactum scaeleris* como concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito, junto con la conciencia plena respecto de la ilicitud y de la antijuridicidad (*conciencia scaeleris*).

Objetivamente, se precisa de aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar. Una especie de participación de segundo grado que, en ese sentido objetivo dicho, supone la aportación del esfuerzo del cómplice, esto es, un acto de ejecución, aunque accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda.

Quiere decirse pues que la complicidad como forma de participación autónoma, es distinta de la participación trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría. El autor ejecuta el hecho propio, mientras el participante por complicidad contribuye al hecho ajeno. Este favorece, coopera no necesariamente. Al ser participación accesorio que sigue a la conducta principal, su reproche penal no puede tener lugar si la conducta principal no es, a su vez, típica y antijurídica.

Cuarto.—Como decía la Sentencia de 24 de junio de 1996, y abundando en lo acabado de reseñar, la diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria del antiguo artículo 14.3 cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido, o teoría de la «conditio sine qua non»; cuando se contribuye con un algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo, o teoría de los «bienes escasos»; o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, o «teoría del dominio del hecho» (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992).

En conclusión, la cooperación necesaria existe en aquellos casos en los que concurre un previo acuerdo para delinquir, o *pactum scaeleris*, como requisito subjetivo que ciertamente también debe darse en la mera complicidad. Sin embargo en el primer caso se convierten en autores todos los concertados para la actividad del tráfico, cualquiera que sea su misión o su «rol» concreto, si su colaboración contribuye objetivamente a la realización del delito. En el segundo ese pacto inicial va seguido, objetivamente y también a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, de una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas. Se ha dicho por eso antes que mientras el autor ejecuta hechos propios, el cómplice colabora en hechos que le son ajenos (Sentencias de 16 de junio de 1995, 23 de diciembre y 24 de marzo de 1993).

Por último ha de señalarse que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido (ver las Sentencias de 28 de enero de 1991, y 22 de noviembre de 1990).

En base a lo expuesto, lo jurídico y lo fáctico, el motivo se ha de rechazar. El recurrente fue un cooperador necesario en la trama jurídica. No cabe, de otro lado, tergiversar el hecho probado que necesariamente ha de ser respetado.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

*Delimitación del cooperador necesario: lo es quien sujeta a la víctima mientras otro coacusado de común acuerdo la penetra vaginalmente*

Primero.—El único motivo del recurso, se formaliza por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adu-

ciéndose infracción del artículo 28 b) del Código Penal. El único reproche que se verifica a la sentencia de instancia, se refiere a la cooperación necesaria del recurrente en la agresión sexual del tercero no identificado, comenzando por aludir, a pesar del cauce procesal invocado, a la ausencia de elementos probatorios respecto a tal cooperación, y arguyendo que no concurren los requisitos subjetivos, ni los objetivos, aportación causalmente eficaz, exigidos para la aplicación del artículo 28 b) del propio Texto Legal.

Una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero 1998 recogen, 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 señalan las resoluciones citadas, 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.

Aplicando tal doctrina al caso que se examina, en los hechos declarados probados, se dice que el recurrente y el tercero no identificado, decidieron tener relaciones sexuales con la joven, después del infructuoso registro que con ánimo depredatorio le realizaron. Hay, pues, una codecisión expresamente afirmada respecto de todos los hechos posteriores y un acuerdo mutuo manifestado en la forma concordada de proceder de los dos partícipes, pues mientras el tercero lleva a efecto la penetración vaginal, el acusado cogiendo a la víctima por el pelo, le introdujo durante breves momentos el pene en su boca, cesando ante las protestas del autor no identificado. Y para llegar a tal relato, el Tribunal *a quo*, dispuso de abundante prueba sobre la participación que se cuestiona, constituida por la declaración de la víctima en fase sumarial, reproducida en el plenario, y por las propias manifestaciones del acusado, como se refiere en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia.

Por otra parte, su aportación en la agresión sexual del tercero, que es lo que se cuestiona, es causal y trascendente para posibilitar la penetración vaginal que aquél pretendía efectuar, pues conforme con la narración fáctica. 1.º) El procesado mantuvo agarrada a la víctima impidiéndole moverse y gritar, mientras el otro individuo le quitaba los pantalones, bragas y zapatos y aquél se despojaba de la suya, sentándose en el bordillo. 2.º) Manteniéndola sujeta la empujó hacia abajo, obligándola a sentarse sobre el tercero, posibilitando la penetración de éste y 3.º) Durante la misma, estuvo sujeta por el acusado, y atemorizada por uno y por otro.

Por tanto, cualquiera que fuese la concepción doctrinal que se elija, conforme a lo expuesto con anterioridad, es lo cierto que la colaboración del recurrente en la agresión sexual del copartícipe, a tenor de los actos descritos, fue esencial y decisiva para que aquél pudiera consumir sus propósitos ilícitos en las circunstancias y del modo en que se acordaron y ejecutaron. Existe, en consecuencia, una aportación imprescindible, *animus auctoris*, en la facilitación de los actos materiales de agresión por el autor no identificado.

(Sentencia de 20 de octubre de 1999)

*No es cooperador necesario quien se limita a mirar a otros coacusados mientras éstos cometen una agresión sexual*

Primero.—(...) Tiene declarado esta Sala que, en relación con los delitos de agresión sexual, la Doctrina Jurisprudencial viene sosteniendo que es cooperador necesario del artículo 28 b) del Código Penal, aquel que contribuya o coadyuve al acceso carnal ajeno, aportando un esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima —Tribunal Supremo Sentencias 22 febrero 1994—, y también, que a fin de cubrir la totalidad de la significación antijurídica de las diferentes conductas implicadas en esta clase de hechos, entiende que debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos actos de violaciones múltiples, porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la mencionada figura de la cooperación necesaria del núm. 3.º del artículo 14 del Código Penal anterior y artículo 28 b) del Código Penal vigente —cfr. Sentencias de 8 de febrero de 1991, 6 de febrero de 1992, 12 de junio del mismo año, 23 de enero de 1993, 24 de mayo de 1994 y 3 de marzo de 1997.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, el recurrente conforme al relato fáctico, no realizó ninguna agresión sexual como autor directo, por lo que la condena que se efectúa en la parte dispositiva de la Sentencia, en tal carácter no es correcta, contradiciendo además la argumentación que se efectúa en el fundamento de derecho cuarto de dicha resolución, en donde se califica su conducta a título de cooperador necesario, pues presencia las agresiones cometidas por los otros coacusados, coadyuvando con su presencia en el lugar donde tuvieron lugar aquéllas, a la intimidación y amedrantamiento de la víctima. Ahora bien, si bien la doctrina de esta Sala citada, considera cooperador necesario no sólo el que coadyuva al acceso carnal de otro mediante la aportación del esfuerzo físico encaminado a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, sino también los que en la realización de un plan conjunto llevan a cabo una acción en cuyo desarrollo se efectúa la violación, así como en caso de no existir un plan preordenado, los que con conciencia de la acción que se realiza, determina con su presencia un efecto intimatorio ambiental sobre la víctima de la agresión materialmente realizada por otro agente, nada de eso ocurre en el supuesto que se examina,

pues ni aportó esfuerzo físico alguno para la consumación de las agresiones llevadas a cabo, ni consta acreditado un plan preordenado al que el recurrente hubiese prestado su asentimiento o hubiese intervenido en su organización, y aunque estuvo «de pie parado mirando lo que ocurría», su sola presencia no pudo favorecer la intimidación o incrementar el temor de la víctima, ya que estaban presentes otras cuatro personas, los acusados, autores directos cada uno de ellos de una agresión sexual, que era suficiente para provocar el miedo o la intimidación en la víctima, sin que su sola presencia pasiva aumentara aquéllos.

En consecuencia, procede casar y anular la Sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

(Sentencia de 20 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 29

*No es cómplice quien se limita a ser copiloto de quien comete delito sin que conste que existiera concierto entre ellos*

Primero.—(...) Acudiendo a las normas sobre participación comprendidas en los artículos 28 y 29 CP de 1995, aunque las mismas no hubiesen sido citadas como infringidas en el recurso, tampoco éstas son aplicables a Fernando V. F., puesto que la participación a título de autoría o de complicidad exige, aparte del concierto de los codelincuentes, una intervención de los mismos con actos anteriores o coetáneos en la dinámica delictiva, y tal intervención no puede ser apreciada en el recurrente, con base a la narración histórica, puesto que desde luego no tomó parte en la aproximación del vehículo a M.<sup>a</sup> Ángeles, ya que el que lo conducía era el otro condenado Damián R. C., que fue el que detuvo el automóvil cerca del lugar donde se había apeado la víctima, y tampoco intervino Fernando en el seguimiento de ésta, ni en el tiron de su bolso, ni en el amedramiento a M.<sup>a</sup> Ángeles con el cuchillo, ni en el arrebatamiento del bolso. Fernando V. F. se limitó a esperar en el Renault 11, y en el asiento del copiloto, sin que quepa inferir de tal actitud pasiva el concierto con Damián que estima existente la sentencia impugnada en los fundamentos primero y segundo, concretado en la actitud expectante en que quedó Fernando, mientras Damián perpetraba los actos de violencia e intimidación y de apoderamiento. Tal inferencia no es correcta, pues del hecho de que Fernando viajase con Damián, ocupando el asiento delantero derecho del coche, y que siguiese sentado en el vehículo, mientras el coacusado se apeaba del Renault, realizaba el seguimiento de M.<sup>a</sup> Ángeles, y perpetraba los actos de violencia e intimidación y regresaba con el botín al automóvil, y se alejase en el coche acompañado de Fernando, no cabe inferir necesariamente que éste se hubiese quedado en el Renault, en funciones de vigilancia y para apoyar a Damián, si éste le necesitaba, pudiendo deducir también de los datos fácticos reflejados en la sentencia, que la intención de cometer el delito de robo surgió de forma individual en Damián, que decidió ejecutar por su cuenta, y sin ayuda de Fernando, que se desentendió del hecho quedándose en el coche.

(Sentencia de 21 de enero de 1999 )

### *Complicidad omisiva: elementos*

Quinto.—Por la vía del núm. 1 del 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sexto motivo de impugnación, se alega infracción del artículo 16 del Código Penal

derogado, y artículos 29 y 11 del vigente Código Penal, porque estima el recurrente que no puede ser condenado como cómplice del delito de apropiación indebida, pues en todo caso su conducta, había sido «posterior» al hecho, y no antecedente o simultánea.

En primer término, como recuerdan las Sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 1990 y 9 de julio de 1997, la consideración del tema de la denominada complicidad omisiva en un delito de comportamiento activo o por comisión ha tenido desigual tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia de esta Sala: que si en un primer momento lo negó como posible en términos absolutos (por ejemplo Sentencia de 19 de octubre de 1943), posteriormente (Sentencias de 10 de abril de 1981 y 31 de enero de 1986) aproximó la solución a la adoptada por la doctrina científica calificable como mayoritaria y más autorizada, admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante.

La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdeñables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada. Pero para la decisión del motivo bastará con recordar que esta posición de garante viene impuesta en base a dos fuentes posibles: por la función protectora de un bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro. Así, sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando —como se ha dicho— a modo de «barrera de contención» del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo.

Es preciso analizar si concurren todos los requisitos necesarios para construir la modalidad específica de complicidad omisiva. Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1992, citando a su vez la Sentencia de 23 de octubre de 1991, establece la necesidad de que concurren los siguientes elementos: *a)* objetivo (omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria empero, para la comisión del delito); *b)* subjetivo (voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción); y *c)* normativo (deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente).

La configuración de esta modalidad delictiva exige la confluencia de los tres factores expuestos, aunque por la mayoría de la doctrina y por Resoluciones de esta Sala de 21 de febrero de 1992, 9 de abril de 1996, y 12 de enero de 1998, se hace especial hincapié en que el cómplice debe encontrarse en una particular situación (posición de garante) concepto que se reconoce que presenta contornos indefinidos, porque en definitiva depende de una valoración coyuntural de las circunstancias concurrentes en cada caso.

La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión.

En el supuesto que se examina, la posición de garante del recurrente es indudable, puesto que tal misión constituye precisamente una de las razones y fundamentos de la existencia del cargo de interventor en las entidades bancarias, que impide, con la exigencia de la doble firma, director e interventor, actuaciones arbitrarias de uno de ellos, siendo su conducta omisiva, determinante y eficaz para que el resultado se produjera. Y asumiendo como le correspondía la posición de garante y congruente deber jurídico de intervenir si quería desvirtuar lo que ocurrió después, lo que, al no hacerlo, lo convertía en cómplice, por omisión, pues su conducta venía inspirada por un *animus adiuvandi*, esto es, de cooperador de segundo grado con el autor material.

En segundo término, y respecto a su actuación posterior el fundamento de derecho vigésimo noveno de la Sentencia recurrida, analiza tal cuestión, ya planteada en la instancia, y la rechaza, con convincente argumentación puesto que la actuación del

acusado fue concomitante a la del otro coacusado, y no posterior como se pretende ya que conoció desde el inicio la actividad de Faustino C., y pese a ello consintió que aquél continuara en la dinámica comisiva, remitiendo además al referido Faustino cuando los clientes del banco, presentaban recibos o reintegros no realizados.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 56

*Imposición por obligación legal de alguna de las penas accesorias previstas en el precepto. No necesidad de determinarse en la sentencia la vinculación de la pena accesoria con el delito cometido, salvo las inhabilitaciones que afectan a empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho*

Segundo.—(...) Es preciso tener en cuenta que el artículo 56 CP establece taxativamente que «en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes», enumerando a continuación las penas entre las que puede elegir el Tribunal. La dicción legal sólo puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal no está obligado a imponer una determinada pena accesoria ni facultado para la imposición de más de una, pero sí obligado a añadir a las penas privativas de libertad no superiores a diez años alguna de las accesorias enumeradas. Como quiera que el Tribunal de instancia ha elegido la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena —y con esto se da respuesta al tercer motivo del recurso—, no estaba obligado a determinar expresamente en la sentencia la vinculación de la pena accesoria con el delito cometido, porque esta determinación está prevista en el último inciso del artículo 56 CP únicamente para las inhabilitaciones que afectan a empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho. Así debe entenderse habida cuenta de la redacción del párrafo del precepto, referido a la relación de la pena accesoria con el delito, y de la naturaleza especialmente afflictiva que puede tener para el condenado el hecho de que se le inhabilite para dedicarse a la profesión u oficio que constituye su medio de vida. Es seguramente la grave onerosidad de una tal accesoria la razón fundamental por la que su imposición debe ser justificada por la naturaleza del delito y la posibilidad de que la profesión haya servido de ocasión para cometerlo.

(Sentencia de 26 de enero de 1999)

Duodécimo.—(...) El artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo. En

segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los artículos 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados. En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el artículo 41.2.º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989, entre otras). En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, artículo 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta. El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad– que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

En definitiva, el artículo 56 del Código Penal de 1995, emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido, y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como sucede en el caso actual en el que el recurrente ha sido condenado por abusos sexuales, la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como ha hecho correctamente el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

*Posibilidad de imponer más de una pena accesoria. Imposición conjunta de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Para imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio debe existir relación entre el delito cometido y el empleo, cargo o profesión que realiza el acu-*

*sado: las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio se impone a los condenados a penas de prisión hasta 10 años sin que sea necesario que tengan relación con el delito cometido*

Quinto.—El quinto y último motivo, también por infracción de ley, denuncia vulneración del artículo 56 del Código Penal, relativo a las penas accesorias. Estima el recurrente que la expresión «alguna» utilizada por la norma («En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes») equivale a «sólo una» y por tanto no es legalmente posible imponer conjuntamente las penas de suspensión de cargo público e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, como se hace en la Sentencia impugnada.

Para la resolución del motivo conviene reiterar lo ya expresado en la Sentencia núm. 430/1999, de 23 de marzo, en relación con el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de cargo público e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

El artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir, a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo. En segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los artículos 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados. En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el artículo 41.2.º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989, entre otras). En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Y, en quinto lugar, de su interpretación teológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo

efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, artículo 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta.

El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad– que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

Atendido el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público (art. 43 Código Penal 1995) y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 44 Código Penal 1995) no cabe aceptar la interpretación del recurrente en el sentido de que la expresión «alguna de las siguientes» determina la incompatibilidad entre ambas y consiguiente prohibición de imposición conjunta. En primer lugar porque el indefinido «alguna» no equivale necesariamente en el lenguaje ordinario a «sólo una» (de ser ésta la voluntad del legislador la norma diría «una de las siguientes»). En segundo lugar porque si el legislador hubiese pretendido que en todo caso hubiese que imponer una única pena accesoria, como interpreta el recurrente, el precepto legal lo expresaría así, diciendo que los Tribunales impondrán «como pena accesoria», y no utilizaría la expresión plural «como penas accesorias» que indica expresamente la posibilidad de imponer más de una. Y en tercer lugar porque la posibilidad de aplicación complementaria de ambas penas accesorias se deduce del sentido y finalidad de la norma, cuando la pena privativa de libertad se impone a quien desempeña un cargo público. La interpretación contraria conduciría al absurdo dado que determinaría la necesidad de optar entre permitir al cargo público condenado que continuase desempeñándolo mientras cumple la condena de prisión impuesta por sentencia firme o suspenderle en su ejercicio pero autorizándole a ser elegido para nuevos cargos públicos durante el mismo periodo de condena, cuando en realidad, como se ha expresado, ambas limitaciones son complementarias e ínsitas a la incompatibilidad entre la imposición y el cumplimiento de una pena de prisión –en cualquiera de sus grados–, y las exigencias propias de un Estado democrático de Derecho para el desempeño de cargos públicos, incluida la incongruencia que constituiría mantener de modo simultáneo el reproche social ínsito en la pena privativa de libertad y la confianza social que requiere el desempeño de un cargo público.

Es por ello por lo que ya en la Sentencia núm. 430/1999, de 23 de marzo, se señalaba que la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena debe ser de imposición generalizada en las sentencias que contengan una condena a pena de prisión de hasta diez años, como ya se realiza efectivamente en la práctica judicial, en consonancia además con lo dispuesto en el artículo 6.2.º c) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (LO 5/1985, de 19 de junio) que con carácter general y sin necesidad de que la sentencia penal condenatoria lo establezca así de modo expreso, declara inelegibles en cualquier elección por sufragio universal directo a los «condenados por Sentencia firme, a pena privativa de libertad, durante el período que dure la pena».

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de recurso interpuesto al no apreciarse la incompatibilidad reclamada por el recurrente. En cualquier caso en el supuesto actual el recurso carece además de practicidad, dado que al no desempeñar el acusado cargo público alguno del que pudiese ser suspendido, la única pena accesoria impuesta con carácter efectivo es la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio

pasivo, que es la pena accesoria residual que procede imponer con carácter generalizado en estos casos.

(Sentencia de 25 de septiembre de 1999)

## ARTÍCULO 57

*Naturaleza, criterios para su imposición. Momento en que comienza su cumplimiento: una vez cumplida la pena principal*

Séptimo.—El último motivo formaliza denuncia infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 57 del Código Penal, al establecer la sentencia recurrida la prohibición al procesado de volver al municipio de Colera una vez haya cumplido la pena privativa de libertad por un plazo de cuatro años cuando lo cierto es que el artículo 57 del Código Penal no menciona que tal prohibición deba tener lugar una vez cumplida la pena principal. Tal interpretación del precepto sería «contra reo» y contraria al principio *non bis in idem*.

El Ministerio Fiscal apoya este alegato impugnativo apuntando que, del desarrollo del motivo se deduce que en realidad, el recurrente no considera infringido el principio *non bis in idem* por la aplicación de la pena accesoria prevista en el artículo 57, sino que le parece absurdo que la prohibición comience a surtir efectos después de cumplir la pena de prisión, pues durante dicho cumplimiento podría acudir al lugar en un permiso penitenciario o, incluso, durante el período de libertad condicional. Como sustento de su tesis, el autor del recurso, cita y resume el contenido argumental de la Sentencia de esta Sala de 5-12-1996.

Por contra, el Tribunal Provincial justifica la fórmula punitiva impugnada en los siguientes términos: Se solicita por las acusaciones al unísono la aplicación del artículo 57 del Código Penal, en orden a la aplicación de lo que ha venido en llamarse una pena de destierro (S. 26-3-1996). La Sentencia de 31 de marzo de 1993 admite que tal facultad concedida a los Jueces y Tribunales, es una pena al presuponer siempre acreditada una culpabilidad del autor y el Código Penal de 1995 ha venido a sentar dicha doctrina al considerarla sistemáticamente una pena accesoria, pero pena al fin y al cabo. El artículo 57 condiciona su aplicación a dos requisitos:

a) la gravedad de los hechos y b) el peligro que el delincuente represente y, ambas han de confluír acumulativamente según expresa el precepto. Pues bien, el delito de homicidio es un delito grave y tributario de tal pena accesoria, en principio y en atención a su relevancia penal. El segundo requisito exige un juicio de pronóstico sobre hipotéticas represalias o actos de venganza, no se trata por tanto de atender a la hipotética peligrosidad criminal, ni está pensada únicamente para tranquilizar a la víctima, pues no puede perderse de vista que está en juego la libertad de libre circulación de las personas que ostenta rango de derecho fundamental conforme al artículo 19 de la Constitución Española.

Ahora bien, en el caso enjuiciado aparecen aquellos rasgos que hacen temer una represalia o venganza, cuando no una repetición del hecho. En efecto, a los forenses (folio 81) les manifestó que desde hace muchos años se siente perseguido, difamado y humillado por parte del Alcalde de Colera, por lo que diagnosticaron una fijación y un componente paranoico, que le lleva a atribuir a aquél la pintada de un pene con dos testículos que vio pintados en una ocasión en una pared de la localidad de Port de la Selva. Asimismo destacaron y ratificaron en el plenario que tiene un alto grado de peligrosidad unidireccional hacia el Alcalde de Colera y ello, de no seguir tratamiento

hace que el contacto de víctima y agresor sea preocupante en cuanto a la posible reincidencia. Con tal pronóstico la Sala entiende aplicable la pena accesoria durante cuatro años, una vez cumplida la sentencia. No hacemos mención en orden al tratamiento psiquiátrico, en tanto que ello supone la aplicación de una eximente completa o incompleta por enajenación mental, lo que en el caso presente no ocurre (sic).

Pues bien, a pesar de que su ubicación y estructura de referencia no merezca el calificativo de la más adecuada, podemos afirmar que, dados los términos en que está concebida y de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 33, 39, 40, 48, 57 y 59 del Nuevo Código Penal de 1995, la limitación a la libertad de circulación (derecho fundamental según art. 19 CE) cuestionada, viene a cancelar esencialmente la problemática suscitada en torno a la exégesis de la precedente normativa y, en concreto, a la naturaleza de dicha pena.

En la actualidad, la prohibición de que el reo no vuelva al lugar en que haya cometido el delito queda definida legislativamente y, en lo que aquí interesa, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Código Penal (art. 57), como una pena accesoria impropia, privativa de derechos (art. 39), grave si excede de 3 años (art. 33) y de aplicación discrecional o facultativa motivada (art. 57) que por sus especiales características: a) referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79); y b) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias, sino que tiene una específica máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo» en los términos jurisdiccionales que el recurso cuestiona, dado que el ejercicio de la doble discrecionalidad normativa (referida tanto a la duración como al momento de inicio del cumplimiento de la pena) se adecua en el presente supuesto –por su razonada justificación– a la finalidad preventiva especial de tutela a la víctima que empapa la aplicación de tan peculiar restricción deambulatoria del condenado pues de fijarse su cumplimiento simultáneo a base de invocar hipotéticos beneficios penitenciarios se pierde dicha finalidad de prevención convirtiendo en ilusoria la protección que debe dispensarse a la persona agredida. De ahí la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de febrero de 1999)

*Supuestos de aplicación. Momento de inicio de cumplimiento: cuando el condenado comience a disfrutar de los beneficios penitenciarios*

Tercero.–El segundo apartado del recurso, se ampara también en el párrafo 1.º del artículo 849 de la LECrim para censurar la infracción del artículo 57 del Código Penal.

Se justifica tal denuncia porque, a juicio de la acusación particular ahora recurrente, «se impone al condenado la prohibición de volver al término municipal de Bilbao durante el tiempo de duración de la condena y seis meses más. Lo que significa que se impone la llamada prohibición de residencia para que se cumpla de forma simultánea a la pena privativa de libertad y no de forma sucesiva, como debería haberse acordado a juicio de esta parte» (sic).

La sentencia de instancia en su fundamento de derecho sexto, dice que «procede imponer al inculgado, atendiendo a las circunstancias concurrentes la pena de un año de prisión (art. 172 del Código Penal) y la prohibición de volver a Bilbao durante el tiempo de la condena y seis meses más, incluso durante los permisos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional» y en correla-

ción con dicho razonamiento la parte dispositiva de la recurrida condena a José Antonio A. G., además de a la pena de un año de prisión «a la prohibición de volver al término municipal de Bilbao durante el tiempo de la condena y seis meses más, incluso durante los períodos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional» (...) «y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria (sic) que se impone en esta resolución le abonamos todo el tiempo de prisión preventiva» (sic).

Entendiendo que, a la vista de dicho fundamento y fallo, podría estarse en presencia de un error, se formalizó recurso de aclaración desestimado por Auto de 18-11-1998 en el que se hacía constar que «los fundamentos jurídicos y la parte dispositiva de la sentencia están en términos claros, la prohibición de volver al término municipal de Bilbao se acuerda para el tiempo de la condena a la pena privativa de libertad, incluso durante los permisos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional y seis meses más que se iniciarían una vez cumplida totalmente la pena privativa de libertad».

Pues bien, no obstante lo acordado por el Tribunal *a quo*, la razón asiste al recurrente ya que sólo en los términos de cumplimiento solicitados por el mismo, es decir, con carácter sucesivo o, lo que es igual, a computar desde que el condenado comenzare a disfrutar de beneficios penitenciarios que implican salidas de la prisión, tiene sentido y cumple su finalidad preventiva especial la prohibición impuesta.

Recientemente —en Sentencia de 23-2-1999— esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el debate que suscita el planteamiento recurrente en términos que abonan su tesis, los cuales, por ilustrativos, hemos de reproducir: podemos afirmar que la limitación a la libertad de circulación cuestionada (derecho fundamental según art. 19 CE), a pesar de que su ubicación y estructura de referencia no merezcan los mejores calificativos, dados los términos en que está concebida y de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 33, 39, 40, 48, 57 y 59 del nuevo Código Penal de 1995, viene a cancelar esencialmente la problemática suscitada en torno a la exégesis de la precedente normativa y, en concreto, a la naturaleza de dicha pena.

En la actualidad, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito queda definida legislativamente y, en lo que aquí interesa, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Código Penal (art. 57), como una pena accesoria impropia, privativa de derechos (art. 39), grave si excede de 3 años (art. 33) y de aplicación discrecional o facultativa motivada (art. 57) que, por sus especiales características: *a*) referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79); y *b*) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal —desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias—, sino que tiene una específica máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo», pues el ejercicio de la doble discrecionalidad normativa (referida tanto a la duración como al momento de inicio del cumplimiento de la pena) se adecua en el presente supuesto a la finalidad preventiva especial de tutela a la víctima que empapa la aplicación de tan peculiar restricción deambulatoria del condenado, ya que, de fijarse su cumplimiento simultáneo sobre la base de invocar incidencias penitenciarias, tal como se razonaba en Sentencia de esta Sala de 5-12-1996, se pierde dicha finalidad de prevención convirtiendo en ilusoria la protección que debe dispensarse a la persona agredida.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

*Peligrosidad valorable al objeto de aplicación de la prohibición de que el condenado vuelva al lugar del delito*

Séptimo.—1. El tercer y último motivo se formula al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 57 del Código Penal.

El acusado aduce que es necesario, para imponer la prohibición de volver el reo al lugar de comisión del delito, una doble circunstancia: la gravedad del hecho y el peligro que representa el reo. A su juicio la agresión sexual no justifica en este caso la imposición de esta pena accesoria porque no hay en la Sentencia recurrida referencia alguna a la peligrosidad del acusado.

2. El motivo debe desestimarse. Esta Sala ya declaró en Sentencia de 29 de enero de 1990 con relación al artículo 67 del Código Penal de 1973, correspondiente con el 57 del vigente Texto Legal, que la valoración de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor a los efectos de determinar su aplicación no se funda en circunstancias ajenas al hecho mismo, porque la peligrosidad y la gravedad del delito que debe tenerse en cuenta es precisamente la que se expresa en la comisión del hecho y sea deducible de él.

En definitiva, la peligrosidad valorable no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia. Situación objetivamente peligrosa en sí misma, dada la probabilidad de enfrentamientos mutuos, por razón de la propia naturaleza del hecho ya cometido. No es por ello necesario para la aplicación de la referida pena accesoria suplementar ese presupuesto valorativo objetivo con otras consideraciones relativas a la posible peligrosidad personal del condenado.

(Sentencia de 2 de octubre de 1999)

#### ARTÍCULO 66.4

*La potestad del juzgador es para rebajar la pena en uno o dos grados, no para aplicar el precepto*

Primero.—(...) El motivo común, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Sostiene el Tribunal *a quo* en el Fundamento de Derecho V de la sentencia que «el párrafo 4.º del artículo 66 autoriza, pero no obliga a imponer dicha pena en uno o dos grados inferior a la señalada», y estimando tal rebaja inadecuada al supuesto enjuiciado «por la multiplicidad y gravedad de los hechos», omite la aplicación del precepto en cuestión.

No es este, sin embargo, el criterio de esta Sala Segunda, que ya venía siendo aplicado a la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal derogado (véase STS de 4 de abril de 1988) y que es perfectamente extensible al precepto actualmente vigente, estableciéndose la doctrina según la cual, vista la redacción de aquella disposición, procedente del Código de 1932, en relación con el de 1870, se estima obligado rebajar al menos en un grado la pena, y facultativamente en dos (STS, entre otras, de 14 de junio de 1994). Esta doctrina, se repite, debe ser también aplicada al actual artículo 66.4 CP y así lo han declarado numerosos pronunciamientos de este Tribunal Supremo, de los que son exponentes las SS citadas por el Fiscal de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997 y 15 de enero de 1998. En la última de las citadas, esta Sala declaraba que «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.ª 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 junio de 1994. Se argumenta, en la primera de ellas, que la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal de 1973, desde el punto de vista histórico, tienen 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.ª 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.ª 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.ª 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 pensarse más gravemente el supuesto de que concurren dos circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada que el de que concurra una única atenuante o, incluso, ninguna».

En consecuencia, éste también ha de ser el criterio aplicable al nuevo Texto Legal, máxime en casos como el presente en que se aprecia la concurrencia de dos atenuantes sin la presencia, al propio tiempo, de agravante alguna, con lo que se evita, además, la equipación *contra legem* de las reglas 2.ª y 4.ª del artículo 66 del Código Penal.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

*Concurriendo una atenuante muy cualificada es obligado rebajar la pena en un grado y facultativo en dos*

Segundo.–(...) Efectivamente, según lo dictaminado por el Fiscal, la concurrencia de una atenuante muy cualificada sólo obligaba al Tribunal enjuiciador a rebajar la pena en un grado, conforme al criterio del Pleno de esta Sala, interpretativo del artículo 66.4 del CP de 1995, que tuvo lugar el 22 de marzo de 1998, siendo de la libre discrecionalidad de la Audiencia la reducción en un segundo grado. No es revisable por tanto el pronunciamiento de la Sentencia impugnada en que se condenó a Serafín V. O. a la pena de un año y seis meses de prisión, en correcta aplicación del criterio de rebajar la pena en un grado expuesto en el fundamento segundo de la mencionada resolución, por concurrencia de la atenuante 2.ª del artículo 21 del CP de 1995 como muy cualificada. La pena privativa de libertad correspondiente al delito tipo imputado, de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, oscilaba, según lo dispuesto en el artículo 368 del CP de 1995, entre tres y nueve años de prisión.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 74

*Delito continuado. Doctrina general*

Sexto.–(...) La figura del delito continuado, que tiene antecedentes en los glosadores italianos de la Baja Edad Media, con el fin de evitar las penas demasiado eleva-

das, incluso la de muerte, que estaban previstas para los casos de repetición de delitos contra la propiedad, en España, en el presente siglo, fue introducida por la doctrina y la jurisprudencia, al margen de la legislación penal que sólo la reguló en el CP/1928 de tan escasa vigencia y luego en la LO 7/1982 relativa al Contrabando.

Fue en la importante modificación legislativa del CP de 25 de junio de 1983 cuando se introdujo la fórmula (art. 69 bis) que desde entonces ha estado vigente y ha sido reproducida en lo esencial, salvo en la penalidad, en el CP/1995 (art. 74).

Ya refiriéndonos a este último código, ahora en vigor, y prescindiendo de lo que tal artículo 74, en su apartado 2, dispone para lo que la doctrina ha venido denominando «delito-masa», podemos decir que son cuatro los requisitos exigidos en tal artículo 74.1 y 3:

1.º Una pluralidad de acciones u omisiones imputadas a la misma persona y constitutivas cada una de ellas, individualmente consideradas, de sendos delitos o faltas.

2.º Que estas acciones u omisiones infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

3.º Que los delitos o faltas referidos no ofendan a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo que se trate de delitos contra el honor o la libertad sexual en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

4.º Que esos delitos o faltas se realicen en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Concurriendo todos estos requisitos, esas varias acciones que, aisladamente consideradas, podrían constituir infracciones penales independientes, en atención a esa doble homogeneidad, objetiva (requisito 2.º) y subjetiva (requisito 4.º), son reputadas por el legislador como un solo delito o falta que ha de pensarse con la sanción prevista para el más grave de todos los concurrentes en su mitad superior.

Tal forma de sancionar constituye una novedad del CP/1995 en relación con la legislación anterior: la agravación de la pena («se impondrá en su mitad superior») ahora es preceptiva mientras que la del artículo 69 bis CP/1973 («podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior») tenía carácter facultativo. Y esto tiene gran importancia en la casación, porque de hecho era rara la vez en que los Tribunales de instancia utilizaban esa facultad de elevación de la pena prevista en el artículo 69 bis, de modo que la calificación del hecho como delito continuado era irrelevante para la determinación de la pena.

Ahora, con el carácter preceptivo de esa agravación prevista en el artículo 74.1 CP/1995, la cuestión cambia radicalmente, pues la consideración de unos hechos como delito continuado siempre tendrá incidencia en la fijación de la sanción, como ha ocurrido en el caso presente.

(Sentencia de 18 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 74.2

### *Facultad potestativa del juzgador de imponer la pena superior en uno o dos grados*

Tercero.—(...) En definitiva, la pena cuestionada es la correspondiente a un delito continuado de estafa, concurriendo una circunstancia atenuante. Según el artículo 74.1 del Código Penal, procede imponer en estos casos «la pena señalada para la infracción

más grave, ... en su mitad superior»; y, según el apartado 2 del mismo artículo, «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado»; precisando, a continuación, que «en estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas».

Entiende este Tribunal que la obligada referencia al «perjuicio total causado», a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados «contra el patrimonio» (art. 74.2, inciso primero, del Código Penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el Juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados «si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas» (art. 74.2, inciso segundo del Código Penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1 del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del «perjuicio total causado», pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena (vease Sentencia de 23 de diciembre de 1998).

De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al «perjuicio total causado», impuesta al juzgador en el Texto Legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una «notoria gravedad» y afectasen a una «generalidad de personas».

El Código Penal castiga el delito de estafa con pena de prisión «de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de cincuenta mil pesetas» (art. 249 CP). El artículo 66.2.º del mismo Cuerpo Legal, por su parte, establece que «cuando concurra sólo una circunstancia atenuante —como es el caso—, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito».

Esta Sala, teniendo en cuenta la suma total de lo defraudado (trescientas setenta y una mil setenta y siete pesetas), estima procedente imponer al acusado la sanción básica prevista en el artículo 249 del Código Penal. Por tanto, al apreciarse una circunstancia atenuante, tal pena no puede exceder, en ningún caso, de la mitad de la legalmente prevista (dos años y tres meses). Como quiera, pues, que la pena impuesta por el Tribunal de instancia es superior al máximo legalmente permitido, procede la estimación de este motivo.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

*En los delitos contra la propiedad, si la continuidad ya se ha tenido en cuenta para convertir las faltas en delito, no procede imponer la pena en la mitad superior*

Segundo.—(...) La impugnación del Fiscal relativa a la pena impuesta al delito continuado de estafa no debe acogerse, sin embargo, ya que en el presente supuesto no procede la aplicación de la regla general penológica contenida en el ap. 1 del artículo 74 del CP de 1995, cuya compatibilidad con la regla del ap. 2 ha sido admitida por la

jurisprudencia (SS. de 24-11-1984, 6-4-1989, 21-9 y 9-10-1992 y 22-11-1997), en relación a las normas similares contenidas en el artículo 69 bis del CP de 1973. En el caso de autos, la aplicación de la regla específica penológica establecida en el ap. 2 del artículo 74 del CP de 1995, para las infracciones continuadas contra el patrimonio, determina que las concretas acciones defraudatorias englobadas, integrantes de falta, se eleven a la categoría de delito, en atención a la suma de las cuantías de las mismas. Cada extracción de 50.000 ptas. del cajero automático, y cada adquisición de ropa en el establecimiento «Gonzalo Comella», por importe inferior a las 50.000 ptas. abonada mediante el correspondiente mandato de pago fingido en la firma de la acusada, constituía una falta de las previstas en el núm. 4.º del artículo 623 del CP de 1995. La clara continuidad entre las siete infracciones determinó, por aplicación de la regla 2 del artículo 74, que la suma de las cuantías de las faltas origine una defraudación continuada global por importe de 267.210 ptas., integrante de delito de estafa, amparado en los núms. 1 y 2 del artículo 248 del CP de 1995; habiéndose admitido por la jurisprudencia de esta Sala (SS. 15-4 y 18-5-1992), y por el Pleno de la misma en Junta celebrada el 27-3-1998, la posibilidad de conversión de las faltas contra la propiedad en delitos por la vía de la continuidad.

Ahora bien, aceptado el efecto agravatorio importante, de la conversión de faltas en delito, como consecuencia de la suma de las cuantías establecida en la regla 2 del artículo 74 del CP, por razón de la continuidad entre infracciones delictivas contra el patrimonio no cabe además añadir la consecuencia agravatoria prevista en la regla 1 del artículo 74, e imponer la pena correspondiente al delito en su mitad superior, ya que ello supondría una interpretación forzada y extensiva, y en contra del reo, de esta última regla, no aceptable.

(Sentencia de 14 de julio de 1999)

*En delitos continuados contra el patrimonio: no necesariamente tiene que imponerse la pena en su mitad superior, sino que se adecua, en cada caso, al perjuicio total causado*

Segundo.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la supuesta vulneración del artículo 252 en relación con el 74 del Código Penal. Estima la parte recurrente que no debió apreciarse un delito continuado de apropiación indebida, dado que ninguna de las apropiaciones, individualmente contabilizada, superó las 50.000 pesetas.

En el caso actual se ha aplicado el párrafo 2.º del artículo 74 del Código Penal que establece que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». Tratándose de una pluralidad de apropiaciones (13), realizadas en días sucesivos, con idéntica mecánica comisiva y aprovechando idéntica ocasión, por importe total de 228.250 ptas., la aplicación del párrafo 2.º del artículo 74 es plenamente correcta, por lo que el motivo debe ser desestimado. Máxime cuando el Tribunal sentenciador, con buen criterio, ha considerado este párrafo autónomamente, en el sentido de no venir condicionado por la penalidad establecida en el primero, y ha prescindido, por ello, de la imposición de la pena en su mitad superior, conforme a la reciente doctrina de esta Sala.

En efecto, señala la Sentencia núm. 443/1999, de 17 de marzo, que «Entiende este Tribunal que la obligada referencia al “perjuicio total causado”, a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados “contra el patrimonio” (art. 74.2, inciso primero, del Código Penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el Juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados “si el hecho revistiere notoria

gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas” (art. 74.2 inciso segundo del Código Penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1 del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del “perjuicio total causado”, pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena» (v. S. de 23 de diciembre de 1998).

De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al «perjuicio total causado», impuesta al juzgador en el texto legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una «notoria gravedad» y afectasen a una «generalidad de personas».

En consecuencia la aplicación del párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal 1995 *no determina la necesidad de imponer la pena en la mitad superior, sino que ésta se adecuará, en cada caso, al «perjuicio total causado», como se ha efectuado acertadamente en el caso actual.*

(Sentencia de 28 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 76

*No procede la acumulación al cometerse los hechos de las condenas con posterioridad a las sentencias a las que se pretenden refundir: la idea reeducadora y el loable espíritu de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos excesivamente ilógicos*

Segundo.—Como introducción a lo que ahora se ha de consignar, justo es que se reseñe, una vez más, lo que constituye una sólida y reiterada doctrina de esta Sala Segunda en orden a la refundición de condenas. Doctrina que, se insiste, ha de ser recordada aún a fuer de incurrir en repetición de lo tantas veces señalado.

De acuerdo con las recientes Sentencias de 5 de mayo, 6 de abril y 26 de febrero de 1998, de principio ha de señalarse que la acumulación de penas, como cuestión jurídico-penal a tratar lo más favorablemente posible en favor del reo, admite desde luego una clara interpretación extensiva que no impide reconocer las innegables deficiencias de las reglas al instituto de la acumulación atinentes, porque en él se mezclan situaciones jurídicas diferentes como lo son el concurso de delitos que es un concepto ciertamente complejo que pertenece al Derecho penal material, de un lado, y los delitos conexos que hacen referencia sustancialmente al derecho procesal penal cuando distintos hechos unidos entre sí por un determinado nexo común obligan a un enjuiciamiento unitario, de otro.

Todo cuanto se refiera a la acumulación de las penas ha de partir de la idea reeducadora que a través de la reinserción viene establecida en el artículo 25.2 de la Constitución. Es así que, de la mano de la proporcionalidad, la modificación operada por la Ley de 8 de abril de 1967 amplió el ámbito procesal del sistema de acumulación de penas, permitiendo que la limitación penológica establecida en el artículo 70.2 del Código Penal pudiera aplicarse a penas impuestas en distintos procesos si los hechos, por su conexión,

hubieran podido ser enjuiciados en uno sólo. A tales efectos es el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que establece un procedimiento incidental para alcanzar tal acumulación siempre que concurren alguno de los criterios que para la conexión procesal se establecen en el artículo 17 de la misma Norma Adjetiva, aunque los distintos delitos cometidos hayan sido sancionados a través de causas distintas, en el contexto de esa conexión cada vez menos valorada como requisito de la exigencia procesal.

Aunque el derecho del penado a promover el incidente de acumulación de penas se integre en la tutela judicial efectiva, como en su día se dijo por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987, es preciso que el amplio y generoso criterio tendente a favorecer al reo (ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1984 no desemboque en la arbitrariedad, de ahí que para formar un justo criterio deba acudirse a plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, *modus operandi* del agente, etc., huyendo por supuesto de posturas restrictivas para buscar sólidos principios benefactores. Pero el espíritu, loable, de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos rechazables por excesivamente ilógicos.

Al respecto debe decirse ya que las normas que se alegan para el beneficio penal que se busca, pueden y deben servir de apoyo a la acumulación en razón a los parámetros antes dichos, mas también dentro de lo lógico porque la huida de criterios restrictivos o el apoyo de criterios beneficosos para el reo no pueden nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico y al absurdo, adjetivos éstos a tener en cuenta en aquellos casos en los que la conexión resulta forzada e inadecuada aún a pesar del espíritu generoso y humanitario con que la acumulación de penas debe contemplarse.

Tercero.—De toda la doctrina anteriormente expuesta, surgen, como esenciales para la acumulación, los conceptos referentes a la conexidad, al *modus operandi* de las distintas acciones, a la analogía y al esencial requisito temporal en cuanto a la fecha de las condenas que tienen que ser anteriores a la fecha de la sentencia firme.

La analogía, en la línea doctrinal expuesta, requiere desde luego una cierta cercanía en el tiempo y en el lugar, aunque la determinación exacta, cuantitativamente hablando, origine a veces criterios dispares, también la similitud de los preceptos infringidos o el *modus operandi* de que el acusado hubiese hecho gala, tal y como también más arriba ha sido referido.

Sin embargo, por encima de tales conceptos, es evidente que la evolución jurisprudencial, conforme con lo hasta aquí explicado, soslaya cualquier clase de interpretación rígida, declarándose la posibilidad de la refundición de condenas, a través del concurso real entre las diversas infracciones, para todos los hechos acaecidos anteriormente, si se trata de penas pendientes de cumplimiento y si se trata también de delitos que, al iniciarse la causa a la que las demás se pretende acumular, no hubieren sido ya sentenciados.

La Sentencia de 11 de enero de 1997 disminuye la importancia de la conexidad para insistir en el requisito temporal de que los hechos nuevos no sean posteriores a la firmeza de la sentencia anterior, o de las sentencias anteriores que se quieren acumular a la última dictada, dicho sea en palabras distintas pero parecidas a las empleadas en otras resoluciones de ese Tribunal.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

*Criterio de conexidad temporal: exigencia irrenunciable de que las penas pudieran haberse impuesto en un solo proceso; peligrosa sensación de impunidad que supondría obviar esta exigencia*

Segundo.—Se denuncia también, en base al artículo 5.4 LOPJ, la infracción del artículo 18 CE que consagra el derecho a la integridad y prohíbe las penas y tratos

inhumanos y degradantes, así como del 25.2 CE, que alude a la reeducación y la reinserción social como objetivo de las penas privativas de libertad, objetivos que no podrían alcanzarse en los supuestos en que, por aplicación de la legislación ordinaria, las penas privativas de libertad a cumplir resultaran superiores a los treinta años.

Precisamente el mensaje que encierran los preceptos constitucionales invocados por el recurrente ha sido uno de los elementos inspiradores de la modificación operada en el actual artículo 76 CP en relación con su homólogo artículo 70 CPD, fijándose el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena en veinte años (salvo las excepciones previstas en el propio precepto) en lugar de los treinta que establecía el Código derogado, y, sobre todo, de la moderna doctrina jurisprudencial (*verbi gratia*, SSTs de 17 de octubre de 1997, 16 de enero, 3 de febrero y 6 de marzo de 1998) que interpreta en la forma más favorable para el reo el requisito de la conexidad para la acumulación de las penas, aplicando el concepto de «conexidad temporal» al que nos hemos referido en el epígrafe anterior. Pero esta interpretación tiene su límite, justamente, en las penas impuestas por delitos que hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso, pues otro caso, como decíamos en nuestra Sentencia de 4 de marzo de 1998, se produciría una peligrosa sensación de impunidad en el sujeto respecto de los delitos que en el futuro pudiera cometer, de tal modo que «la regla del artículo 70.2 CP, no haría sino eliminar, respecto de autores que revelan una especial tendencia al delito, el efecto intimidante de las amenazas penales» (STS de 5 de febrero de 1998) lo que, obviamente, quebrantaría la equidad y el propio espíritu constitucional.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

*Período de cumplimiento continuado superior a treinta años de prisión: procede la acumulación exigencias constitucionales aunque los delitos no fueran susceptibles de enjuiciamiento conjunto, si bien dejando a salvo los delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena, dentro o fuera de la prisión*

Segundo.—Como recuerdan las Sentencias núms. 1249/1997, de 17 de octubre, 11/1998, de 16 de enero, 109/1998 y 216/1998, respectivamente de 3 y 20 de febrero, 328/1998, de 10 de marzo, 756/1998, de 29 de mayo, 884/1998, de 29 de junio, 1249/1997, de 17 de octubre y 1348/1998 y 1394/1998, de 10 y 17 de noviembre, entre otras, la doctrina más reciente de esta Sala acoge un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que para la acumulación jurídica de penas exigen los artículos 988 de la LECrim y 70 del Código Penal 1973 (hoy 76 Código Penal 1995), estimándose que lo relevante, más que la analogía o relación entre sí, es la conexidad «temporal», es decir, que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Teniendo en cuenta que el artículo 988 de la LECrim dispone que la acumulación se realizará por el Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia, ello implica que son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso.

Quedan excluidos, por tanto, de un lado los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, y de otro los hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, pues ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

Tercero.—La resolución impugnada no se aparta de la aplicación estricta de esta doctrina, al establecer dos grupos de causas a los efectos de refundición de las condenas, pues efectivamente no todas ellas podrían haberse enjuiciado conjuntamente, al haberse cometido las acciones del segundo grupo después de haber sido sentenciadas las del primero.

Ahora bien, el caso actual debe contemplarse también desde otra perspectiva de análisis, acogida por el Ministerio Fiscal en su apoyo parcial al recurso, con cita de doctrina de esta Sala como la contenida en la Sentencia de 13 de marzo de 1998. En efecto nos encontramos ante un supuesto en el que, como consecuencia de diversos factores entre ellos la revocación de los beneficios de la condena condicional concedida en relación con los primeros hechos delictivos objeto de enjuiciamiento, la suma de las penas impuestas y pendiente de cumplimiento efectivo supera los treinta años.

El antecedente de hecho tercero de la resolución recurrida señala que el recurrente, en la actualidad y tras habersele revocado los beneficios de la condena condicional, se halla cumpliendo las penas impuestas por aplicación del Código Penal de 1973 en una serie de sentencias firmes, que pertenecen a los dos grupos de condenas refundidas separadamente en el auto impugnado, de modo que según la liquidación de condena practicada inició su cumplimiento el 29 de enero de 1986 y finalizará el 18 de agosto del 2030, es decir, más de cuarenta y cuatro años de cumplimiento continuado. Esta situación no se remedia mediante la acumulación jurídica efectuada en la resolución impugnada, pues al refundirse las condenas en dos grupos separados, de cumplimiento sucesivo, el primero sumando dieciocho años y el segundo veinticuatro, nos encontramos en cualquier caso con un cumplimiento continuado de cuarenta y dos años.

Como señalan diversas Resoluciones de esta Sala, como las de 18 de febrero, 8 de marzo, 3 de mayo, 20 de octubre, 4 de noviembre y 27 de diciembre de 1994, así como la de 13 de marzo de 1998, citada por el Ministerio Fiscal, en estos casos límite en que el juego de la normativa de la acumulación determine un período de cumplimiento continuado superior a la limitación legal de los treinta años, debe acudirse a la interpretación de la norma desde la perspectiva constitucional (art. 25.2, orientación de las penas hacia la reinserción social del penado y art. 15, proscripción de las penas o tratos inhumanos o degradantes) que debe primar, en estos supuestos extremos, sobre las exigencias derivadas de la legislación ordinaria, razón por la cual el máximo de treinta años podrá aplicarse aun cuando no todos los hechos hubiesen sido susceptibles de enjuiciamiento conjunto.

Naturalmente dicha limitación, aplicable en aquellos supuestos en que estén pendientes de cumplimiento continuado penas que rebasen el límite temporal de los treinta años en el momento de efectuarse la acumulación jurídica, no será aplicable a aquellos hechos que pudieran cometerse en el futuro, bien tras el cumplimiento de la condena, o bien durante la misma, dentro o fuera del Centro Penitenciario, pues el respeto de los principios constitucionales abarca también la tutela de los bienes jurídicos que pudiesen estar afectados por eventuales acciones delictivas futuras, siendo necesario mantener el efecto preventivo derivado de la conminación penal (STS 1586/1998, de 21 de diciembre).

(Sentencia de 21 de mayo de 1999)

*Criterio de conexidad temporal: son acumulables todas las sentencias cuyos hechos fueron cometidos con anterioridad a la firmeza de la última sentencia: las penas que ya fueron objeto de acumulación no pueden volver a ser anuladas en acumulaciones sucesivas*

Segundo.—Como acertadamente recuerda la Audiencia, toda la doctrina aplicable a esta materia es de rigor aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos

si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo, más siempre con un límite infranqueable en el sentido de que nunca puede llevarse a cabo la acumulación respecto de hechos realizados después de dictada una sentencia con anterioridad de cosa juzgada. Ello significa, en otras palabras, que se deben declarar acumulables las penas impuestas a los hechos cometidos antes de la fecha de la firmeza en la primera sentencia que adquirió tal condición, lo cual no obsta para que los cometidos con posterioridad a dicha fecha deban ser tratados con el mismo criterio, pero sin acumular a los anteriores.

La doctrina jurisprudencial es ya reiterada y profusa, tal así se proclama, entre otras, en las Sentencia de 26 de febrero de 1998 que expresamente señala que de principio ha de indicarse que la acumulación de penas, como cuestión jurídico-penal a tratar lo más favorablemente posible en favor del reo, admite desde luego una clara interpretación extensiva que no impide reconocer las innegables deficiencias de las reglas al instituto de la acumulación atinentes, porque en él se mezclan situaciones jurídicas diferentes como lo son el concurso de delitos que es un concepto ciertamente complejo que pertenece al derecho penal material, de un lado, y los delitos conexos que hacen referencia substancialmente al derecho procesal penal cuando distintos hechos unidos entre sí por un determinado nexo común obligan a un enjuiciamiento unitario, de otro.

Todo cuanto se refiera a la acumulación de las penas ha de partir de la idea reeducadora que a través de la reinserción viene establecida en el artículo 25.2 de la Constitución. Es así que, de la mano de la proporcionalidad, la modificación operada por la Ley de 8 de abril de 1967 amplió el ámbito procesal del sistema de acumulación de penas, permitiendo que la limitación penológica establecida en el artículo 70.2 del Código Penal pudiera aplicarse a penas impuestas en distintos procesos si los hechos, por su conexión, hubieran podido ser enjuiciados en uno sólo. A tales efectos es el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que establece un procedimiento incidental para alcanzar tal acumulación siempre que concurren alguno de los criterios que para la conexión procesal se establecen en el artículo 17 de la misma norma adjetiva, aunque los distintos delitos cometidos hayan sido sancionados a través de causas distintas, en el contexto de esa conexión cada vez menos valorada como requisito de la exigencia procesal.

Tercero.—Aunque el derecho del penado a promover el incidente de acumulación de penas se integre en la tutela judicial efectiva, como en su día se dijo por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987, es preciso que el amplio y generoso criterio tendente a favorecer al reo (ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1984) no desemboque en la arbitrariedad, de ahí que para formar un justo criterio deba acudirse a plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, *modus operandi* del agente, etc., huyendo por supuesto de posturas restrictivas para buscar sólidos principios benefactores. Pero el espíritu, loable, de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos rechazables por excesivamente ilógicos.

Al respecto debe decirse ya que las normas que se alegan para el beneficio penal que se busca, pueden y deben servir de apoyo a la acumulación en razón a los parámetros antes dichos, mas también dentro de lo lógico porque la huida de criterios restrictivos o el apoyo de criterios beneficiosos para el reo no pueden nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico y al absurdo, adjetivos estos a tener en cuenta en aquellos casos en los que la conexión resulta forzada e inadecuada aún a pesar del espíritu generoso y humanitario con que la acumulación de penas debe contemplarse.

La Sentencia de 17 de febrero de 1997 completa tal criterio cuando afirma que de toda la doctrina anteriormente expuesta, surgen, como esenciales para la acumulación,

los conceptos referentes a la conexidad, al *modus operandi* de las distintas acciones, a la analogía y al esencial requisito temporal en cuanto a la fecha de las condenas que tienen que ser anteriores a la fecha de la sentencia firme.

La analogía, en la línea doctrinal expuesta, requiere desde luego una cierta cercanía en el tiempo y en el lugar, aunque la determinación exacta, cuantitativamente hablando, origine a veces criterios dispares, también la similitud de los preceptos infringidos o el *modus operandi* de que el acusado hubiese hecho gala, tal y como también más arriba ha sido referido.

Sin embargo, por encima de tales conceptos, es evidente que la evolución jurisprudencial, conforme con lo hasta aquí explicado, soslaya cualquier clase de interpretación rígida, declarándose la posibilidad de la refundición de condenas, a través del concurso real entre las diversas infracciones, para todos los hechos acaecidos anteriormente, si se trata de penas pendientes de cumplimiento y si se trata también de delitos que, al iniciarse la causa a la que las demás se pretende acumular, no hubieren sido ya sentenciados.

La Sentencia de 11 de enero de 1997 disminuye la importancia de la conexidad para insistir en el requisito temporal de que los hechos nuevos no sean posteriores a la firmeza de la sentencia anterior, dicho sea en palabras distintas pero parecidas a las empleadas en otras resoluciones de ese Tribunal.

(Sentencia de 21 de mayo de 1999)

*Corresponde la acumulación al Juzgado o Tribunal que dictó la última sentencia no al que declaró la firmeza de su sentencia en último lugar*

Cuarto.—El Ministerio Fiscal, por último, ha planteado en su escrito de impugnación la posibilidad de que la resolución recurrida sea declarada nula, no porque se acepte la tesis del recurrente —con la que, por otra parte, manifiesta su acuerdo— sino porque se considere que el Tribunal que la ha dictado no era el competente para resolver sobre la acumulación, toda vez que si bien había dictado efectivamente la última de las sentencias que podían ser acumuladas, no fue esta Sentencia la última en alcanzar firmeza. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, en el sumario 30/1987 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia, el día 20 de octubre de 1987, produciéndose la firmeza el día 12 de noviembre del mismo año. Por su parte, la Sección 4.ª de la misma Audiencia, en el sumario 1/1985 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la misma ciudad, dictó Sentencia igualmente condenatoria el 12 de julio de 1986 retrasándose la firmeza hasta el 3 de febrero de 1988, unos meses después de que fuese firme la anterior resolución. Entiende esta Sala que, no habiendo sido suscitada la cuestión hasta este momento, y sin perjuicio de que la misma pueda ser abordada y analizada en profundidad en otra ocasión, no procede ahora hacer la declaración de nulidad a que ha hecho alusión el Ministerio Fiscal, no solamente por poderosas razones de economía procesal y consideraciones vinculadas al respeto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino también porque la literalidad del segundo párrafo del artículo 988 LECrim, permite, a primera vista, atribuir la competencia para fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2.ª del artículo 70 CP/1973 al «Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia», no figurando en el mencionado precepto procesal una referencia expresa al órgano judicial que haya declarado la firmeza de su sentencia en último lugar.

(Sentencia de 13 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 77

*Penalidad correspondiente a delitos continuados en concurso medial entre ellos: mitad superior de la mitad superior del delito más grave*

Tercero.–(...) La argumentación del Ministerio Fiscal es la de la exigencia no sólo de aplicar el artículo 74 de la continuidad delictiva en relación al delito más grave que es efectivamente el de estafa, castigado con pena de 6 meses a 4 años –artículo 249– frente al de falsedad, castigado con pena de 6 meses a 3 años –artículo 392–, sino que además de aplicar «la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior», como exige el artículo 74, al constatarse un concurso medial de delito entre el delito continuado de falsedad y el delito continuado de estafa, deberá a partir de la fijación de la mitad superior de la pena más grave, imponerse esta pena, a su vez, en la mitad superior por imperio del artículo 77.2.º, precepto que no aparece aplicado en la sentencia sometida a la censura casacional por parte del Ministerio Fiscal.

El motivo debe prosperar, pues de otro modo se ignoraría la existencia del concurso medial de delitos entre la falsedad y estafa y la exigencia penológica del artículo 77 que debe sobreponerse a la ordenada por el artículo 74, de suerte que en casos como el estudiado: delitos continuados en concurso medial debe imponerse la mitad superior de la mitad superior del delito más grave por decirlo de una manera concisa pues sólo esta fórmula permite la aplicación sucesiva de la doble exacerbación penal que exige el artículo 74.1.º y el artículo 77.2.º, con la única limitación que prevé el último inciso del párrafo segundo del indicado artículo que no es de aplicación al caso.

Ello tiene por efecto práctico que frente a la pena impuesta en la sentencia de veintisiete meses y un día –mitad superior de la pena correspondiente a la estafa–, deba imponerse treinta y siete meses y 16 días –mitad superior de la mitad superior del período comprendido entre veintisiete meses y un día y cuarenta y ocho meses–, lo que hace un total convertido en años, meses y días de tres años, un mes y dieciséis días.

(Sentencia de 12 de febrero de 1999)

## ARTÍCULO 80

*No es posible extender analógicamente la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad a las privativas de derechos*

Tercero.–En cualquier caso cabe señalar que la resolución de la Audiencia Provincial, denegando la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público), aparece razonadamente motivada, y tiene su apoyatura en la ley, que establece la suspensión de condena expresamente para las «penas privativas de libertad» (art. 80.1.º del Código Penal de 1995), y también en la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 209/1993, de 28 de junio). En esta Sentencia 209/1993, el Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derecho, «dada la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993), pudiendo citarse entre estos

criterios el fundamento señalado por la STC 165/1993, de que «la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación».

La alegación referente a que, a través de una interpretación analógica, el Tribunal de Instancia podría extender la suspensión de condena de las penas privativas de libertad a las privativas de derechos, carece de virtualidad impugnatoria en el supuesto actual, pues dicho criterio extensivo abriría, a lo sumo, una posibilidad facultativa al Tribunal sentenciador, pero no determinaría la suspensión preceptiva de estas penas, en contra del razonado criterio del Tribunal *a quo* cuando éste no la estima procedente, como sucede en el presente caso.

Las alegaciones referentes a la impugnación del fallo de la sentencia firme que se ejecuta, que según los recurrentes no debió incluir la suspensión de cargo público, son totalmente extemporáneas en esta fase de ejecución, pues la parte recurrente no ejercitó en su momento, pudiendo hacerlo, el recurso de casación contra la sentencia que ahora se ejecuta. No habiendo agotado los recursos jurisdiccionales procedentes, en su momento, resulta procesalmente inviable entrar ahora en la revisión de los términos del fallo de una sentencia que ya ha adquirido plena firmeza, y en cuyas circunstancias no cabe entrar en este trámite de recurso limitado a la impugnación del auto de suspensión de condena.

(Sentencia de 19 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 111

*Contenido de restitución en caso de alzamiento de bienes: la restitución se concreta en la anulación de los contratos con los que se alzaron los bienes, siempre y cuando las partes adquirentes estén personadas en el proceso penal*

Sexto.-1. Exponen los recurrentes que el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* abarcaba, tanto en el Código Penal derogado, como en el vigente, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Ahora bien aunque la acción civil que acompaña a la penal es única, es doctrina pacífica, que no existe disponibilidad para el actor a la hora de elegir uno u otro de esos contenidos y, por otra parte, la propia jurisprudencia enseña que, entre estos tres contenidos, existe un orden de prelación.

Por otra parte, señalan que es también consolidada la jurisprudencia de esta Sala como de las Audiencias Provinciales, en orden a entender que en el tipo del alzamiento de bienes, en la medida que el crédito o créditos son anteriores a la comisión de este delito especial impropio de resultado cortado, la responsabilidad civil debe limitarse, en principio, a la nulidad de los contratos o escrituras que hacen posible tal tipo defraudatorio, restableciéndose así el orden jurídico alterado y pudiendo iniciarse de nuevo las acciones civiles correspondientes.

Ahora bien, mantienen que esta doctrina consolidada sólo es de aplicación cuando materialmente ello es posible y ya el propio legislador, en el anterior artículo 102 y en el actual 111 del Código Penal, destaca que la restitución sólo procederá cuando ello es posible. Ponen de relieve que el local de negocio y los parkings, se transmitieron a las sociedades de las que eran administradores únicos los acusados y que estas entidades, a su vez, los transmitieron a terceros de buena fe que procedieron a inscribir sus titularidades dominicales en el Registro de la Propiedad. En consecuencia estiman que, por ello, no era posible interesar la nulidad por lo que era procedente la indemni-

zación de la cantidad correspondiente a las cantidades impagadas más los intereses y los perjuicios materiales o morales que del impago se derivaren, aunque reconocen que en las piezas correspondientes de responsabilidad civil no se han probado más perjuicios que el impago del importe de los créditos y sus correspondientes intereses.

2. En el delito de alzamiento de bienes, el propósito de los autores consiste fundamentalmente en eludir el pago debido a los acreedores, defraudando con ello el principio de responsabilidad universal derivado del artículo 1911 del Código Civil. En consecuencia, el objetivo del proceso penal en la vertiente que afecta a la responsabilidad civil, debe orientarse a la recuperación de la situación jurídica que tenían los acreedores en el momento de realizar los contratos o contraer obligaciones que supongan un pago en dinero por parte de los acreedores. Para conseguir esta finalidad, el sistema procesal penal autoriza introducir principios y disposiciones del campo del Derecho civil que permitan satisfacer las legítimas pretensiones de los acreedores a los que se ha pretendido burlar con maniobras evasivas y fraudulentas.

Como establece el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. La ley procesal dispone, como guía y principio interpretativo, la racionalidad de la intervención del Juez penal en aspectos civiles, ligados con el hecho punible, como los que se derivan de la restitución, reparación o indemnización de perjuicios. No existe ningún obstáculo para que se lleve a efecto esta tarea por el Juez penal y el propio contenido del artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refuerza esta postura, al encomendar al Tribunal de lo Criminal nada menos que la tarea de pronunciarse en relación con el derecho de propiedad sobre un inmueble o cualquier otro derecho real, cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión. Si esta facultad máxima se extiende al derecho de propiedad, con más razón se debe admitir la posibilidad de que los Jueces penales, se pronuncien sobre la existencia o inexistencia de relaciones obligacionales de menor fuerza y consistencia que los derechos reales.

3. La determinación de la responsabilidad civil en el ámbito del proceso penal, debe ajustarse a los parámetros y normas establecidos en la esfera del proceso civil ya que así como la acción penal es irrenunciable (artículo 106 de la LECrim), la acción civil es perfectamente disponible bien renunciando a la misma o reservándola para ejercitarla en el proceso civil correspondiente (artículos 107, 110 y 112 de la LECrim). Esta posibilidad se ve reforzada por el contenido del actual artículo 109.2 del Código Penal en el que se dice que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

En el caso presente las acusaciones particulares, únicas partes recurrentes, en el momento de elevar a definitivas sus conclusiones, limitaron la petición de responsabilidad civil a la indemnización de las cantidades debidas más los intereses debidos a partir de la fecha de la sentencia, acotando con ello las posibilidades de perfilar el alcance y contenido de las responsabilidades civiles.

Bien es cierto que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio conjunto de las acciones penales y civiles solicitó, en concepto de indemnización civil, que se decretase la nulidad del contrato de dación en pago dejando por tanto los bienes libres a disposición de los acreedores. El Tribunal sentenciador no descarta esta posibilidad, como efecto civil derivado de la condena penal pero advierte, en relación con el caso concreto, que no es posible acordar la nulidad del contrato de dación en pago ya que las entidades a las que se hizo entrega fraudulenta y viciada de los bienes no han sido llamadas al proceso, por lo que se daría la circunstancia de que habría que dictar una resolución, que

les afectase sin haber sido oídos en el juicio ni siquiera en su condición de posibles demandados o interesados.

En el caso de que se hubiere contado con su presencia y se les hubiese dado la oportunidad de argumentar en defensa de su derecho, el Tribunal penal habría tenido que aplicar la teoría tradicional y consolidada que, dispone que en los casos de la existencia de delitos de alzamiento de bienes, la respuesta adecuada, desde el punto de vista civilístico es la de la anulación de los contratos fraudulentamente celebrados con objeto de sustraer los bienes a la acción de los acreedores. Desde el punto de vista del Derecho civil, la solución no presenta objeciones ya que la declaración penal de la existencia del delito y del propósito defraudatorio, nos sitúan ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por aplicación de las normas generales de la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil) y más concretamente al estar afectado por una causa ilícita, lo que ocasiona la imposibilidad de surtir efecto alguno (artículo 1275 del Código Civil).

4. Las partes recurrentes se limitaron, como ya se ha dicho, a solicitar el pago de las cantidades adeudadas y los intereses devengados desde la fecha de la sentencia, lo que no es posible con arreglo a la posición de nuestra jurisprudencia y a los propios conceptos de responsabilidad civil dimanada del delito que, como dice el artículo 1092 del Código Civil se rigen por las disposiciones del Código Penal. Así el artículo 101 y siguientes del anterior Código Penal, que estaba vigente cuando se cometieron los hechos que ahora se persiguen, contemplan las diversas modalidades de responsabilidad civil. La restitución y la reparación no fueron solicitadas por las acusaciones particulares que se limitaron a postular el pago indemnizatorio de las cantidades adeudadas y sus intereses. Como puede verse, por el tenor literal del antiguo artículo 110 del Código Penal, la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá los que se hubiesen causado por razón del delito y es evidente que las cantidades adeudadas y sus posibles intereses habían nacido en virtud de una relación contractual válidamente contraída y concertada con anterioridad al hecho delictivo por lo que no puede establecerse su pago, como consecuencia del delito de alzamiento de bienes.

Por otro lado, no existe obstáculo alguno para que, en los casos en que haya sido debidamente acreditado en la pieza de responsabilidad civil, se pueda concretar una determinada indemnización por los perjuicios derivados de la maquinación engañosa, aunque como ya se ha dicho no afectaran a la deuda contraída con anterioridad por el que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

(Sentencia de 18 de junio de 1999)

*En el delito de alzamiento de bienes la restitución no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable*

Único.—Se alega un solo motivo por infracción de ley con base adjetiva en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fundamento sustantivo en haberse infringido lo dispuesto en el artículo 111.2 del Código Penal por haber acordado la Sala en el fallo de su sentencia la restitución de la tarjeta de transporte al patrimonio del condenado. Por tanto, la petición del recurrente, aún absuelto en la instancia, se reduce a solicitar que esa tarjeta le sea conservada en su poder y con plena disposición, al haberla adquirido legalmente cuando dicho condenado renunció a ella en vista de que había sido embargada para cubrir deudas en favor de terceros.

Para mejor comprensión de ese planteamiento, hemos de indicar con la máxima brevedad los siguientes antecedentes: 1.º Con motivo de un juicio ejecutivo entablado contra el encausado, Rafael R. B., se embargó, entre otros bienes, la indicada tarjeta de transpor-

tes que figuraba a su nombre y que fue tasada en la cantidad de 1.500.000 pesetas, sacándose a subasta el día 15 de enero de 1997 y adjudicada al mejor licitador por precio de 1.000.000 de pesetas, precio que fue entregado, como parte de la deuda, al acreedor ejecutante. 2.º Con anterioridad y concretamente el día 15 de noviembre de 1996, el referido acusado, conociendo que esa tarjeta había sido embargada, renunció expresamente a su titularidad ante la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, entidad que procedió a efectuar su transmisión a favor de la persona designada en el propio escrito de renuncia, que no fue otro que el ahora recurrente, Gabriel S. P., que, como hemos dicho, también fue acusado del delito de alzamiento de bienes, aunque después absuelto en la sentencia. 3.º Del referido embargo no se había hecho asiento preventivo alguno, de tal manera que el recurrente pudo inscribirla a su nombre en el correspondiente registro de la referida Delegación o Consejería. 4.º Como hemos indicado, en la sentencia se condena al primitivo titular como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes, ordenando la devolución de la tarjeta a su patrimonio.

El adquirente se alza ahora en casación pretendiendo que se deje sin efecto esa parte de la sentencia por entender, en esencia, que la titularidad de ese bien fue legalmente adquirida y tiene la característica de irreivindicable, de acuerdo con lo establecido en el referido artículo 111.2 del vigente Código Penal al decir que la restitución, «no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable».

Para rechazar la pretensión, bástenos decir lo siguiente: a) En el presente caso, no se trata realmente de restituir lo indebidamente adquirido por el agente comisor, sino de anular una transmisión indebidamente realizada como consecuencia de un delito tan eminentemente económico como es el de alzamiento de bienes y así poder restablecer el orden jurídico perturbado. b) Aunque ese bien hubiera sido adquirido por terceros, la norma de general y principal aplicación es la contenida en el apartado 1.º del referido precepto cuando nos dice que «la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición...». Hemos de suponer que el ahora reclamante actuó con legalidad y de buena fe, pero ello no impide que su restitución esté bien acordada. c) Todo el problema queda reducido por tanto, no a la legalidad y a esa buena fe en la adquisición, sino a determinar «objetivamente» si el bien transmitido tiene las características de irreivindicable, dada su naturaleza y la forma de llevarse a cabo su adquisición. Entendemos que no, pues aunque pudiéramos pensar que la titularidad de una tarjeta de transportes tiene la característica de una concesión administrativa (cosa que dudamos) ello no quiere decir que no pueda ser anulada por los Tribunales a instancia de quien se crea con mejor derecho y, por tanto, incorporarla a su patrimonio, es decir, reivindicarla a su favor. Además, también es incierto que el ahora reclamante tuviera la cualidad de tercero adquirente de buena fe, pues al habersele designado en la instancia de renuncia con esa cualidad denota que tenía que haber sabido o, al menos, averiguado, el porqué de esa designación y posterior concesión a su favor, es decir, aunque la Sala le haya absuelto del delito de alzamiento, ello no evita que a los efectos aquí propugnados podamos considerar y afirmar el necesario conocimiento que tenía de la dudosa legalidad de la tan repetida transmisión.

En conclusión, se trata de un bien totalmente reivindicable y sin que para entender lo contrario tenga virtualidad suficiente el hecho de que lo inscribiese a su favor en el registro de la Delegación Provincial que tiene la naturaleza, además, de simple registro administrativo sin las garantías que supone el Registro de la Propiedad.

(Sentencia de 22 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 113

*El Estado no tiene derecho a que se le indemnice por los salarios pagados a un funcionario mientras éste estuvo de baja por haber sufrido un delito*

Segundo.—(...) 3. Es de hacer notar que la sentencia recurrida acepta la tesis de la indemnización al Estado, en el organismo de la Dirección General de la Guardia Civil, en lo que se refiere a los haberes satisfechos al guardia civil herido durante los cien días primeros de su lesión y que contra este pronunciamiento nadie se ha alzado, por lo que lo consideramos inamovible en el momento presente.

Ahora bien la pretensión del Abogado del Estado consiste en que no sólo se incremente el plazo de inhabilitación para el servicio a consecuencia de las secuelas psíquicas cuya existencia hemos declarado probada y que por consiguiente da lugar a un incremento de la indemnización en favor de la víctima, sino que se declare también que el tiempo, durante el que las alteraciones psicológicas han ocasionado su incapacitación para el servicio, sea también abonado e indemnizado el sueldo que la Dirección General de la Guardia Civil ha tenido que desembolsar sin la prestación del servicio.

Es cierto que existe una línea jurisprudencial que en ocasiones ha reconocido este derecho en favor del Estado, pero no es menos cierto que existe también una postura contraria cuyo más reciente exponente es la Sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 1999 en la que se desestima un recurso del Abogado del Estado, apoyado también por el Ministerio Fiscal, contra una sentencia en la que se rechaza la pretensión indemnizatoria en favor del Estado, por estimar que la cantidad solicitada no supone un gasto añadido para la Administración estatal, al tener como base los haberes abonados a un guardia civil lesionado, argumentando que igualmente los tendría que haber satisfecho sin mediar la acción delictiva, por lo que ningún perjuicio económico ha sufrido a consecuencia del delito.

4. Como se dice en la sentencia citada, no plantea ninguna duda la consideración del Estado como posible perjudicado por un delito cometido contra alguno de sus funcionarios. El artículo 113 del Código Penal dispone la indemnización de los perjuicios que se causaren a terceros entre los cuales, en algunos casos, puede encontrarse el Estado.

El problema radica en precisar y determinar claramente, cuál es el perjuicio realmente sufrido por el tercero a consecuencia del hecho punible ya que tiene que existir una relación de inmediatez o conexión que pueda establecer con claridad, que el efecto dañoso de la acción delictiva ha hecho surgir un determinado perjuicio en un tercero que, como ya se ha dicho, puede ser perfectamente el Estado.

Sostiene el Abogado del Estado que el perjuicio radica en el pago de las remuneraciones o salarios que el Estado ha realizado en favor del funcionario por un servicio no realizado a causa del hecho delictivo. Como se señala en la Sentencia anteriormente citada, esta postura ha tenido acogida en varias sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 13 de diciembre de 1983 que declaró que el «perjuicio surge desde el momento que se satisfacen los servicios sin ser prestados, ya que aunque la posible cobertura prevista por el Estado suple el daño, el sostenimiento de la misma es acreedora a la indemnización ya que por razón del mismo (el delito) se ve obligado a satisfacer servicios que no se prestan». En el mismo sentido las Sentencias de 2 de diciembre de 1988 y 2 de marzo de 1988. En la Sentencia de 12 de junio de 1989 se afirma, que el Estado en tales causas es tercero perjudicado «al abonar retribuciones sin la correlativa prestación de servicios por parte de los funcionarios lesionados». En la de 11 de diciembre de 1989 se concreta el perjuicio en las cantidades que el Estado se ha visto obligado

a satisfacer, especificándolas en la sentencia. Entre estas últimas, también se puede citar la Sentencia de 10 de mayo de 1990.

5. Frente a estas tesis debemos destacar que todo el sistema de indemnizaciones derivadas de hechos delictivos, tiene un marcado carácter civilista y así se ha establecido también por nuestra jurisprudencia. Los perjuicios deben ser alegados y probados conforme a los principios propios de los procesos civiles, aun en los casos en que la acción civil se encuentra incorporada a un proceso penal.

El perjuicio real, efectivo y económicamente evaluable que el Estado puede sufrir, leemos en la Sentencia de 13 de mayo de 1999, consistirá en el conjunto de gastos satisfechos para prestar el servicio público que llevaba a cabo el funcionario imposibilitado de realizarlo a causa del delito. Desde esta perspectiva no cabe duda que el perjuicio patrimonial puede consistir en el gasto realizado para contratar un sustituto o en los desembolsos efectuados para cubrir, mediante horas extraordinarias, comisiones de servicios, prórrogas etc., el servicio que no puede prestar el funcionario imposibilitado.

Desde otro ángulo no podemos olvidar que el artículo 113 del Código Penal se refiere a los perjuicios causados a los agraviados directamente por el hecho delictivo, extendiéndolos también a sus familiares o a terceros. Ahora bien, la jurisprudencia se ha encargado de limitar estos conceptos extensivos de la responsabilidad civil, considerando que terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición, ni los que están enlazados con la víctima por relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible. En realidad los efectos obligacionales no se derivan del delito, sino de la sentencia condenatoria.

Existen supuestos en los que el Estado tiene directamente la condición de agraviado por el hecho delictivo, como sucede en los delitos de malversación de caudales públicos, pero en otros muchos casos como en el presente, el perjuicio sufrido por el Estado tiene un carácter meramente circunstancial e indirecto, al verse privado de un servidor respecto del cual está vinculado por una relación funcional que le obliga al pago de los emolumentos aunque el funcionario no pueda prestar servicios.

Si estableciésemos una conexión directa e indiscutible entre el delito sufrido por un funcionario y el daño ocasionado al Estado tendríamos que extender también esta indemnización a todos los supuestos en los que, un tercero (compañías aseguradoras, empresarios, empleadores, etc.) se ve afectado por las consecuencias indemnizatorias de un delito que incide sólo directamente en las personas que están ligadas con estas entidades por lazos contractuales. Del mismo modo que la compañía aseguradora o el empresario no tiene derecho a indemnización derivada del delito y sí solamente un derecho de repetición, tampoco el Estado, tiene derecho a que se le indemnicen los gastos corrientes ocasionados por el pago de haberes que, en todo caso, tenía la obligación de satisfacer, existiese o no el delito.

6. En relación con lo antes expuesto, debemos por último afirmar que, el Estado no ha acreditado haber sufrido un perjuicio de carácter distinto pero directamente derivado del hecho delictivo, que sea susceptible de ser indemnizado. Una vez más hemos de reiterar, que la imposibilidad de prestación de un servicio público por un funcionario incapacitado a consecuencia de un hecho delictivo no supone un daño patrimonial al Estado. Por otro lado no existe constancia de que el servicio hubiera dejado de prestarse en cuanto que las funciones de seguridad pública fueron atendidas, como es lógico, por otros funcionarios y el posible resentimiento de las condiciones de seguridad y salvaguarda pública, es difícilmente evaluable y, no consta ni se ha acreditado, que el Estado hubiese tenido que realizar algún desembolso patrimonial distinto del pago de los emolumentos debidos al funcionario lesionado.

Ello no impide que habiéndose modificado el hecho probado como ha quedado dicho en el primer motivo se aumente la cuantía de la indemnización que se debe conceder al funcionario lesionado, sin que el Estado pueda reclamar los haberes debidos por este nuevo período de tiempo, al que se extienden las secuelas psíquicas derivadas de la agresión sufrida por el funcionario.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 115

*El baremo de la Ley de Ordenación de Seguro Privado no es aplicable a delitos dolosos*

Cuarto.—El cuarto motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por infracción de ley, denuncia la «violación de lo establecido en las indemnizaciones de la Ley del Seguro». El motivo debe ser necesariamente desestimado tanto por su inadmisibile planteamiento formal como por su absoluta falta de fundamento. En primer lugar no cita el precepto sustantivo supuestamente infringido (refiriéndose genéricamente a lo establecido en las indemnizaciones de la Ley del Seguro), y ni siquiera precisa cuál de las diversas leyes reguladoras de la institución del seguro es la que contiene la norma supuestamente infringida, infracciones formales que, por sí mismas, constituyen causa de inadmisión de motivo, y en este momento procesal de desestimación.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo, en caso de referirse el recurrente al sistema de valoración para los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establecido en el anexo a la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, resulta indudable que el motivo carece del menor fundamento ya que difícilmente puede infringirse una norma que no resulta aplicable al caso objeto de enjuiciamiento, pues el referido sistema de valoración, como en el mismo se indica expresamente, solamente es aplicable a la valoración de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación mientras que el hecho enjuiciado es absolutamente ajeno al tráfico de vehículos, y además no es aplicable a los delitos dolosos, como el aquí enjuiciado.

(Sentencia de 8 de abril de 1999)

*Criterios a tener en cuenta en la valoración. Daños morales: sufrimiento de la víctima*

Sexto.—El último motivo de este recurso, alega, con apoyo y cita del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley producida por inaplicación del artículo 115 en relación con los 110, 111, 112 y 114 del Código Penal vigente y con los 103 y 104 del derogado.

La pormenorizada descripción de las razones que el Tribunal expresa en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia transparente un exquisito cuidado de cumplir con la obligación de establecer razonadamente las bases que fundamenten la cuantía de las indemnizaciones que ha introducido el artículo 115 del Código Penal nuevo, sin que, teniendo en cuenta la descripción de hechos del relato fáctico de la sentencia, según el cual por parte del condenado ninguna contribución con su propia conducta se aprecia, se pudiera determinar una moderación de la indemnización, como establece para el caso de que existiera tal contribución, el actual artículo 114. La recurrente en la argumentación del motivo se muestra conforme con las cantidades que corresponden a

pago de gastos, indemnización por días de lesión y cantidad presupuestada para intervenciones quirúrgicas reparadoras, pero objeto las bases para fijar la cantidad de millón y medio de pesetas que se añaden como daños morales, que estima tiene en cuenta datos hipotéticos como son el resultado que se dice pueda ser incierto de la intervención quirúrgica.

Ciertamente no podrán admitirse para el cómputo de daños y perjuicios datos que se refieran a cantidades o consecuencias dudosas, inseguras o hipotéticas, y, en resumen, carentes de certidumbre (Sentencias de 7 de marzo de 1988 y 12 de marzo de 1992). Pero esto no ocurre cuando se trata de daños morales, de tan difícil evaluación y que se refieren no a cantidades valorables con toda precisión y exactitud, sino a sufrimientos personales sentidos y socialmente valorados cuya cuantía crematística es difícilmente derivable de los hechos y, que la puedan fundamentar por ello jurisprudencialmente reconocido como posible objeto de un juicio global para valorar socialmente el dolor y sufrimiento de la víctima pero no revisable en casación (Sentencias de 28 de noviembre de 1996, 24 de marzo y 17 de octubre de 1997 y 16 de mayo de 1998). No es en este caso el sufrimiento de la víctima producido por un suceso de hipotética ocurrencia sino por la zozobra y preocupación anímica que le causa la perspectiva de la realización, en dos etapas y con posibilidad de resultados inciertos y no completamente reparadores, de una operación difícil, como han reconocido ser la que se precisa, los peritos médicos que se han pronunciado al respecto en la causa, entre ellos, el que compareció a petición de la propia recurrente.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 120

### *Responsabilidad civil subsidiaria de Comunidad Autónoma que tiene bajo su tutela a menor autor de un robo*

Segundo.—La responsabilidad civil subsidiaria derivada de un delito cometido por persona que no esté exenta de responsabilidad criminal se encuentra regulada en los artículos 120 y 121 CP 1995. La del Estado, Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos está específicamente regulada en el artículo 121 que les impone la obligación de responder subsidiariamente «de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo». Basta una atenta lectura de este precepto para rechazar que el mismo pueda ser base legal para una condena de la Comunidad Autónoma recurrente como responsable civil subsidiaria en defecto del condenado en la sentencia recurrida como criminalmente responsable, puesto que éste no es autoridad, funcionario, agente o contratado de la citada Comunidad Autónoma. El artículo 121 CP, por la naturaleza civil de su contenido, permite sin duda que se haga de él una interpretación extensiva e incluso analógica que no sería admisible en una norma penal. Esta Sala, sin embargo, no aprecia relación de analogía alguna entre la situación creada para la Administración por el delito cometido por un empleado de la misma y la creada por el delito cometido por un particular. Ni los viejos principios de «culpa in vigilando» o «culpa in eligendo», ni la moderna teoría de la creación del riesgo, ampliamente utilizada por la Jurisprudencia,

permiten extender a la Administración en razón de los delitos cometidos por los particulares, una responsabilidad civil subsidiaria establecida por la ley en consideración a la especial relación que se articula entre la Administración y quienes trabajan en ella o para ella. Una relación que arranca de una inicial selección del personal, se concreta en un vínculo de supraordinación y subordinación, redundando en provecho o beneficio de la Administración y eventualmente suscita situaciones de riesgo objetivo, rasgos que no guardan semejanza con los que son propios de la relación genérica que existe entre la Administración y el ciudadano. Naturalmente la Administración debe responder, por expreso mandato del artículo 106.2 CE, de los daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no sólo cuando en el curso de ese funcionamiento se haya producido una conducta delictiva de uno de sus empleados sino en cualquier caso que no fuese de fuerza mayor, pero del artículo 121 CP se desprende con toda claridad que cuando el daño sobrevenido con motivo del funcionamiento de un servicio público no es consecuencia de un hecho de que deba responder criminalmente una autoridad, funcionario, agente o contratado de la Administración, la responsabilidad patrimonial de ésta habrá de ser exigida de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, esto es conforme a las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Descartado, pues, que la responsabilidad civil subsidiaria declarada en la sentencia recurrida pueda tener apoyo en el artículo 21 CP, veamos si lo tiene en el artículo 20 o en el segundo párrafo del artículo 22 CP 1973, norma esta última que sigue en vigor a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 a) de la disposición derogatoria única del CP 1995.

Tercero.—Tampoco el segundo párrafo del artículo 22 CP 1973 puede servir de fundamento a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria acordada por el Tribunal de instancia. El autor del delito declarado penalmente responsable no estaba, cuando cometió la infracción, sometido al control o vigilancia del profesorado de un centro docente del que fuese titular un Departamento u Organismo de la Comunidad Autónoma recurrente y en el que el primero desarrollase actividades escolares o de cualquier otro tipo. En realidad no estaba en centro docente alguno, toda vez que, habiendo sido decidido dos meses antes de la producción del hecho enjuiciado el ingreso del acusado en la «Ciudad Escolar de los Muchachos» situada en Leganés (Madrid) por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la mencionada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de la función de tutela que había asumido sobre el acusado ante la situación de desamparo que padecía, el mismo se había fugado de dicha Ciudad Escolar catorce días antes de cometer el hecho, de suerte que cuando lo realizó no estaba sometido a control o vigilancia del profesorado de ningún centro y, por supuesto, de ningún centro del que fuese titular un organismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Innesario es decir que la relación jurídica que crea la asunción de funciones tutelares por un ente público no puede, en modo alguno, ser confundida con la relación de vigilancia y cuidado directos que se establece entre un centro docente de enseñanza no superior y el alumno que en el mismo cumple actividades escolares o extraescolares, por lo que la responsabilidad civil subsidiaria que nace, ex artículo 22, párrafo 2.º, CP 1973, para las personas o entidades que sean titulares de un centro docente del citado nivel, por los delitos o faltas en que incurriesen los alumnos menores de 18 años, no puede ser extendida a las personas o entidades que tengan atribuida la función tutelar sobre los mismos ex artículo 172.1 CC. La responsabilidad civil subsidiaria que eventualmente puedan contraer tales personas o entidades tendrá que nacer, en su caso, en otra norma jurídica.

Cuarto.—El artículo 120.1.º CP vigente dispone que son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, «los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por

su parte culpa o negligencia». Varias consideraciones son oportunas a propósito de esta norma a la hora de resolver el tema sometido a nuestra censura casacional. En primer lugar, es claro que la referencia a los mayores de dieciocho años debe ser interpretada en este momento a la luz de la suspensión de la vigencia del artículo 19 CP establecida en la 7.ª disposición final del mismo, lo que quiere decir que, por ahora, el artículo 120.1º CP se refiere también a los que, como el condenado en la sentencia recurrida, tienen más de dieciséis años y menos de dieciocho. En segundo lugar, hay que señalar que, si bien las exigencias establecidas en el precepto, para que nazca la responsabilidad civil *ex delicto* de los padres o tutores —es decir, que los causantes de los daños o perjuicios vivan en compañía de aquéllos y que haya existido por su parte culpa o negligencia— parecen recibir, a primera vista, su sentido del hecho de que los delitos o faltas fueren cometidos por mayores de edad, puesto que se parte del supuesto de que la mayoría de edad penal coincidirá con la civil, debe tenerse muy en cuenta la congruencia que existe entre el artículo 120.1.º y la regla 1.ª del artículo 118 CP. También en dicha regla se exige, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria de los que tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho a los menores exentos de responsabilidad criminal que hubieren incurrido en delito o falta, que haya mediado por parte de los primeros culpa o negligencia. Quiere esto decir, por cierto, que la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1903 CC. En este artículo, tras ser enumeradas las personas y entidades que deben responder de los daños ocasionados por quienes dependen de ellos en razón de alguno de los vínculos expresamente previstos, se dice: «la responsabilidad civil de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de las que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el artículo 118.1.º como el 120.1.º CP —*lex posterior* con respecto al Código Civil— exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 127

### *Naturaleza y requisitos para la imposición del decomiso*

Segundo.—La medida que el antiguo artículo 27 establece en orden al comiso no es en cierto modo imperativa, en tanto no cabe decretarla cuando los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero, o cuando, siendo de lícito comercio, no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Dicho esto ha de consignarse además que el comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos o instrumentos de la infracción, en cualquier caso íntimamente unida no a la ejecución del delito sino a la imposición de una pena (Sentencias de 30 de abril de 1996, 22 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1994).

Establecido el comiso desde el Código de 1822, con la excepción del Código de 1928, han de diferenciarse los efectos del delito, de los instrumentos de ejecución, aunque finalmente vengan ambos conceptos identificados en el *totum revolutum* del precepto legislativo. Porque si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia

de la infracción. Los instrumentos son, en cambio, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal.

En el supuesto de ahora necesario, es decir, para mejor comprender cuanto haya de decidirse, que el comiso no fue solicitado por el Fiscal, como única parte acusadora, siendo así que la defensa mostró su conformidad con todas las peticiones del Ministerio Público, obviamente ajena aquélla a todo cuanto implicara la medida de comiso, después impuesta sorpresivamente por la resolución impugnada.

De otro lado, el relato fáctico de la instancia, al referirse al registro efectuado en el domicilio del aquí recurrente, únicamente reseña que, entre otros efectos, se encontraron novecientos mil pesetas, sin indicar el origen o la pertenencia de dicho metálico, lo que tampoco se aclara en los fundamentos jurídicos de la recurrida. No hay ninguna explicación para vincular ese dinero con las actividades del tráfico ilegal de drogas atribuido al acusado y recurrente, ni tampoco se especifica, en la parte dispositiva de la Sentencia, la cantidad que es objeto del comiso. Demasiadas irregularidades como para estimar correcto, desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, la medida acordada. Es cierto que el legislador trata de evitar la expansión de los efectos del narcotráfico en general, pero también lo es que siempre ha de actuarse al amparo del principio de legalidad.

Tercero.—Realmente en este caso no tiene ni debe tratarse el problema de fondo sobre la procedencia o no del comiso, porque los previos condicionantes formales omitidos han de impedir conocer seriamente de aquél.

1. No es posible llegar a una condena sobre tal cuestión de manera implícita o indirecta, y si el Tribunal omite cualquier pronunciamiento previo y esencial, no ha lugar a decretarla sobre la base de una especie de presunción (ver en lo que valga la Sentencia de 7 de noviembre de 1991).

2. La Sentencia recurrida nada dice, como fundamento de la imposición del comiso, sobre el particular. Si a partir de 1983 ya no se trata de una sanción de imposición forzosa, sino que el Tribunal podrá decretarlo o no en atención al principio de proporcionalidad, es evidente que para acordarla habrá de razonarse adecuadamente sobre ello, pues caso contrario, que es lo que aquí sucedió, se puede hablar de vulneración del artículo 120.3 de la Constitución, con grave incidencia en lo que ya es un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 constitucional (Sentencia de 28 de abril de 1997), todo ello en relación con cuanto pudiera decirse, en este ámbito casacional, respecto de la voluntad impugnativa que subyace en lo que este motivo de ahora supone, aún enmarcado en la infracción de ley del artículo 849.1 procedimental.

3. Se trata, el comiso, de una medida controvertible y discutible en juicio, lo cual determina la necesidad de que se someta expresamente a debate por parte de quienes sean acusadores, sin que baste la genérica petición de penas accesorias (Sentencias de 24 de abril de 1997 y 12 de noviembre de 1999).

4. La interpretación sobre el comiso, como en toda norma punitiva y por tanto odiosa, ha de ser restrictiva (Sentencia de 15 de noviembre de 1993 entre otras).

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 131

*Criterio para determinar plazo: pena abstracta máxima señalada por la Ley al delito*

Cuarto.—La prescripción (ver entre otras las Sentencias de 4 de junio y 12 de marzo de 1993) opera en el proceso penal como causa de extinción de la responsabi-

dad criminal a través de la desaparición o extinción del hecho, que al acusado se le imputa cuando el transcurso del tiempo y la paralización del proceso modifican sustancialmente la necesidad de la pena, a la par que los principios de mínima intervención y proporcionalidad juegan entonces como factores coadyuvantes, en beneficio del reo, para aminorar los efectos y consecuencias que el hecho delictivo habría normalmente de producir si ya el binomio «delito» y «pena», para restablecer el orden jurídico quebrantado, pierde su razón de ser en favor de una menor intervención judicial.

Es una institución de carácter material o de Derecho sustantivo que, como problema de legalidad ordinaria, ha de apreciarse, por encima de posibles deficiencias procesales, tan pronto como los supuestos de Derecho sustantivo se producen, porque de no hacerlo así se faltaría al principio de coherencia, política y criminal, que preside la institución, pues sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación son ya incumplibles.

La admisión de la prescripción, por ser una cuestión de orden público, procederá en cualquier estado del procedimiento o en cualquier oportunidad procesal, incluso aunque como cuestión nueva se trajera al recurso, pudiendo hasta declararse de oficio, siempre y en todo caso que concurran los presupuestos materiales para su estimación.

Sexto.—En el presente supuesto no se presenta ahora problema alguno que afecte a la interrupción de la prescripción. Lo que aquí se debate es si a estos efectos ha de tenerse en cuenta la pena ya impuesta, o la que hipotéticamente pudiera haberse impuesto. Ello quiere decir que se está hablando de la prescripción del delito pero en relación a la pena señalada en la sentencia, no la pena a la que el Tribunal pudiera haber llegado en su caso, hipotéticamente.

Mas veamos antes los supuestos analizados. La Audiencia, en referencia a unos hechos acaecidos en el año 1990, condenó en base al artículo 344 del viejo Código Penal y en consideración a sustancias gravemente perjudiciales a la salud, con lo cual se quiere significar que la pena habría de oscilar desde los dos años, cuatro meses y un día de prisión menor hasta los ocho años de prisión mayor. Según el artículo 113 del Código de 1973 prescriben a los diez años las penas que excedan de seis años y hasta doce años, en tanto prescriben a los cinco años cuando el delito se le señalase cualquier otra pena.

En el vigente Código la pena a imponer, según el artículo 368 (se viene haciendo referencia, equivocadamente, al artículo 369), sería por lo que a la privativa de libertad se refiere la de tres a nueve años de prisión, en tanto, según el artículo 131, prescriben a los diez años cuando la pena señalada sea de más de cinco, y hasta diez años de prisión, mientras que la prescripción de tres años es para los restantes delitos graves.

Séptimo.—Dicho cuanto antecede, ha de indicarse que la resolución recurrida impuso a los acusados la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de un millón de pesetas.

El problema debatido es difícil y peculiar. No se trata de distinguir entre la pena genéricamente señalada al tipo base del delito y la pena «exasperada» correspondiente al subtipo agravado, o a las circunstancias concurrentes, especialmente en consideración a los delitos continuados (ver la Sentencia de 21 de enero de 1999). En términos generales unas resoluciones se inclinan a la pena en abstracto, en tanto otras se refieren a la pena en concreto, pareciendo como si la jurisprudencia, no sin titubeos, se decantara por la solución ecléctica. Ahora se trata, por el contrario, de determinar si la prescripción ha de establecerse en relación a la concreta pena impuesta ya, o a la que pudiera haberse decretado teniéndose en cuenta el límite máximo de la pena base, fuera pues del problema de la pena «exasperada».

Es en ese sentido, según algunos, en el que puede afirmarse que cuando existe ya sentencia no ha de estarse a la pena futurible que los Jueces pudieran haber impuesto o puedan imponer, sino a la efectivamente recaída en la resolución correspondiente, en este caso no recurrida sino por la defensa. De acuerdo con la doctrina sentada entre otras por la Sentencia de 16 de febrero de 1998, es obvio que debe señalarse la improcedencia de apreciar un hipotético transcurso del plazo tomando en cuenta la pena pensada imponer, porque las facultades para apreciar la prescripción en cualquier estado de la causa, incluso de oficio, ha de entenderse referido a las penas realmente impuestas en sentencia firme y no a las futuras e hipotéticas. Mas este supuesto venía referido a un artículo de previo y especial pronunciamiento, por prescripción, señalándose la improcedencia de apreciar la prescripción en base a la pena futura que en sentencia pudiera ser impuesta. Por el contrario, al casarse el auto recurrido, se ordenó seguir el procedimiento para ya en la sentencia, a la vista de la pena real, dictaminar lo que se estimara correcto en orden a la prescripción.

Octavo.—Es cierto que la jurisprudencia, tal ha sido dicho, asume un criterio ecléctico a la hora de dilucidar entre la pena del delito abstracto y la pena concreta. Y no es que se confundan la prescripción del delito con la de la pena, sino de tener en cuenta que la prescripción del delito lo es con relación a la pena que a éste le corresponda. Criterio ecléctico que no puede ocultar una tendencia en favor a la pena concreta a imponer según los grados de ejecución del delito y los títulos de participación. Entiende esa tesis que cualquier otro argumento conlleva otorgar un tratamiento más severo a la prescripción del delito que a la de la pena, toda vez que los plazos de prescripción de la pena se determinan en relación a la pena impuesta en la sentencia final, lo que evidencia que ya se ha tenido en cuenta el grado de ejecución, la participación y las circunstancias modificativas. El delito en relación a la pena impuesta, no en relación a la futurible.

Mas por otra parte también es cierto que el actual artículo 131.1 al hablar de la «pena máxima señalada al delito» se decanta en favor de la pena abstracta, en tanto el antiguo artículo 113 se refería a la pena señalada en la ley, con omisión de la palabra «máxima» del vigente Código, lo que no obsta para que, con menor convicción ciertamente, también quepa la consideración abstracta de la pena si el legislador del Código de 1973 está refiriéndose a la pena señalada, que necesariamente ha de comprender un máximo y un mínimo.

Hay pues argumentos contradictorios. Hemos de resolver este supuesto en la idea de que ahora los Jueces determinaron la «no prescripción» en la propia sentencia en la que acaban por imponer una pena, al delito, que estaba dentro de los términos prescriptivos según los datos fácticos acreditados. Si se hubiera dictado resolución previa a la sentencia, consecuencia de la también previa reclamación llevada a cabo al inicio del plenario (procedimiento abreviado), habría de ser aplicada la tesis de la Sentencia de 16 de febrero de 1998 para que los Jueces esperaran al momento de la resolución definitiva.

En cualquier caso, una vez llegado el momento de sentenciar, aún con las dudas que la doctrina, dividida, quiera hacer resaltar, parece más lógico con el pensamiento del legislador atender a la pena en abstracto, aun cuando después al dictar sentencia, y en virtud de las circunstancias atinentes al caso, se impusiera una pena concreta comprendida entonces en los límites de la prescripción discutida o planteada por el propio Tribunal.

La Sala General de este Tribunal Supremo de lo penal, acordó por mayoría atender a la pena en abstracto, según así consta en el acta levantada con fecha 29 de abril de 1997.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 132.1

*En delito de estafa el cómputo para la prescripción comienza cuando se produjo el desplazamiento patrimonial mediante engaño no cuando se incumplió la obligación contractual*

Único.—(...) Al iniciarse el juicio oral se alegó por la defensa del querellado que debía ser absuelto en base a la prescripción del delito, pretensión que fue rechazada por el Tribunal *a quo* al razonar en el fundamento de derecho primero de la sentencia que de la prueba practicada en los diversos trámites del proceso se desprende que la querrela se interpuso el 10 de mayo de 1996, es decir, antes del transcurso de los cinco años que como plazo prescriptivo establece el artículo 113 del Código Penal de 1973, «dado que el delito se entiende consumado cuando se produce el primer vencimiento de las obligaciones hipotecarias, el 12-6-1991, fecha en que el querellante no recibió cantidad alguna a cuenta de su inversión».

Frente a ese razonamiento se alzan ahora tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal por entender, en esencia, que el delito en cualquier caso había quedado consumado desde el momento de la entrega del dinero y el acuerdo de la contraprestación, es decir, en el año 1990, pues fue en esa fecha cuando se produjo el engaño como elemento principal del delito de estafa y no cuando se evidenció la primera falta de pago, en junio de 1991, pues esta última circunstancia ha de entenderse no como «consumación» sino como simple «agotamiento» del delito.

Ante esa contraposición o antítesis argumental, nos hemos de inclinar por la propuesta recurrente ya que a nuestro entender la Sala de instancia, con su breve razonamiento, está confundiendo lo que supone la prescripción en el área de las acciones civiles con lo que supone este instituto en el área delictiva. En el primer caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, la fecha inicial en que debe empezar a contarse el plazo prescriptivo es aquella en que el demandante pudo ejercitar su pretensión, no antes, debido a que hasta ese momento su derecho, aunque ya nacido con anterioridad al mundo de las obligaciones, sólo puede hacerse efectivo en el momento posterior del incumplimiento. Por el contrario, cuando se trata de un hecho penalmente tipificado no se requiere para ser perseguido (excepción hecha de los llamados delitos privados) de ninguna actividad procesal de los terceros perjudicados, sino que esa posibilidad de averiguación y persecución surge desde el momento mismo de su existencia, bien cuando ya se ha consumado, bien cuando, incluso, simplemente se ha intentado.

En el caso concreto que nos ocupa, el delito de estafa de que se trata quedó consumado con la entrega del dinero y el acuerdo de la contraprestación, es decir, en el año 1990, pues fue en esa fecha cuando se produjo el desplazamiento patrimonial por medio del engaño, elementos ambos que constituyen la esencia de ese tipo delictivo, y no cuando el engañado y estafado pudo ejercitar sus acciones civiles en reclamación de lo que era debido como acepta la Sentencia impugnada.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

*En delito de corrupción de menores (delitos permanentes) el cómputo se inicia cuando cesa la naturaleza delictiva de la actuación del acusado*

Segundo.—(...) El motivo no puede ser estimado. La Sala sentenciadora aprecia razonada y razonablemente que el plazo de prescripción en el delito de corrupción de meno-

res es el de cinco años y que dicho plazo debe computarse desde la mayoría de edad del menor víctima del delito, cuando, como sucede en el caso actual, las acciones sexuales realizadas sobre el menor por el sacerdote acusado, aprovechando el ascendiente moral que sobre él ejercía, se mantuvieron continuamente hasta la mayoría de edad e incluso siguieron realizándose durante un tiempo después de alcanzar dicha edad. El comportamiento corruptor se inició cuando el menor tenía únicamente ocho años, pero se mantuvo de modo permanente hasta que alcanzó la mayoría de edad, intensificándose paulatinamente la entidad de las acciones homosexuales en las que se involucraba al menor, abusando para ello de que su capacidad intelectual y volitiva aún no había alcanzado la madurez necesaria para poder ejercer su actividad sexual en plena libertad.

En consecuencia, el criterio del Tribunal *a quo* al fijar el día inicial para el cómputo de la prescripción en el momento en que la víctima alcanzó la mayoría de edad, que es cuando cesa la naturaleza delictiva de la actuación del acusado, es plenamente correcto.

Tercero.—En el mismo motivo se alega que la Sala sentenciadora ha vulnerado el principio *in dubio pro reo* pues a pesar de reconocer que la denuncia se formuló pocos días antes de que se cumpliesen cinco años desde la mayoría de edad de la víctima, resuelve en perjuicio del reo la duda acerca de si en los últimos días anteriores a la mayoría de edad del menor hubo o no alguna actuación sexual, no aceptando la tesis de la defensa de que el plazo debería computarse desde la fecha en que estuviese plenamente acreditado que se produjo la última relación sexual anterior a la mayoría de edad.

Esta alegación no puede ser admitida, pues, como ya se ha expresado, no nos encontramos aquí ante un delito continuado en el que el término prescriptivo se computa desde el día en que se realizó la última infracción sino permanente, en el sentido de que la influencia corruptora se mantiene continuadamente, reforzándose reiteradamente con frecuentes relaciones sexuales, que no se han sancionado por sí mismas sino como manifestación externa de una influencia permanente, que mantiene al menor en una situación ilícita, sujeto al influjo corruptor del acusado, hasta su mayoría de edad. Por otra parte, constando que las acciones sexuales se realizaban con una frecuencia prácticamente semanal y que continuaron durante un tiempo tras cumplir la víctima los 18 años de edad, el hecho de deducir que también en los días anteriores a dicha fecha tuvo lugar alguna de las frecuentes relaciones homosexuales entre el acusado y el menor, constituye una inferencia razonable que no infringe, en absoluto, el principio *in dubio pro reo*, como sostiene la parte recurrente.

Alega, por último la parte recurrente, dentro de este mismo motivo de recurso, que debió tomarse en consideración como día final para el cómputo del término prescriptivo, la fecha en que se dictó la resolución judicial incoadora del procedimiento y no la de la presentación de la denuncia, alegación que tampoco puede ser admitida pues es doctrina de esta Sala que es suficiente para entender interrumpida la prescripción la formulación de denuncia o querrela contra personas suficientemente identificadas (SSTS 3 de octubre 1998 y 25 de enero de 1999 entre otras), y en el caso actual consta que la denuncia se formuló y se iniciaron en consecuencia las actuaciones policiales para su constatación, contra una persona perfectamente identificada y por unos hechos delictivos bien definidos, once días antes de que se cumpliera el plazo de prescripción.

(Sentencia de 23 de abril de 1999)

*El cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento de la perfección del delito, no del agotamiento*

Quinto.—La primera cuestión que se suscita, en consecuencia, es la de la interpretación de la expresión «desde el día en que se hubiese cometido el delito» (art. 114.1.º

Código Penal 1973) o de la equivalente «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» (art. 132.1 del Código Penal 1995), en el sentido de determinar si, a efectos de la prescripción, el *dies a quo* o fecha de inicio del cómputo, en los supuestos de delitos que se perfeccionan *ex intervallo temporis*, debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta o se omite el acto que el agente estaba obligado a realizar, o bien en el momento en que se perfecciona el delito a través de la producción del resultado.

Ha de ratificarse la doctrina de esta Sala que, como regla general, se inclina por el criterio del resultado (Sentencias de 26 de octubre de 1971, 27 de diciembre de 1974, 21 de abril de 1989 y 26 de octubre de 1993), pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona. La prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico.

Sexto.—Ahora bien, admitido este criterio, ello no es obstáculo para estimar que las acciones delictivas objeto de acusación en el supuesto ahora enjuiciado estarían, en cualquier caso, prescritas. Los hechos objeto de acusación consisten básicamente en que una letra de cambio de 900.000 ptas., con vencimiento el 24 de enero de 1984, fue renovada o sustituida, según los recurrentes, antes de su vencimiento y con compromiso de devolución del título original, por otros efectos mercantiles, entregados para su descuento, pese a lo cual la letra original no fue devuelta, siendo reclamada por la Entidad de Ahorro donde había sido descontada, a través de un juicio ejecutivo instado en 1986. Tras una serie de vicisitudes y dilaciones, los recurrentes abonan finalmente el capital, intereses y costas derivadas del juicio ejecutivo, el 12 de mayo de 1994, habiendo formulado la querrela origen de estas actuaciones cinco días antes, el 7 de mayo de 1994.

Los recurrentes califican estos hechos como constitutivos de estafa, que podría concurrir en el supuesto de que se estimase que el procedimiento de renovación fue fruto de un engaño antecedente, y de apropiación indebida, que podría concurrir en el supuesto de inexistencia de engaño antecedente, por incumplimiento de la obligación de devolución de la letra, ya renovada, con ilícita apropiación de la misma.

Prescindiendo de cuestiones probatorias o de calificación jurídica, y partiendo únicamente de las propias tesis acusatorias, a los efectos exclusivos de examinar la cuestión de la prescripción, resulta indudable que, en cualquier caso, el supuesto delito habría de estimarse consumado, acogiendo el criterio más favorable para las tesis de la parte recurrente, en el momento en que se exteriorizó la voluntad de apropiación, es decir cuando se instó judicialmente en 1986 la ejecución de la letra, pues en tal momento se perfeccionaría definitivamente tanto la estafa, a través de la efectiva disponibilidad del título obtenido engañosamente (caso de concurrencia de engaño), como la apropiación indebida, a través de la definitiva exteriorización de la voluntad de no devolución y consecuente apropiación del título valor indebidamente retenido.

El pago, en fase de ejecución de la sentencia de remate, del capital, intereses y costas derivados de la sentencia condenatoria dictada en el juicio ejecutivo, corresponde a la fase de agotamiento del delito (caso de que efectivamente los hechos objeto de acusación fuesen constitutivos de infracción penal), y no a la consumación delictiva. Dado que transcurrieron más de ocho años desde que la letra, que dicen obtenida o retenida ilícitamente, les fue reclamada judicialmente por la «Caja General de Ahorros de Granada», hasta que, en mayo de 1994, los hoy recurrentes decidieron formular una querrela penal ante la inminencia de la ejecución de la sentencia, siendo el plazo de prescripción de los delitos objeto de acusación de cinco años, resulta indudablemente correcto el criterio del Tribunal sentenciador al apreciar la

conurrencia de prescripción como cuestión previa o artículo de previo pronunciamiento, pues los hechos objeto de acusación, aun cuando resultasen acreditados y fuesen calificados en la forma solicitada por la parte acusadora particular, estarían, en cualquier caso, prescritos.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 132.2

*Interrupción de la prescripción cuando el procedimiento se dirige a personas suficientemente definidas a pesar de no estar identificadas nominadamente (casos de organizaciones delictivas)*

Primero.—(...) Como recuerda la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal, que han puesto de relieve numerosas sentencias de esta Sala. Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio.

La cuestión jurídica que aquí se plantea atañe a la interpretación de la expresión contenida en el artículo 114.2.º del Código Penal de 1973 (hoy reiterada en el art. 132.2.º del Código Penal de 1995 «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable», como momento interruptivo de la prescripción. La doctrina tradicional de esta Sala, mantenida hasta el momento actual en algunas resoluciones (por ejemplo Sentencia de 13 de junio de 1997 estima que el plazo de prescripción hay que extenderlo desde el día en que se comete el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución, pues a eso equivale la frase dirigirse el procedimiento contra el culpable, entendiendo por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa (Sentencias 6 de junio de 1967, 25 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1989, 23 de marzo de 1990, 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, etc.), por lo que para la interrupción de la prescripción del delito «basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores» (Sentencia de 13 de junio de 1997).

Una posición más matizada estima que considerar, sin más, que la mera incoación de un procedimiento dirigido genéricamente a la investigación del hecho equivale necesariamente a dirigir el procedimiento contra todos los que finalmente resultaren responsables, constituye una interpretación poco respetuosa con la redacción del precepto, por lo que es necesaria una valoración individualizada y flexible de cada caso en concreto (Sentencias de 6 de julio de 1990 y 25 de enero de 1994, entre otras), descartando, en cualquier caso, que se haga exigible para entender dirigido el procedimiento contra el culpable, el auto de procesamiento o la citación formal como imputado.

En la actualidad la doctrina mayoritaria de esta Sala respecto del momento interruptivo de la prescripción adopta una posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la

prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya sentencia firme condenatoria) que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas, doctrina acogida sustancialmente en las Sentencias de 25 de enero de 1994, 104/1995, de 3 de febrero, 279/1995, de 1 de marzo, 473/1997, de 14 de abril, 794/1997, de 30 de septiembre, 1181/1997, de 3 de octubre y 1364/1997, de 11 de noviembre entre otras.

Como se deduce de la trascendental Sentencia de 25 de enero de 1994 (caso Ruano), cuando la denuncia se refiere a un delito cometido durante la detención del denunciante o víctima, por quienes le custodian o interrogan, el carácter aparentemente indeterminado o genérico de la denuncia no es obstáculo para que se interrumpa la prescripción contra quienes resultaren responsables, pues en realidad se está señalando de modo inconcuso y directo a las personas que intervinieron en los malos tratos cometidos durante la detención, un círculo cerrado de responsables, y no pueden ignorarse las dificultades existentes para nominarlos individualizadamente, ya que dichos nombres se mantienen generalmente ocultos al perjudicado.

Asimismo la Sentencia núm. 2/1998, de fecha 29 de julio, dictada en causa especial núm. 2530/1995 (caso Marey), aporta una especificación para aquellos supuestos de codelinuencia, en los que se efectúe en un mismo proceso el enjuiciamiento conjunto de un hecho delictivo cometido por una pluralidad de acusados en una misma fecha (por lo que no existe justificación, desde la perspectiva del fundamento, tanto material como procesal, de la prescripción, para estimar que la responsabilidad penal derivada para todos los partícipes por la comisión simultánea del hecho, únicamente subsista para algunos de ellos, pues no parece razonable que el tiempo transcurrido —igual para todos— borre para unos los efectos de la infracción y no para otros), declarando que en estos supuestos, cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que exista una organización, más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse, ha de entenderse que ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aun cuando no exista designación nominal ni identificación individual de los responsables, interrumpiéndose por tanto la prescripción para todos los partícipes, criterio éste de la interrupción simultánea de la prescripción para todos los partícipes de un mismo hecho delictivo enjuiciados conjuntamente, que es también admitido en el Derecho Comparado.

En definitiva, si el fundamento material de la prescripción consiste básicamente en que el transcurso del tiempo legalmente prevenido termina excluyendo la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, no se aprecia fundamento razonable en la pretensión de que dicha necesidad de pena subsista únicamente, en estos supuestos, para los acusados situados en los puestos inferiores de la escala delictiva (normalmente aquellos que resultan más prontamente identificados), y por el contrario se haya extinguido para los mandos superiores o intermedios, lo que incluso podría considerarse discriminatorio, pues todas ellas son penalmente responsables de un mismo hecho delictivo, investigado en un mismo procedimiento que progresa en el tiempo hasta el total esclare-

cimiento del hecho y de sus últimos responsables y todos son enjuiciados simultáneamente, por lo que el tiempo transcurrido –a los efectos de borrar la «memoria» social del delito y eliminar la necesidad de pena– es igual para todos.

En cualquier caso, y como ya se ha expresado, es criterio jurisprudencial firme y consolidado, que la interrupción de la prescripción del delito por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» no exige una inculpación formal, mediante auto de procesamiento a citación formal para prestar declaración en concepto de imputado, bastando que en el procedimiento hayan aparecido ya unas personas determinadas a las que sea legítimo señalar como posibles responsables, para que pueda decirse que contra ellas está dirigido el procedimiento (Sentencias 25 de enero de 1994, 14 de febrero, 14 de abril, 30 de septiembre, 16 y 30 de diciembre de 1997, entre otras muchas).

(Sentencia de 25 de enero de 1999)

*Sólo tienen fuerza interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento: delimitación de tales*

Quinto.—A mayor abundamiento téngase en cuenta que el término de la interrupción del artículo 132.2 del nuevo Código ha de entenderse en relación a los actos procesales encaminados al descubrimiento del delito e identidad de los culpables (Sentencia de 14 de septiembre de 1990), quedando pues fuera de tal ámbito los de mero trámite (ver la Sentencia de 26 de noviembre de 1996). En tan difícil cuestión jurídica, sólo tienen virtualidad interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento. Es decir, únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción, que no se ve afectada por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. La Sentencia de 10 de julio de 1993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción.

El problema es definir lo que ha de entenderse por «contenido sustancial». En ese sentido ha de afirmarse que sólo aquellas decisiones judiciales que constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra culpables concretos producen efecto interruptor. Ello significa, al ahondar más en la cuestión, que no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza, aun cuando no sea de mero trámite ni inocua, para interrumpir el curso de la prescripción. Lo que la Ley exige no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable (ver la Sentencia de 20 de mayo de 1994) de manera concreta e individualizada.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 134

*Prescripción: doctrina general. Aplicación de esta doctrina a la prescripción de las penas cuyo cómputo queda interrumpido por el acuerdo del Tribunal de suspender la ejecución de la pena por petición de indulto*

Tercero.—La prescripción significa la expresa renuncia, por parte del Estado, del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los

efectos de la infracción, institución de carácter puramente material o de derecho sustantivo, ajena por tanto a las exigencias procesales de la acción persecutoria.

Transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención social. Quiere ello decir que el *ius puniendi* viene condicionado por razones de orden público, de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesariedad de una pena y de cuanto el principio de mínima intervención representa (ver las Sentencias de 4 de junio y 12 de marzo de 1993). En conclusión, resulta altamente contradictorio imponer un castigo cuando los fines humanitarios, reparadores y socializadores, de la más alta significación, son ya incumplibles dado el tiempo transcurrido.

Mas, independientemente de tales consideraciones de fondo, justificativas ciertamente de lo que el derecho sustantivo acuerda y resuelve, es importante aquí consignar la viabilidad legal de la apreciación de la prescripción en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal incluso aunque se alegare como cuestión nueva cuando la interposición de la casación, incluso también, se ha dicho ya, en la misma vista del recurso.

A mayor consideración no se olvide que sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción (Sentencia de 8 de febrero de 1995). El cómputo de la prescripción, dice la Sentencia de 30 de noviembre de 1974, no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. La de 10 de julio de 1993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción. Cuando se habla de resoluciones intrascendentes se hace referencia, por ejemplo, a expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones, incluso órdenes de busca y captura o requisitorias (Sentencias de 10 de marzo de 1993 y 5 de enero de 1988). En conclusión, aquellas decisiones judiciales que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, no producen efecto interruptor alguno.

Cuarto.—La doctrina expuesta, con clara referencia a la prescripción del delito, es de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena, en tanto los mismos fundamentos, las mismas causas y los mismos efectos se han de producir y analizar en aquellos supuestos en los que la actividad judicial y la marcha del proceso, globalmente considerado, se paraliza en la fase ya de ejecución de sentencia.

No se trata pues de supuestos acaecidos *ex ante* de la resolución judicial, sino *ex post*, tras la notificación de la resolución judicial o, por mejor decir, tras la declaración de firmeza de la Sentencia que ha de ser obedecida, si queremos respetar y dar cumplimiento a la redacción gramatical de los preceptos sustantivos arriba mencionados. Es cierto, sin embargo, que los casos prácticos traídos a colación ante los Tribunales de Justicia han afectado siempre al problema de la prescripción del delito, quizás porque las posibilidades de interrupción y las incidencias de la tramitación son más evidentes antes de la Sentencia, y no después. No puede olvidarse, ello no obstante, la trascendencia, en la culminación de la justicia de caso concreto, de lo que la fase de ejecución representa. De ahí que el principio de legalidad, estrictamente observado, ha de primar cualquier decisión que haya de adoptarse en estas cuestiones.

Muchos son los problemas que la prescripción, especialmente del delito, plantea en la realidad jurídica, ninguno de ellos aquí cuestionados. Ahora el tema a debatir es claro, concreto y conciso, como a continuación se verá.

Quinto.—Son hechos acreditados que en la Sentencia dictada el 25 de mayo de 1992, declarada firme el 29 de junio siguiente, se condenó al recurrente por dos delitos, uno de falsedad y otro contra la salud pública, cada uno de ellos a la pena privativa de libertad de 6 meses y 1 día y multa, tal se ha dicho más arriba. Tanto en el nuevo Código Penal (artículos 33.3 a), 133.1 y 134) como en el Código Penal derogado (artículos 115 y 116), el plazo de prescripción es de cinco años, y en ambos Códigos el día inicial se computa desde que la Sentencia queda firme, independientemente de lo que sucediera desde la indicada firmeza hasta el día 29 de abril de 1998, que es cuando fue capturado el acusado.

Ocurre, sin embargo, que en este último supuesto de ahora concurre la especial circunstancia de que el propio Tribunal, con el asentimiento del Fiscal y del también propio acusado, suspendió la ejecución de la Sentencia hasta que se resolviera sobre el indulto solicitado por éste al Ministerio de Justicia.

El artículo 4.4 del Código Penal, en su último inciso, permite tal suspensión, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando, de ser ejecutada la Sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

Es entonces obvio que la suspensión acordada por la Sala de instancia tiene necesariamente que paralizar, excepcionalmente, los efectos de la prescripción de la pena. Ello conlleva, naturalmente, la desestimación del recurso en tanto el nuevo Código no es, en consecuencia a lo dicho, más beneficioso para el reo, independientemente de lo expuesto en orden al artículo 4.4 del Código de 1995.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1999)

## ARTÍCULO 138

### *Animus necandi: criterios para su determinación*

Primero.—Como recuerda la Sentencia de 2-4-1998, desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un homicidio (asesinato o parricidio) frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que, en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el *animus laedendi* o como homicidio por existir *animus necandi* o voluntad de matar.

Tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto.

Dichos criterios de inferencia pueden concretarse en los siguientes:

a) La dirección, el número y la violencia de los golpes —Sentencias, por todas, de 23 de marzo, 14 de mayo y 17 de julio de 1987, 15 de enero de 1990, 31 de enero, 18 de febrero, 18 de junio, 11 de octubre y 6 de noviembre de 1991, 30 de enero, 4 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 764/1993, de 5 de abril, 50/1994 y 1062/1995, de 30 de octubre.

b) Las condiciones de espacio y tiempo –Sentencias de 21 de febrero de 1987, 18 y 29 de junio, 11 de octubre, 6 de noviembre de 1991, 2 de julio de 1992, 9 de junio de 1993 y 2167/1994, de 14 de diciembre.

c) Las circunstancias conexas con la acción –Sentencias de 20 de febrero de 1987, 18 de enero, 18 de febrero, 29 de junio, 10 de octubre y 6 de noviembre de 1991, 17 de marzo, 13 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 386/1993, de 23 de febrero, 764/1993, de 5 de abril y 2132/1993, de 4 de octubre, 50/1994, de 14 de enero y 1062/1995, de 30 de octubre.

d) Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito –Sentencias de 12 y 19 de marzo de 1987, 29 de junio y 10 de octubre de 1991, 17 de marzo, 13 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 9 de junio de 1993 y 351/1994, de 21 de febrero.

e) Las relaciones entre el autor y la víctima –Sentencia de 8 de mayo de 1987–.

y f) La misma causa del delito.

Mas esos criterios inferenciales, descritos de forma ejemplificativa, no son únicos y, por ende, no constituyen un mundo cerrado o *numerus clausus*, ya que cada uno de ellos no presenta carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente desenmascaradora de la oculta intención.

Pues bien, el recurrente considera que la inferencia efectuada por el Tribunal sobre la existencia del ánimo de matar es errónea, dado que su defendido, por ser un experto cazador, si hubiera tenido intención de matar hubiera disparado a otra zona más letal, como la cabeza, nuca o espalda, hubiera utilizado otro proyectil más mortífero y también podría haber insistido en el ataque.

Tal pretensión –reveladora de un proceso de evaluación paralela comprensiblemente interesado– no descalifica la opción resultante de la apreciación de todos los elementos antecedentes, coetáneos y subsiguientes a la acción que el Tribunal sentenciador ha extraído del conjunto de observaciones inherentes al principio de inmediación. La esencial imposibilidad de calificar de errónea, arbitraria, ilógica o contraria a las reglas del criterio humano, la deducción efectuada por el órgano judicial anula la potencialidad rectificatoria que aparentemente imprime a su alegato quien recurre, pues de los hechos probados lo que se deduce de manera coherente –tal como recoge el fundamento jurídico primero de la combatida– es la presencia del elemento subjetivo cuestionado.

El procesado, no sólo había amenazado a la víctima a través del alguacil del Ayuntamiento el mes anterior, diciendo «que le iba a matar» y «que le iba a pegar un tiro», sino que el día de los hechos le estaba esperando en la calle con su escopeta de caza del calibre 12, cargada con perdigones del calibre cuatro, por lo que el agredido al verle, echó a correr hacia el Ayuntamiento oyendo al procesado decir «no corras hijo de puta, que de ésta no te escaparás», y cuando se hallaba subiendo ya los escalones de entrada, el procesado, a la distancia de dos metros, alzó la escopeta y le disparó hacia la región lumbar alcanzándole en el costado derecho, penetrando por la nalga y alcanzando la cavidad abdominal a nivel de la fosa ilíaca derecha provocando diez perforaciones intestinales y alojándose diecisiete perdigones entre el meso intestino delgado, el epilón mayor y la propia pared abdominal, todo lo cual le hubiera causado la muerte de no haber sido trasladado inmediatamente al hospital donde fue intervenido de urgencia.

En consecuencia, y aun cuando sólo se hiciera un disparo, la intención homicida es evidente: el perdigón de calibre cuatro utilizado es apto para matar, la zona alcanzada era vital, si la víctima no murió fue debido a la inmediata intervención quirúrgica

y, precisamente porque el procesado es un experto cazador, consiguió alcanzar al agredido, a pesar de que éste salió corriendo y se hallaba subiendo ya los escalones de entrada al edificio municipal.

Por otra parte, una vez realizado el disparo, el acusado no auxilió al señor C. sino que se ausentó del lugar con el convencimiento de haberlo matado como lo acredita el hecho de que se entregara a la Guardia Civil afirmando que «acababa de pegar un tiro al Alcalde».

El comportamiento descrito es, por sí mismo, ilustrativo de una secuencia de objetiva agresividad que, tanto por la potencia letal del arma utilizada como por la proximidad del disparo y zona corporal herida, exterioriza intenciones que exceden con mucho de las meramente lesivas. Si a ello se añade que las expresiones vertidas por el acusado y la conducta desarrollada por éste antes, durante y en los momentos inmediatamente posteriores al hecho evidencian, de un lado, una decidida determinación de consumir sus amenazas y, de otro, la ausencia de una acción auxiliadora o de asistencia al herido que, de no ser intervenido quirúrgicamente de urgencia, hubiera fallecido, no cabe sino ratificar la existencia del *animus necandi*, lo que significa, obviamente, el rechazo de la tesis recurrente.

(Sentencia de 23 de febrero de 1999)

### ARTÍCULO 139.3

*No existe ensañamiento en muerte por ahorcamiento sin que consten males añadidos para aumentar deliberadamente el dolor de la víctima*

Primero.—(...) Se alega, en defensa de la aplicación de la agravante de ensañamiento, que han concurrido hechos de por sí suficientes para apreciar dicha agravación de aumentar, no importa que lo sea de forma física o psíquica, deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Y se argumenta, en defensa del motivo, entre otros extremos, que en el caso de autos concurren elementos como la privación de libertad, con intimidación física y psíquica, de una chica joven, a la que se le amenaza durante un muy largo tiempo a punta de navaja, cuando se encontraba tirada en la parte trasera de una furgoneta, obligándola durante un trayecto de más de seis horas a proporcionar todo tipo de datos, tanto personales como relativos a su familia y allegados, hasta terminar, en una fábrica de ladrillos abandonada en el término municipal de Numancia de la Sagra, atada de pies y manos con cinta adhesiva y oyendo a los secuestradores deliberar, discutir, sopesar y sentenciar finalmente —con toda crueldad— su inmediato y fatal destino, todo ello contribuye a la génesis de una angustia mayor y de un sufrimiento escalofriante, y tuvo que apercibirse necesariamente, por las características del angosto lugar, de la decisión de acabar con su vida ahorcándola, causándole una lenta agonía al haberle colocado sus asesinos una cuerda alrededor del cuello, después de haber realizado un nudo complejo cuya característica era impedir la regresión al ser tensado.

Lo que se acaba de exponer por la acusación particular, en defensa de la concurrencia de la agravante de ensañamiento, no se corresponde exactamente con el relato fáctico que se hace en la sentencia de instancia. Se entremezclan hechos que se declaran probados con otros que no se consignan como probados y éste Tribunal de Casación, dado el cauce procesal esgrimido, está obligado a ceñirse a aquello que el Tribunal sentenciador declara como ocurrido. Y en ese relato se dice que cuando discuten y llegan a la conclusión de que deben acabar con su vida lo hacen en una estancia contigua a aquella en la que se encontraba Anabel S., sin que se haga constar que

la víctima pudo escuchar la conversación y aunque el Tribunal de instancia reconoce, al rechazar esta circunstancia de agravación en el primero de sus fundamentos jurídicos, que «es innegable que en la muerte por ahorcamiento la víctima puede percibir que está perdiendo la vida irremediablemente, y padecer por ello un sufrimiento psíquico y físico consustancial al propio hecho luctuoso», añade que «los medios empleados y anteriormente descritos son los necesarios para asegurar la ejecución del delito, y no para aumentar deliberadamente el sufrimiento».

Ciertamente, conforme a la doctrina de esta Sala, el relato de hechos probados que se hace por la Audiencia de Toledo no permite la apreciación de la agravante postulada.

Tiene declarado esta Sala que la agravante de ensañamiento se caracteriza por la presencia de la complacencia en el sufrimiento causado a la víctima, elemento subjetivo que entraña el íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad provocando, con conciencia y voluntad decidida, los elementos objetivos que le son propios consistentes en males innecesarios y máximo dolor y sufrimiento a la víctima en la acción homicida (cfr. SSTS de 25 de abril de 1988 y 24 de septiembre de 1997).

La crueldad innegable que acompañó a la acción de los acusados y la brutalidad de la agresión, no viene acompañada, en el relato fáctico de la sentencia, de males realizados precisamente para aumentar el dolor de la víctima y al margen de los que se necesitaban para ejecutar la acción delictiva y queridos por los sujetos activos del delito de manera directa e inhumana precisamente para aumentar su dolor.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 142

### *Delitos imprudentes: doctrina general y determinación del grado de culpa*

Segundo.—(...) La conducta imprudente o culposa se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una acción u omisión voluntaria de la que esté ausente todo dolo directo o eventual; b) un elemento subjetivo consistente en el desprecio a las racionales consecuencias nocivas de la acción u omisión, siempre previsibles, prevenibles y evitables, y que distinguen la culpa consciente de la culpa inconsciente según que el peligro que entraña la conducta haya sido efectivamente previsto o hubiera debido serlo; c) el elemento normativo, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado que se integra no sólo por la respuesta exigible al hombre consciente y prudente, sino también por las reglas que impone la experiencia común, gran parte de las cuales forman parte de las normas reglamentarias que rigen la vida de la sociedad y en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro, hallándose en la violación de tales principios o normas sociales o legales, la raíz del elemento de la antijuricidad detectable en las conductas culposas o imprudentes; d) la causación de un daño; y e) la relación de causalidad entre la acción u omisión descuidada e inobservante de las mencionadas normas, y el daño sobrevenido. En síntesis, la infracción culposa o imprudente supone un resultado lesivo y previsible y un vacío, de mayor o menor envergadura, en el respeto y observancia del deber de cuidado que el ordenamiento legal y las reglas que impone la convivencia de las personas que forman el grupo humano exigen cuando se desarrolla una actividad peligrosa susceptible de ocasionar daños a los demás.

La determinación del nivel o grado de la culpa corresponde al órgano juzgador, que habrá de proceder a una delicada labor valorativa *ex post facto*, analizando cuidadosamente los elementos básicos de la culpa penal, evaluando la cualidad e intensidad de la desatención, en función del riesgo desencadenado por esta torpe actuación del

agente, a la entidad del deber objetivo de precaución omitido, que vendrá a su vez determinada por las circunstancias cognoscibles por el ciudadano medio y por el sujeto activo del hecho en concreto y las reglas de la experiencia y las legales que marcan la pauta de procedencia en la situación de que se trata (véase la STS 14 de febrero de 1997, que contiene, *in extenso*, las consideraciones consignadas, junto a las sentencias que en ella se citan; también, entre otras, la STS 15 de abril de 1997).

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

*Atropello a peatón por conductor con alcohol en sangre de 1,68 g/l, circulando con exceso de velocidad; creación de riesgo desaprobado corresponde en exclusiva al conductor; no concurrencia de culpas*

Segundo.—(...) Con independencia de que en sede teórica la hipotética concurrencia de culpa de la víctima, nunca podría disminuir la entidad de la culpa del conductor, porque la situación de culpa en uno y otro no neutraliza ni degrada la más grave sino que daría lugar a una situación en la que habría que valorar y calificar en su caso las diversas culpas que se apreciaran, con incidencia —si acaso— en la materia de indemnización civil, de conformidad con el artículo 114 del Código Penal, es claro que en el presente caso no se está en presencia de concurrencia alguna relevante ni penal ni civil por parte del peatón por lo que la creación del riesgo desaprobado debe imputarse exclusivamente al conductor dada su ingesta alcohólica durante toda la noche como reconoció en la declaración sumarial obrante al folio 20, ingesta alcohólica que si bien en las pruebas de etiolometría alcanzó una tasa de 0,88 a las 10.45 h y de 0.83 a las 11.08 h, en la prueba más exacta de alcohol en sangre, la que se le extrajo a las 11.25 h —folio 8—, arrojó un resultado de 1,68 mg/l como se evidencia al folio 44. Desde esta realidad se evidencia una importante ingesta alcohólica con clara incidencia en la conducción materializada en dos aspectos: conducción desatenta y a velocidad superior a la legalmente permitida con imposibilidad de controlar el vehículo, teniendo en cuenta las características de la vía: tramo recto, tres carriles en el mismo sentido con seto central y con otros tres carriles en el sentido contrario, y a las características climatológicas: diez horas de la mañana —folio 13, atestado policial y reportaje gráfico de los folios 30 y siguientes—, por todo ello debe reputarse exclusivo creador del riesgo que tuvo como consecuencia el atropello del peatón, atropello que equivale a la realización del mismo peligro creado por aquella acción sin que la acción del peatón de cruzar por el paso de cebra existente en sitio bastante alejado al punto de cruce pueda en este concreto caso tener relevancia alguna —ni siquiera en clave de responsabilidad civil en la línea prevista en el artículo 114 del Código Penal—, ante la enormidad de la conducción peligrosa asumida por el recurrente.

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

*Puñetazo en el abdomen que causa la muerte al estar afectada la víctima por el SIDA: imputación objetiva: concreción de peligro en el resultado*

Único.—(...) 2. La jurisprudencia de esta Sala (confróntese entre otras SSTS de 12-6-1989 recurso núm. 3168/1986); 17-7-1990 (recurso núm. 811/1988); 30-5-1991 (recurso núm. 6219/1988); 2-12-1991; 29-5-1992 (recurso núm. 4892/1989); 3-6-1992 (recurso núm. 6393/1989); 17-10-1992; 12-2-1993 (recurso núm. 1704/1990); 21-12-1993 (recurso núm. 2986/1992); 26-6-1995 (recurso núm. 1791/1994) y

28-10-1996) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar –como precisa el cuidadoso dictamen de la señora Fiscal– que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

En el presente caso, la cuestión de la causalidad natural no ofrece la menor duda: de acuerdo con la fórmula de la teoría de la condición (*conditio sine qua non*), si el acusado no hubiera golpeado a la víctima, ésta no habría sufrido las lesiones que le provocaron la muerte.

Tampoco da lugar a dudas que golpear a otro constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado. Sin embargo, es precisa una mayor reflexión respecto de la cuestión relativa a si la muerte es la realización del peligro creado por la acción. Al respecto la Sala debe alertar respecto de cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de la previsibilidad del resultado. El resultado puede ser previsible y, sin embargo, no ser la concreción del peligro. En realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado. Dicho de otra manera: se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se encuentra sometido ya a una situación de riesgo. Esta es la situación en la que se encontraba la víctima cuando se produjo la agresión del acusado, dado que sufría del síndrome de inmunodeficiencia adquirido. Pero, es claro que la muerte no aparece en este caso como la concreción de los efectos del SIDA, ni como una mera variante de ellos, sino como la realización del peligro implícito en el puñetazo que recibió el occiso; es evidente que la víctima no murió a causa del SIDA. Esta conclusión puede ser fundamentada también desde el ámbito de protección de la norma, dado que las normas que protegen la integridad corporal y la vida no dejan fuera de protección, respecto de los peligros provenientes de las agresiones, a los que padecen tal enfermedad, es decir a quienes están sometidos a un riesgo futuro de cierta indeterminación en el tiempo.

3. Distinto es el problema de si el acusado pudo saber o haber supuesto que el agredido padecía de SIDA y que esto favorecería ciertas consecuencias de su puñetazo. Pero esta cuestión, que, a diferencia de la de la imputación objetiva, sólo afecta al tipo subjetivo, ha sido adecuadamente considerada en la sentencia recurrida al excluir el dolo respecto del resultado de muerte. La pretensión del recurrente en relación a la exclusión de la imprudencia no puede ser fundamentada en la imposibilidad del autor de conocer la patología sufrida por el fallecido, como lo sostiene el recurrente, pues el deber de cuidado, es decir, la prohibición de ejecutar una acción que entraña un riesgo superior al permitido, no depende del conocimiento del autor de todos los elementos de la situación en la que actúa. La argumentación del recurrente, en verdad, traslada a la imprudencia exigencias que corresponden sólo al dolo.

Sin embargo, todo esto no prejuzga sobre la gravedad de la imprudencia del acusado, cuestión que es sustancial para decidir sobre la aplicabilidad del artículo 142 CP. En este sentido se debe señalar que en los casos en los que el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre –como en este caso– la gravedad de la imprudencia debe ser degradada. Conse-

cuentemente, en el presente caso sólo podría ser subsumido bajo el tipo de la falta del artículo 621.2 CP, cuya aplicación, sin embargo, no se puede materializar pues en la causa no se cumplen las condiciones de procedibilidad previstas en el núm. 6 de dicho artículo.

(Sentencia de 29 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 147

*Adopción de la forma dolosa al comienzo de la acción y causación de un resultado no querido pero previsible: delito doloso de lesiones en concurso ideal con otro de lesiones por imprudencia*

Único.—(...) Entiende el Ministerio Público que «las lesiones descritas en el *factum* conforman un supuesto, al menos a título de dolo eventual respecto a las consecuencias del ánimo lesivo que se describe, con datos objetivos que así lo acreditan» ya que, al no especificarse nada al respecto, cuando se produzcan cualesquiera de los resultados contemplados en los actuales artículos 149 y 150, ya sean producidos por dolo directo, indirecto o eventual, deberán de aplicarse las penas señaladas en los mismos. Por ello, si la jurisprudencia de la Sala ha admitido en cuanto a la gravedad o no de la deformidad, una modulación de la doctrina que estima siempre la pérdida de piezas dentales como deformidad, en aquellos casos que tenga una menor entidad por tratarse de una pérdida de una pieza aislada quizá sean éstos los supuestos que deberán quedar reservados al carácter no grave de la deformidad y, por lo tanto, subsumibles en el artículo 150, como es el caso de autos.

En apoyo de su tesis y aun cuando la existencia de la deformidad se asuma en la combatida, el Fiscal dedica una parte de su recurso a citar sentencias de este Tribunal definidoras de tal resultado lesivo, por lo que no resulta comprensible la conclusión impugnatoria que —salvo que se trate de un error material— afirma que «por ello ha sido correctamente apreciada en la sentencia de instancia la inclusión de los hechos enjuiciados en el artículo 420.3.º (sic) del Código Penal en su anterior redacción vigente en el momento de su comisión», cuando en el suplico del recurso lo solicitado es la casación y anulación de la combatida «para que se dicte otra más ajustada a derecho».

Por contra, el Letrado que impugna el recurso sostiene que el recurrente se limita a analizar la infracción que, a su juicio, ha cometido la sentencia recurrida, pero sin efectuar razonamiento alguno tendente a desvirtuar la tesis sostenida por la Sala sentenciadora en orden a la aplicación por parte de la misma, en relación con los hechos que declara probados, de la figura de las lesiones, bajo su nueva tipificación de comisión por imprudencia grave del artículo 152.1.3.º, en relación con el artículo 147 y en concurso ideal del artículo 77, todos del Código Penal vigente.

Abierto así el debate, hemos de precisar que la conducta descrita en el *factum* —de necesaria reproducción a estos efectos—: «Sobre las 2 horas del día 8 de marzo de 1997, con ocasión de encontrarse José Luis V. C. frente a la puerta del Pub “Mercedería”, sito en la calle Duque de Sevillano de esta capital, se acercó a él el acusado David M. D., mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual recriminó que viniera molestando a su novia Soraya C. O., con quien con anterioridad había mantenido relaciones de noviazgo José Luis. Llegando el acusado a agarrarle por la pechera, desprendiéndose del cuello de José Luis dos cadenas de oro tasadas en 33.700 pesetas. Dándole el imputado un cabezazo que le hizo caer al suelo, causándole heridas de las que curó en diez días, tras precisar tratamiento traumatológico y odontológico, sufriendo la pér-

didada del incisivo superior central derecho. Los honorarios satisfechos a un dentista ascienden a 115.000 pesetas. José Luis V., al ser auxiliado por sus amigos para llevarle a un centro hospitalario, se apercebíó de la pérdida de las dos cadenas, lo que le indicó a aquéllos, desistiendo de buscarlas» (sic), es examinada por el Ministerio Público a la luz de la doctrina jurisprudencial referida al delito de lesiones dolosas, bien a título de dolo directo o de dolo eventual, haciendo un análisis retrospectivo del antiguo artículo 421.2 del Código Penal derogado en relación con los artículos 418 y 419 del mismo Código, para concluir, en síntesis, que en la actualidad las lesiones sólo tienen cabida o tipificación en los vigentes artículos 149 y 150, cuando se producen los resultados lesivos contemplados en dichos preceptos, en el caso de autos, «pérdida de incisivo superior central derecho».

Pues bien, dicho alegato recurrente no entra a considerar que en el Título de las Lesiones del nuevo Código Penal, se ha introducido, de forma novedosa, la figura de las lesiones causadas por imprudencia grave (art. 152 NCP), que son, igualmente y de forma severa, castigadas, como en el caso de autos, con la pena de prisión de seis meses a dos años, en los supuestos de las lesiones del artículo 150 es decir, pérdida de miembro no principal, deformidad, etc., lo que, según la doctrina reseñada en el escrito de impugnación del recurso, evidencia que el nuevo Texto Legal ha puesto fin a la significación de los delitos imprudentes mediante cláusulas genéricas de incriminación para tipificar ahora los delitos imprudentes en particular, tal como se define en el vigente artículo 12 NCP, en su relación, en este caso, con el precitado artículo 152, por lo que se propugna la aplicación de una solución de concurso ideal de delitos ya que la prevención especial de la imprudencia, contenida en el artículo 152 NCP, con referencia específica a cada uno de los resultados previstos por los correspondientes delitos dolosos, viene a resolver definitivamente la adecuación al principio de culpabilidad de la regulación jurídico-penal de las lesiones.

Las Sentencias de esta Sala de 15-3-1997 y 22-12-1997 —ésta citada en la recurrida— abundan en la postura interpretativa adoptada en la instancia en términos asumibles de refuerzo argumental por lo que su desarrollo —expuesto en el fundamento jurídico primero y, específicamente, en el epígrafe 4 o 5 de dicho apartado— debe ser acogido en este trance, pues en razón de su contenido, hemos de tener por agotada la respuesta jurisdiccional que la cuestión planteada merece; eso sí, dejando a salvo que —frente a lo que se afirma en la resolución recurrida— no puede predicarse con la contundencia que ésta refleja la necesidad de un dolo específico como exigencia ineludible incorporada a la descripción del tipo del artículo 150 NCP, sino que basta un dolo genérico de lesionar que, en el caso enjuiciado, no ofrece signos de presencia a pesar de existir nexo causal entre la acción del agente y el resultado lesivo. De ahí que se imponga la consideración necesariamente culposa de la acción ejecutada. Términos calificadores que —dadas las peculiaridades del hecho— excluyen, por supuesto, cualquier tentación de invocaciones generalizantes salvo las propiciadas por una identidad circunstancial que permita inferir en términos de lógica racionalidad la misma apreciación del elemento subjetivo cuestionado una vez que éste adoptó la forma dolosa genérica al comienzo de la acción y su resultado ulterior comportó un plus *in effectu* no querido pero previsible. Ambos componentes se engarzan en un híbrido delictivo doloso-culposo que, sin necesidad de revisar el concepto de la deformidad como resultado, encuentra proporcionalidad y adecuado acomodo en la fórmula adoptada por el Tribunal Provincial cuyo encaje legislativo fluye ahora con naturalidad en el nuevo Código Penal ante la inexistencia del anterior subtipo agravado del artículo 421.2.º, pues dicho Texto Legal impone un tratamiento punitivo no diferenciado por la intensidad del dolo sino por la gravedad del resulta-

do (149-150), propiciando, a la vez, la evaluación correcta de la tenue línea definidora del dolo y la culpa al diseñar el castigo de las acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente esté previsto por la Ley (art. 12, art. 152). Por todo ello el motivo se rechaza.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

### *Concepto de tratamiento médico*

Segundo.—El concepto del tratamiento jurídico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere.

La propia expresión típica del artículo 147 del Código Penal nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

De ahí que jurisprudencialmente se haya señalado que por tal debe entenderse «toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico» (cfr. STS 2-2-1994). «Aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquélla no es curable... siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica» (cfr. STS 9-2-1996).

En la STS 3-6-1997 se declara que el tratamiento médico se integra, también cuando se «haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que comportan un riesgo de una perturbación no irrelevante para la salud».

En las SSTs 21-10-1997 y 9-12-1998 se requirió la existencia de una planificación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa dispuesto tanto para curar una enfermedad como para tratar de reducir sus consecuencias o impedir una recuperación dolorosa.

De lo anterior podemos colegir que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlos remedio.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

Octavo.—El segundo motivo, anteriormente explicado, ha de resolverse sobre la base del nuevo relato histórico, si no fuere suficiente lo que por su parte se relata por la Audiencia.

El problema no deja de ser sugestivo, interesante y discutido. La determinación del concepto al tratamiento médico o quirúrgico atinente, sigue siendo objeto de controversias doctrinales, aunque la postura del Tribunal Supremo (entre otras muchas ver las Sentencias de 26 de febrero de 1998 y 30 de abril de 1997 que después se repetirá), es ya unánime y reiterada.

Dejando de lado los problemas inherentes a la distinción entre el delito de lesiones y la falta de lesiones, artículos 421 y 582 del anterior Código, en aquellos casos en los que, aun no habiendo tratamiento médico o quirúrgico, habría de llegarse al delito en consideración a la forma y manera con que la en principio presunta falta se hubiere producido, tema en el cual el criterio de la Sala Segunda hubo de rectificarse a la vista de la redacción del nuevo artículo 617, más favorable para el acusado que el primitivo 582, dejando de lado tal cuestión, se repite, lo que ahora interesa es definir aquel tratamiento en relación con las lesiones concretas originadas ahora.

El nuevo artículo 147.1 responde en esencia al antiguo artículo 420 y a la filosofía que propició la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, si bien el precepto de ahora se refiere expresamente a la objetividad que ha de presidir la necesidad del tratamiento técnico más arriba dicho, independientemente de que se asevere que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

La solución ha de venir por la aplicación de la doctrina de esta Sala a la concreta relación fáctica asumida por los Jueces de la instancia. En la línea marcada por la Sentencia de 30 de abril de 1997, ha de ponderarse, racionalmente, el análisis de los dos presupuestos indicados sin olvidar, en este sentido, el objeto cortante con el que se causaron las lesiones, las cicatrices y las secuelas también referidas.

Noveno.—De acuerdo con la doctrina de esta Sala Segunda (Sentencias de 12 de julio de 1995, 27 de diciembre, 10 de noviembre y 14 de junio de 1994), en el delito de lesiones, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, ha de tenerse presente la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de sustituir el espíritu tradicional de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad venga determinada no tanto por el tiempo o sanidad de la lesión cuanto por los medios o formas de su causación, aunque un cierto resultado fáctico haya de ser exigible, pues el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un «algo material» (Sentencia de 27 de diciembre de 1994).

Es así que prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico. Si el primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico significa cualquier acto de tal naturaleza, cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar en su más amplio sentido, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.) inmersas todas en las consecuencias penales del acto lesivo, lo que la Sentencia de 28 de febrero de 1992 denomina «tratamiento reparador del cuerpo».

La Sentencia de 6 de febrero de 1993 definía el tratamiento médico como aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo

que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica (Sentencia de 2 de junio de 1994). No obstante, se trata de una cuestión que ha de mirarse con mucho cuidado. La *lex artis* es indicativa de una «necesaria actuación», porque las simples medidas de prevención no serán tratamiento médico propiamente dicho. De lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, de la misma manera que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, médico o quirúrgico.

De todas formas, y por encima de dicha doctrina y volviendo un poco a lo más arriba apuntado, es evidente que el concepto del tratamiento médico ha de entenderse en sentido más bien abstracto o genérico en aquellos casos en los que por las razones que fueren no se acude a dicho tratamiento a pesar de que «naturalmente» sea obligado el mismo a la vista de las características de la lesión o herida producida.

Décimo.—La doctrina precedente puede complementarse con otros supuestos de caso concreto que coadyuvan al esclarecimiento de la cuestión. La Sentencia de 12 de julio de 1995 es altamente esclarecedora por su conexión al supuesto de ahora.

Tal resolución estima, con referencia a una cicatriz de tres centímetros, con puntos de sutura, que el delito se produce porque la naturaleza de dicha herida implica el tratamiento. Nada significa el que en ese supuesto hubiera también otra herida mayor en cuanto a distinta lesionada, o que se hablara de herida incisa. Lo importante es señalar que el tratamiento médico o la actuación quirúrgica supone, en tesis sustentada por la Sentencia de 18 de junio de 1993, «la costura con que se reúnen los labios de una herida» porque ella es precisa para restaurar el tejido dañado. La sutura de la herida, los puntos que se aplican a la misma y su posterior restauración dan lugar al delito (ver la Sentencia de 28 de febrero de 1992). Siempre que sea necesario reparar el cuerpo humano, restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, se estará en presencia del tratamiento quirúrgico.

Si nos vamos al *Diccionario de la Lengua*, vemos como sutura significa (derivado del latín *suere*) la costura acabada de reseñar. Herida punzante es la producida con un instrumento o arma aguda y delgada. Cicatriz es la señal que queda en los tejidos orgánicos después de curada una herida o llaga. Por último, la costura supone simplemente la acción y efecto de coser.

Con tales definiciones demostrativas de lo que aquí aconteció, resulta difícil sustraerse a la existencia del tratamiento quirúrgico. Fuera de lo que sería la mera vigilancia médica posterior, ya ha quedado dicho que el tipo penal ha de responder a la realidad de lo acaecido, sin que en ningún caso pueda quedar la figura delictiva al criterio o capricho del facultativo o del lesionado cuando, ante una herida, se omite por las razones que fueran, la intervención técnica, ya sea médica ya sea quirúrgica. De igual modo tampoco cabe que desde el punto de vista jurídico se asuman o se rechacen conceptos técnicos propios de la medicina por encima de la realidad objetiva ofrecida por la propia ciencia médica, que es precisamente lo que aquí acontece. Es la objetividad a la que el precepto penal se refiere. Objetivamente hubo herida punzante, hubo cicatriz, hubo sutura. Ello implicaba el tratamiento quirúrgico, sea quien fuere el facultativo interviniente o la denominación que esa actividad médica quiera merecer.

Lo acaecido comporta de por sí el tratamiento médico o quirúrgico del precepto. No se puede ir contra la evidencia que, en este caso, proclama una realidad física evidente. Es así difícil sustraerse a la petición que se contiene en el segundo motivo que ha de estimarse al ser los hechos constitutivos del delito de lesiones del artículo 147 (la reciente Sentencia de 30 de abril de 1998 abunda en la misma tesis cuando se refiere a lo que denomina «sutura de aproximación»). Lo que ocurre es que en este

caso, aparte de haber acaecido los hechos bajo la vigencia del Código de 1973, resulta esta disposición más benigna que la correspondiente del Código de 1995, no obstante queda a salvo el derecho posterior del acusado, o de los acusados, para solicitar en su caso la revisión de las penas.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 148.1

### *Instrumentos peligrosos: concepto; necesidad de concreta identificación*

Tercero.—El tercer motivo de recurso, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, alega infracción de los artículos 147 y 148 del Código Penal 1995. Estima la parte recurrente que no procede la aplicación de la agravación prevenida en el artículo 148.1.º del Código Penal 1995 (que en la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado), dado que no se ha acreditado el instrumento utilizado que tanto podría haber sido una cadena como una cuerda o una goma que golpease el ojo de la víctima casualmente, por lo que no habiéndose encontrado cadena alguna y pudiendo haberse dado el golpe por la agresora (una mujer mayor, de 67 años de edad), con una simple cuerda de las que existen en el trastero donde se produjeron los hechos, no debió apreciarse la referida agravación.

Como señala la Sentencia núm. 832/1998, de 17 de junio, la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración. De un lado una estimación de carácter objetivo, que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor; de otro, el componente subjetivo, que se construye a partir de la intensidad, intencionalidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima.

Este concepto de instrumentos concretamente peligrosos, sustentador de una notoria agravación punitiva, no puede ser interpretado con tal amplitud que vacíe de contenido la función garantista del principio de tipicidad, y es por ello por lo que esta Sala tiene declarado, en relación con la expresión genérica medios o instrumentos peligrosos, que a los efectos de su valoración es necesario contar con una suficiente descripción o concreta identificación del elemento de que se trata (SSTS 29 de septiembre de 1995 o 15 de abril de 1998), a fin de poder efectuar la estimación de carácter objetivo acerca de su naturaleza, forma y composición que constituye el elemento básico, o material del análisis de su peligrosidad.

En el caso actual no consta una suficiente descripción o identificación del instrumento utilizado («un objeto que “podría ser” una cadena de hierro o artilugio similar» según se expresa literalmente en el hecho probado) y, además de ello, los términos hipotéticos del relato fáctico le impiden servir de sustrato suficiente a la apreciación de la agravación (el objeto «podría» ser una cadena o artilugio similar, pero también «podría» no serlo, conforme al relato fáctico, por lo que la duda debe resolverse en favor del reo).

Como señala la reciente Sentencia de 30 de noviembre de 1998, cuando no constan suficientemente las características del instrumento utilizado, para poder evaluar con seguridad su condición de elemento originador de un peligro real y efectivo, las dudas existentes al respecto deben resolverse a favor del reo, pues no cabe admitir apriorismos contrarios al acusado, por lo que en el caso actual dado que el hecho probado carece de la contundencia y claridad necesaria para servir de fundamento fáctico a la aplicación de una agravación punitiva, admitiendo la hipótesis alternativa de la

defensa (también «podría» ser que la acusada —de 67 años de edad— hubiera utilizado una cuerda u otro objeto no específicamente peligroso tomado del trastero donde ocurrieron los hechos), procede la estimación del motivo, eliminando la agravación apreciada.

(Sentencia de 8 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 152.1

*Se considera persona y no feto al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado: Ginecólogo que diagnostica cólico nefrítico en mujer embarazada, con omisión de actuaciones elementales, cuando los dolores provenían de que se había iniciado el parto*

Primero.—(...) Esta Sala, en un supuesto similar al que ahora nos ocupamos, y en la Sentencia a que hace referencia el Ministerio Fiscal, de 5 de abril de 1995, se decantó en favor de la tipicidad de la conducta como delito de lesiones por imprudencia, afirmando que no se vulnera el principio de legalidad, esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos: «en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en SS. de 29 mayo 1965, 5 mayo 1988 y 1 abril 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 marzo 1988 y 4 octubre 1990. En conclusión, afirmado como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad».

La tipicidad de conductas como la que nos ocupa en el presente recurso ha sido sostenida, por lo expuesto, en la doctrina de esta Sala.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

El caso que examinamos en el presente recurso de casación no se refiere a una vida humana en formación, muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno.

El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos

el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una «persona», el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal.

Esta Sala, en la Sentencia 746/1996, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento. Por consiguiente, y así se infiere de dicha sentencia, a partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona.

Debe, igualmente, tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, otra cosa no puede entenderse cuando el artículo 147 del vigente Código Penal y el artículo 420 del Texto derogado, con notoria amplitud, se refieren a causar lesión por cualquier medio o procedimiento. Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 9 de junio de 1998, que la reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/1983 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Queda, pues, afirmada la legalidad de la aplicación del delito de lesiones al caso que nos ocupa, en cuanto resulta perfectamente acreditado, por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que el objeto de la acción, en este caso omisión, y el bien jurídico protegido coinciden en una criatura ya formada y en un tiempo en el que ya se han producido en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión, que el acusado confunde con dolores lumbares consecuentes a un cólico nefrítico. El nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona.

Segundo.—Afirmada la legalidad de una posible calificación como delito de lesiones, pasamos a examinar si los hechos son constitutivos de imprudencia temeraria como solicita el Ministerio Fiscal en su recurso.

Un repaso a los momentos más importantes del suceso permiten fundamentar, sin duda, una imprudencia temeraria con resultado de lesiones, que se tipifica como delito de lesiones por imprudencia grave en el Código Penal de 1995.

Así, reiterando lo antes expresado, el acusado es médico-ginecólogo que se encarga de la asistencia al embarazo y parto de doña María de las Nieves M. D. Pese a que el embarazo, que en principio fue gemelar, llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada, diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico. Indica su ingreso en una clínica, donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de «trabajo de parto»), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Una hora después, sí lo hizo una matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con asistencia del acusado. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral.

El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada «acción», que también podemos llamar «comisión», y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada «omisión».

Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: *a*) una situación típica; *b*) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y *c*) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de doña María de las Nieves M. D.

Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de «trabajo de parto»; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario.

No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible.

El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asis-

tencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Y así viene descrito en el relato histórico de la sentencia de instancia. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inexcusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno.

Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo eso se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia no se asienta en el error de diagnóstico, aunque en este caso sea bien patente, sino en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención del parto cuando era exigida.

El carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado.

Tercero.—La ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso un delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152 del Código Penal de 1995, en relación con el artículo 149 del mismo Texto Legal, ya que las secuelas producidas se subsumen en una grave enfermedad somática prevista en este último precepto.

El número 3.º del artículo 152 dispone que cuando las lesiones fueran cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años. Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han interesado su aplicación. Mayor agravación supone la imprudencia profesional en el Texto de 1973, en el que se configura como una agravación de la temeraria, que determina la imposición de las penas del artículo 565 en su grado máximo.

Reiterada jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece, en el artículo 565, párrafo segundo del Código de 1973, y apartado 3.º del artículo 152 del Código de 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por un dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta «imprudencia profesional», caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (cfr. Sentencias de esta Sala 29-3-1988, 27-5-1988, 5-7-1989, 1-12-1989, 8-6-1994, 8-5-1997 y 16-12-1997).

En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia profesional. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles

para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos *—lex artis—* que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.

(Sentencia de 22 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 163

*Detención ilegal: encerrar y detener; bien jurídico protegido. Diferencia con coacciones. No procede la aplicación del tipo privilegiado, pues no es que se diera libertad a la víctima dentro de los tres días sino que ésta se escapó*

Segundo.—La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

El delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal de los artículos 480 y 481 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (ver también la Sentencia de 1 de marzo de 1994).

(...)

Quinto.—En el segundo motivo, que ha de ser igualmente desestimado, se plantea una cuestión nueva puesto que la circunstancia de que el acusado hubiera puesto en libertad a la víctima dentro de los tres primeros días, desde la privación del derecho a la deambulación, como causa de atenuación de la responsabilidad, es un tema jurídico no debatido en la instancia. Sabido es que, en principio, no cabe traer a la casación, *per saltum*, cuestiones no discutidas ante la Audiencia, pues ello supondría faltar a

principios tan elementales del proceso (bilateralidad, contradicción y buena fe) que siempre y en cualquier caso han de ser tenidos en cuenta por las partes.

De otro lado, y entrando en el fondo del problema, sin necesidad de conocer los detalles de lo que las facultades discrecionales, no arbitrarias, suponen en los jueces cuando ejercitan su función jurisdiccional (ver por todas la Sentencia de 14 de mayo de 1999), es evidente que, según el *factum* recurrido, faltan los requisitos precisos para aplicar el susodicho artículo 163.2. Es así que, como dice el Fiscal, el culpable no dio la libertad a la detenida, sino que fue ésta la que, a pesar de las amenazas y de la violencia física contra ella ejercida, supo de manera ingeniosa «escapar» a la acción criminal. No se olvide que el delito quedó ya consumado cuando la víctima estuvo quince minutos atada, con la cinta aislante, de pies y manos. El hecho de que después fuera desatada por el acusado no puede influir en el tipo penal, puesto que esa supuesta libertad no era tal, si se tiene en cuenta que, condicionalmente, la víctima siempre estuvo vigilada por el recurrente que pretendía lograr que aquélla retirare la denuncia por amenazas contra éste, interpuesta tiempo atrás, siendo la «vigilada» la que, como se ha dicho, se las ingenió para lograr definitivamente la libertad que el acusado, de una u otra manera, le había arrebatado.

Hemos, pues, de ratificar plenamente la desestimación de los dos motivos.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

*Concurso con delito de robo: víctima de robo a la que se le priva de libertad durante tres horas*

Primero.—(...) El robado y lesionado fue privado de libertad casi tres horas y ello comporta una duración excesiva para que pueda ser consumida tal privación de la libertad deambulatoria por el delito de robo violento en un concurso de normas y se produzca un concurso delictivo. Como ha señalado la reciente Sentencia 1184/1998, de 8 de octubre, «Conocida por su reiteración es la doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por la que venimos diciendo que todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una cierta limitación de la libertad ambulatoria del ofendido al que durante la comisión del hecho no se le permite moverse del lugar o se le traslada a otro para obtener el lucro propio de esta clase de infracciones —Sentencias de 9-7-1986, 3-5-1990, 12-4-1991, 21-10-1991, 26-6-1992, 3 y 18-5-1993, 30-10-1993, 7-4-1994, 10-7-1995, 7-10-1995, 9-5-1996 y 17-12-1997, entre otras muchas—. Y añadimos aquí que cuando la duración de esa privación de libertad es excesiva concurre con el robo el delito de detención ilegal, ambos englobados antes en la figura compleja de robo con toma de rehenes (art. 501.4.º CP/1973) y ahora ordinariamente en régimen de concurso ideal porque se superponen las acciones propias de la privación de libertad con las generadoras del atentado contra la propiedad, de tal manera que se puede afirmar que hay un solo hecho (art. 77 CP/1995)», que excluyó del concurso ideal la duración de la privación de libertad aunque sean minutos.

Mas no sólo con esta doctrina jurisprudencial en atención a la duración, también la razonada y razonable argumentación del Tribunal de instancia es acogida por esta Sala. Ya se había producido el apoderamiento de diversos objetos con violencia. La obligada permanencia en el vehículo persigue después que el detenido revele el número para marcar con la tarjeta en el cajero automático y que les acompañe para evitar cualquier engaño. Existe otra fase, etapa o período diferente y posterior a un robo consumado y la privación de libertad de la víctima no concluyó por voluntad siquiera de los acusados. Ya habían conseguido, después de diversos maltratos, que el

detenido les proporcionara la clave numérica, pero como no lograron extraer el dinero, continuaron con la privación de libertad y el maltrato, sólo concluido por la oportuna intervención policial.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

*Obligar a un taxista, intimidándole con un revólver, a circular por diversas calles: concurso con delito de robo de uso*

Quinto.—El cuarto apartado del recurso sirve de soporte a una denuncia de infracción, por aplicación indebida del artículo 163 y de inaplicación del artículo 172, ambos del Código Penal de 1995.

Nuevamente debemos referir el pasaje del relato de hechos probados que soporta fácticamente la figura delictiva cuestionada. Se dice al respecto que: «A continuación, Miguel Ángel B. B., a bordo del radiopatrulla citado, continuó su marcha hasta que, al llegar a la c/ Alcalá lo abandonó y esgrimiendo el revólver citado, se introdujo en el taxi matrícula M-...-LW que conducía su propietario Mariano Merino Martín al que colocó un revólver en el costado obligándole a dirigirse a la Avenida de Logroño hacia Tres Cantos y luego por Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, trayecto que duró unos 40 minutos hasta que al llegar a la altura de los estudios de “Antena 3”, el acusado abandonó el vehículo dándose a la fuga» y en el fundamento jurídico primero apartado C) se justifica la calificación jurídica que el recurrente estima inadecuada en los siguientes términos: «el delito de detención ilegal sólo exige la privación de la facultad deambulatoria, tal y como existió en el supuesto de autos ya que el acusado, con la amenaza continua que suponía el revólver colocado en el costado de Mariano Merino Martín, le obligó durante un período de tiempo dilatado, superior a los 40 minutos, según el testimonio de aquél, a circular por distintas calles y carreteras y a permanecer en el interior del vehículo sin permitirle abandonarlo».

Al respecto conviene recordar que el delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que, anímicamente, se ve constreñido en contra de su voluntad, y, por último, el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo.

Pues bien, frente a tales elementos estructurales no parece de recibo alegar que la sentencia describe un delito de coacciones y no de detención ilegal «ya que el taxi es un servicio público y el acusado compelió a la víctima a hacer lo que no quería, sin impedirle de forma absoluta su libertad de movimiento, ya que en definitiva le coaccionó para realizar el itinerario que quería el pasajero, con la única finalidad de escapar a la persecución a que estaba sometido y no privar al taxista de su facultad ambulatoria», pues ello conduciría a la conclusión de que la utilización obligada, bajo

la amenaza de un revólver, de un servicio público no integrará nunca el delito de detención ilegal, bajo el sarcasmo no sólo del carácter público del servicio sino de la posibilidad de libertad de movimientos aunque fuere bajo la presión de la exhibición de un arma lo que, por falta de razonabilidad, no merece sino nuestro rechazo, al igual que el motivo que le sirve de vehículo expositivo.

Sexto.—El quinto apartado del recurso censura la infracción, por aplicación indebida, del artículo 244 del Código Penal.

Insiste el autor del recurso en respetar el contenido del apartado tercero del *factum*, no obstante lo cual sostiene que no se produjo sustracción del vehículo a motor tipificado en el precepto que se denuncia como vulnerado ya que «el acusado ni se hizo directa y personalmente con el goce temporal del vehículo de motor, ni privó transitoriamente al titular del mismo del *ius utendi*, por lo que «su actuación no está tipificada en la citada norma sustantiva y debiera subsumirse en el delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal».

Ante tal alegato parece razonable aceptar la impugnación aducida por el Ministerio Público, pues el obligar bajo la amenaza de un revólver a un taxista a realizar un servicio usando el vehículo de aquél, integra el delito del artículo 244.1 del Código Penal además del de detención ilegal. Cuando el Código Penal sanciona la conducta de la sustracción temporal de un vehículo de motor no lo hace con la exigencia de que quien realiza la sustracción sea al tiempo su conductor. De ahí que la solución adoptada por el Tribunal *a quo* además de acomodarse a parámetros de indiscutible ortodoxia al aplicar «a efectos punitivos el artículo 77 del Código Penal, por cuanto, aun no existiendo entre ambas acciones un concurso ideal propiamente dicho —ya que objetivamente la detención ilegal no era necesaria para cometer el delito de robo de uso—, es indudable que estamos en presencia de un solo hecho constitutivo de dos delitos» conduzca, con su ratificación, al rechazo de la pretensión recurrente.

(Sentencia de 22 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 164

*El tipo agravado de secuestro se produce aun cuando a la hora de solicitar el rescate ya se había dado muerte a la víctima*

Segundo.—(...) Se combate la no apreciación por el Tribunal de instancia del tipo cualificado de detención exigiendo rescate a que se refiere el apartado 1.º del artículo 481 del Código Penal de 1973 o la figura de secuestro exigiendo alguna condición para ponerla en libertad prevista en el artículo 164 del Código Penal de 1995, no compartiendo el criterio del Tribunal de instancia de no apreciar este subtipo agravado por el hecho de que se causara la muerte de la víctima dos días antes de la primera llamada telefónica que realizó el acusado Cándido O. a la familia S., es decir, por el hecho de haber sido asesinada Anabel antes de la petición de rescate, por lo que la comisión del más horrendo crimen es el «elemento» que se ha tenido en cuenta para aliviar las penas de sus ejecutores. Y se afirma, en contra del razonamiento empleado por el Tribunal de instancia, que la expresión «para ponerla en libertad» se está refiriendo a la exigencia del rescate que se está pidiendo a la familia y desde el punto de vista de ésta lo que importa es que se crea que su hija se encuentra todavía con vida.

Este motivo debe ser estimado al compararse los razonamientos expresados en defensa del motivo.

Ciertamente, esta Sala, especialmente en sus más recientes sentencias, se ha pronunciado en la misma línea mantenida por el recurso.

Así, no ha dudado en aplicar el subtipo agravado de detención ilegal bajo rescate, en grado de frustración o tentativa, en aquellos casos en los que resultaba acreditado el propósito de pedir rescate y no pudo realizarse la privación de la libertad ambulatoria, bien por resistencia de la víctima, bien por venir en su ayuda terceras personas, o por otras causas, como son exponentes las Sentencias de 20 de noviembre de 1991, 17 de mayo de 1996 y 23 de abril de 1997, expresándose en la última de las citadas que «el comienzo de ejecución de este tipo penal, por lo tanto, se dará cuando el autor haya comenzado la acción típica que, obviamente, consiste en el intento de privar de libertad a su víctima, que en el presente caso no ha sido puesto en duda. En consecuencia se dan todos los elementos necesarios para la configuración del tipo objetivo de la tentativa del delito del artículo 481 CP. También se dan los elementos subjetivos. En efecto, los autores han comenzado la ejecución sabiendo que privaban de su libertad a la víctima y lo han hecho con el propósito de exigir un rescate. En la medida en la que el tipo subjetivo del delito se da en forma completa nada obsta a la apreciación de la tentativa, dado que ésta es de apreciar precisamente en los casos en los que se acredita la existencia de todos los elementos del tipo subjetivo, pero no llegan a realizarse todos los del tipo objetivo».

Y el tipo objetivo de este supuesto agravado se presentará completo cuando a la efectiva privación de libertad se sume la petición de rescate, aun en el supuesto de que no se obtenga el rescate o el cumplimiento de la condición exigidos (cfr., entre otras, SSTs 19-3-1997 y 15-10-1997).

En la Sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1991, y ante la alegación de los recurrentes, para negar el tipo agravado de rescate, de que no existía retención ni detención ilegal cuando se verifican las llamadas, razona dicha sentencia, para justificar el tipo agravado, que el intento de retener a la víctima no se explicaría adecuadamente sin el complemento de las ulteriores llamadas telefónicas, que dan significado concreto a aquel hecho, que, en otro caso, podría haber sido valorado en forma distinta. En cualquier secuestro de personas, con fines de rescate, la comunicación telefónica —o por cualquier otro medio es lógico que se produzca con posterioridad a la privación de libertad de la víctima. Y en términos parecidos se declara la Sentencia de 24 de octubre de 1998, en la que se dice que «carece también de relevancia que el recurrente haya exigido el rescate varios meses después del día en el que se produjo la desaparición, dado que lo cierto es que lo hizo... En ningún caso el delito de detención ilegal requiere que la exigencia del rescate sea inmediata. ... lo cierto es que esto sólo demuestra que en mayo del año siguiente al secuestro la víctima ya no estaría en poder del acusado (cuando se pidió el rescate).

Desde hace años, un sector doctrinal viene señalando que, cuando se exige rescate para poner en libertad a la persona detenida, el texto legal se refiere a la detención ilegal de persona diversa de aquella a quien se exige el rescate, por lo que el sujeto a quien dirige la petición de rescate no es a la persona detenida sino otra bien distinta, afirmándose que de exigirse el rescate al mismo detenido el hecho constituiría una modalidad del delito de robo.

Lo cierto es que en el supuesto que examinamos el propósito de exigir rescate surge desde el mismo momento en el que se decide privar de libertad a la víctima y, una vez materializada la detención, se obtienen la información y datos precisos para una más efectiva petición de rescate, que como antes indicaba la jurisprudencia de esta Sala, generalmente coincidirá con un momento posterior, no importando el tiempo transcurrido, siempre que tal petición se produzca. Si eso sucede el tipo objetivo y el tipo subjetivo se habrán completado y el delito estará consumado, con independencia de que se haya conseguido obtener el rescate, ya que ello pertenece al estadio del agotamiento del delito y sin que el tipo exija, al momento de solicitar el rescate, que la

víctima se encuentra viva, siempre que los destinatarios de la petición así lo crean y se vean compelidos a atender una petición de rescate para lograr la libertad de una persona en la que confían que está todavía con vida.

Esas circunstancias concurren en este caso habiéndose cumplido cuantos requisitos se hacen precisos para subsumir la conducta de los dos acusados en un delito consumado de detención ilegal bajo rescate o, conforme al texto actualmente vigente, en un delito de secuestro.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 167

### *Detención ilegal cometida por funcionario: doctrina general y delimitación con otras figuras: coacciones, cacheo y simple retención*

Cuarto.—El segundo motivo, por análogo cauce casacional, denuncia la igualmente inaplicación indebida del artículo 184 del Código de 1973, que acoge el delito de detención ilegal cometido por funcionario.

Necesario es, en cualquier caso, ratificar, una vez más, la doctrina jurídica a sendos artículos sustantivos atinente. La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

El delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal de los artículos 480 y 481 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (ver también la Sentencia de 1 de marzo de 1994).

Quinto.—Mas esa doctrina, últimamente mantenida en la Sentencia de 7 de octubre de 1998, ha de ser adecuada a la detención llevada a cabo por funcionario público, en este caso policías municipales. La Sentencia de 24 de febrero de 1997, matiza

cuanto al delito contenido en el artículo 184 del viejo Código, hoy artículo 167, se refiere, incluso diferenciando lo que la privación de libertad supone, en el contexto dicho en el fundamento anterior, en su relación con la simple retención o, incluso, con el simple cacheo.

Las Sentencias, entre otras muchas, de 25 y 1 de abril de 1996, 3 de noviembre y 11 de junio de 1992, matizaron cuanto se refiere al delito de detención por funcionario público del citado artículo 184. Podrá discutirse la legitimidad del cacheo como sometimiento no ilegítimo a las normas policiales de vigilancia e investigación en defensa de la legalidad, del orden y de la seguridad ciudadana. Acto en el que la arbitrariedad y la proporcionalidad se constituirán en definidores de la cuestión sin sometimiento a las reglas del artículo 17 constitucional si de simples actos de retención se trata, lo que no obstante ha de analizarse con suma prudencia y ponderación. Pero, desde la perspectiva contraria, lo que no puede defenderse es la conducta de quien, al amparo de las prerrogativas que como agente del orden le corresponden, convierte la simple y rutinaria retención en una privación auténtica de la libertad deambulatoria.

En el delito del artículo 184 late la idea de una actuación abusiva, con una consciente extralimitación de poder. El dolo específico supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal. Conciencia pues de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión. El funcionario priva de aquella libertad deambulatoria ilegalmente, no obstante actuar en principio dentro de su competencia. Se quiere decir que la acción nuclear del tipo viene conformada por el verbo detener en su más amplio significado, lo cual implica muy distintas maneras de proyección delictiva aunque la infracción quede perfeccionada desde el instante en que se constriñe la voluntad de la persona para libremente deambular.

Queda ahora fuera de lugar cuanto se refiere al factor tiempo como determinante esencial de la infracción (ver por todas la Sentencia citada de 3 de noviembre de 1992). Ya la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 1980 no admitió ni siquiera la distinción entre privación y restricción (o vigilancia especial de una persona), al estimar que entre una y otra no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia.

Si no hay razones jurídicas que amparen el derecho y la obligación del policía para privar de libertad a una persona, artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 445.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la actuación realizada conforme a los postulados antes descritos suponen la conculcación del Código. Incluso la simple retención obligada, si es perceptible, se puede a veces identificar con la detención. Aunque dentro de lo que ha de ser un justo equilibrio, habrá situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del tipo penal. Porque mal puede darse cumplimiento al artículo 104.1 de la Constitución Española protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizando la seguridad ciudadana, si no se pudieran realizar determinadas actividades de prevención. De ahí que las sentencias del Tribunal Constitucional hayan marcado los límites de lo permisible. La Sentencia de 10 de julio de 1986 subrayó que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de libertad (cuando se obstaculiza la autodeterminación, por propia voluntad, de una conducta lícita) queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución. Mas las de 18 de febrero de 1986 y 7 de octubre de 1985, señalaban que la puesta en práctica de normas de Policía sobre identidad y estado de los conductores, no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución, lo que en alguna medida es trasladable al caso de ahora por lo que a la doctrina reseñada se refiere.

Es, se insiste, un problema de límites, dado que en este país, a diferencia de lo que por ejemplo acontece en Francia, no está regulada la figura concreta de la retención. El funcionario ha de extremar el uso de las facultades importantes que la ley le confiere. Su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito. Tal conducta merece el reproche del legislador.

Difícil se hace, a la vista de todo lo que en aras a la mejor comprensión se acaba de expresar, asumir el delito de detención ilegal. Precisamente la investigación oficial que se seguía, la rapidez con la que los hechos acontecieron y las circunstancias de toda índole que junto a la agresión se padecieron, impide hablar de tal figura delictiva. Pudo haber habido errores, y errores graves, pudo haber habido retención de la persona, mas no con la trascendencia necesaria para conculcar el artículo antes dicho, sin perjuicio de que en otras vías legales puede la víctima hacer las reclamaciones que en este aspecto le correspondan.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 172

*Coacciones versus detención ilegal: principio de especialidad; coacciones es el género y detención legal la especie. Elementos*

Segundo.—(...) Entiende quien recurre que el acusado debió de ser condenado —dados los hechos declarados probados— por un delito de detención ilegal en lugar de por un delito de coacciones.

Antes de proseguir el análisis de este apartado del recurso conviene destacar que en el frontispicio de lo que haya de razonarse en el seno de la dialéctica casacional que abre el planteamiento recurrente y como referencia obligada de todo el contexto argumental ha de estar presente el contenido literal del *factum* de la recurrida, dada la exigencia de respeto integral al mismo impuesta por la vía elegida.

A partir de esa indiscutible premisa conviene recordar los diseños jurisprudenciales que caracterizan las figuras delictivas mencionadas. Así —tal como recogen, entre otras, las Sentencias de 27-10-1995, 30-3-1996 y 4-10-1996—, el delito de detención ilegal del artículo 480 del antiguo Código Penal, que se corresponde con el artículo 163 del vigente ahora, es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución su aplicación, ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Por otra parte, la doctrina mantenida por esta Sala respecto de tal figura delictiva de las coacciones exige para su existencia:

a) de una conducta violenta ya material o «vis physica», ya de intimidación o «vis compulsiva», y de la que puede ser objeto tanto el sujeto pasivo como terceras personas, o cosas de su uso o pertenencia;

b) que esa conducta tenga la finalidad de impedir hacer lo que la ley no prohíbe o impedir a realizar lo que no se quiere hacer sea justo o injusto;

c) la conducta violenta ha de revestir un grado de intensidad importante para distinguirla de las coacciones leves del artículo 585.4.º del anterior Código Penal (ahora 629 del nuevo);

d) se precisa que los agentes del hecho obren con ánimo tendencial de restringir la ajena libertad;

e) los actos en que la violencia se concrete han de ser ilícitos desde la perspectiva de las normas de convivencia social y jurídica;

y f) el agente del hecho no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (Sentencias de 15 de abril y 6 de noviembre de 1993, 19 de enero de 1994 y 6 de octubre de 1995).

Si bien es cierto que el factor tiempo —en lo que a la duración de la restricción de libertad personal se refiere— es elemento a considerar para diferenciar los delitos de detención ilegal y coacciones, no lo es menos que la distinción entre ambas figuras ve reducido su alcance generalizante y se inclina más por referencias casuísticas comparativas en las que juega con carácter predominante el principio de especialidad en tanto que el delito de coacciones es considerado el género y el de detención ilegal la especie (en tal sentido son ilustrativas las consideraciones que al respecto se contienen en las Sentencias de 13-2-199 y 17-4-1997).

Es el criterio hermenéutico últimamente citado el que permite homologar en el presente supuesto la calificación jurídica cuestionada. El *factum* afirma —con detalles que se eluden para evitar innecesarias reiteraciones— que: el acusado se encontró con Edurne en el bar que habían acordado y mientras tomaba una consumición aquél contó lo que estaba sufriendo por la ruptura de la relación e invitándola a subir al coche para trasladarla a su domicilio, aquélla accedió. Sin embargo el acusado se dirigió hacia el monte Arnaiz mientras le conminaba a reanudar la relación enseñándole una navaja, impidiéndole salir del vehículo, aunque posteriormente salieron ambos del vehículo (...). En otro momento posterior Edurne se cambia con la ropa que llevaba (...) durmiendo asimismo en el propio vehículo (...). Después se dirigen a Portugaleta (...) se detiene él en el barrio de Basurto y desde una cabina se pone en contacto con su familia (...) ya en Portugaleta van al bar «Sutegui» permaneciendo hora y media (...). Edurne entra en el servicio y deja tres notas de socorro (...) después buscan habitación en un hotel para dormir sin conseguirlo (...) el coche aparca a pocos metros de la Comisaría de Zalburu sin salir por la situación de atemorización (...).

De tal relato lo que se desprende no es un definido propósito y una terminante consecuencia de privar de libertad al sujeto pasivo de la acción, sino la constatación de una prevalente aceptación de la situación generada por la amenaza de un comportamiento violento por parte del acusado. Dicho matiz diferencial —explicado por la Sala *a quo* en el referido fundamento jurídico segundo— autoriza a asumir sus propios términos pues, tal como se dice en dicho razonamiento, «el relato de hechos probados responde básicamente a la declaración de Edurne A., sin embargo no se puede acoger los elementos que insertados en sus manifestaciones ponían el énfasis en el ataque a su libertad de movimientos, de locomoción o ambulatoria, Edurne se introduce en el vehículo voluntariamente, no fue obligada a subir al mismo, aunque subió al coche para que la llevara a casa y el procesado se dirigió al monte Arnaiz y, aunque durante la estancia en el monte Arnaiz estuvo impedida un tiempo no determinado de salir del coche por la acción del procesado, bien que esta inmovilización deba valorarse desde la acción siguiente en las que se constata que fue a varios sitios no encontrándose privada de su capacidad ambulatoria pero sí en la situación de la amenaza de un comportamiento violento de José Antonio y el acoso que sufría supusieron una violencia

moral suficiente para obligar a Edurne a manifestar que su intención era reanudar la relación sentimental con José Antonio interrumpida meses atrás. Y es esta situación lo que vertebra la figura de la coacción. No se trataba de escapar de un lugar puesto que la voluntad de Edurne no era irse sino evitar el acoso que sufría por la insistencia de José Antonio a continuar una relación sentimental no deseada e impedir que continuase con la presión psíquica.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 178

*Agresión sexual. La consumación se alcanza, con independencia de que el sujeto logre satisfacer sus deseos, cuando la víctima se ve obligada a soportar en su cuerpo maniobras de contenido sexual*

Cuarto.—(...) El acusado siguió a una joven desde la estación de ferrocarril hasta el domicilio de ella, y en cuanto la joven entró en el portal aprovechando que se detenía para abrir el buzón de correos, se abalanzó sobre ella, le introdujo sus manos en la entrepierna, una por delante y otra por detrás, la arrojó al suelo y se tiró encima de ella, forcejeando, tratando de vencer su resistencia e intentando despojarla de la ropa, hasta que debido a sus gritos y tenaz resistencia, se levantó y huyó. Si la acusación se hubiese formulado desde la perspectiva de una acción encaminada al yacimiento el grado de ejecución sería efectivamente el de tentativa, pero la pena legalmente prevenida sería, en tal caso, superior (de un año y seis meses a seis años de prisión, art. 179 en relación con el art. 62 del Código Penal 1995) que la prevenida para el delito de agresión sexual consumada (art. 178 del Código Penal 1995, de uno a cuatro años de prisión), que es por el que se ha condenado. Concretándose la acusación a un delito básico de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal («El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años») el grado de ejecución es el de consumación, pues en este delito la consumación se alcanza, con independencia de que el agente logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada, mediante violencia o intimidación, a soportar en su cuerpo las maniobras de inequívoco contenido sexual de que aquél le haga objeto.

(Sentencia de 8 de febrero de 1999)

*La intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva de la víctima*

Único.—(...) c) Con relación al dolo de la violación en los casos de intimidación tampoco es admisible. En efecto, el dolo, como es sabido, requiere el conocimiento del tipo objetivo del delito. Ello también es así en el delito de agresión sexual, en particular en la agresión sexual constitutiva de violación (art. 179 CP). Pero, la intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, toda vez que dicho elemento no puede ser percibido directamente. A los efectos del dolo es suficiente, por el contrario, con que el autor haya sabido que su acción se desarrollaba en un contexto que por sí mismo es intimidante para la otra persona, es decir, que haya conocido

que su conducta —según la experiencia tenía una significación intimidante. Precisamente este conocimiento lo tuvo el acusado, dado que sabía cuál era su posición respecto de la víctima y cuál era la situación en la que ésta se encontraba. Por lo tanto, conviene subrayar que la intimidación contenida en el texto de los artículos 178/179 CP no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. Otra interpretación implicaría que el legislador habría querido desproteger a aquellas personas que por alguna razón (por ejemplo ceguera) no han podido percibir los elementos intimidantes de la acción del autor. Dicho de otra manera, la intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva (psicológica) de la víctima.

(Sentencia de 3 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 179

*Constituye un único delito de violación la penetración bucal seguida de vaginal en corto espacio de tiempo*

Tercero.—(...) En la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida se dice que el procesado, «siempre bajo amenazas, ordenó a la niña que se desvistiera y la obligó a chuparle el miembro viril», y que «acto seguido, la tumbó en un colchón que había en la cabaña y procedió a penetrarla vaginalmente». A primera vista, puede entenderse —como lo ha entendido el Tribunal de instancia— que nos encontramos ante dos hechos típicos sucesivamente perpetrados, un acceso carnal por vía bucal y otro por vía vaginal, que, por lesionar el mismo bien jurídico e infringir el mismo precepto penal —el artículo 429.1.º CP 1973 (hoy 179)— deben dar lugar a un delito continuado. Pero más correcto parece en el caso presente, en que por el corto período de tiempo en que sin solución de continuidad se precipitaron los atentados bien puede hablarse de unidad de hecho en un sentido amplio, considerar que no se cometió un delito continuado sino un delito unitario, en tanto las distintas acciones realizadas por el autor —desde la privación de libertad de la ofendida, a la que obligó a abandonar la casa de su abuelo y acompañarle a la cabaña, hasta la penetración vaginal de que finalmente la hizo víctima— constituyen un supuesto de realización progresiva del tipo. Existe esta modalidad comisiva, que técnicamente permite apreciar un solo hecho, cuando el sujeto se aproxima a la realización del tipo que es objeto de su propósito mediante acciones que ya son punibles, o cuando la ejecución se divide en episodios que son, cada uno de ellos, penalmente típicos. En estos casos, hay un solo hecho y, en consecuencia, un delito unitario porque uno solo es el contexto situacional y una sola la motivación del autor. No existe en estos casos un plan preconcebido sino un solo impulso de la voluntad y los hechos no se producen en ocasiones idénticas sino en una sola ocasión. Cierto es que el acceso carnal por vía bucal constituía en el artículo 429 CP 1973, desde la modificación operada en dicho precepto por la LO 3/1989, elemento objetivo básico del delito de violación, exactamente de la misma forma que el acceso carnal por vía vaginal, e igual acontece hoy en el delito de agresión sexual descrito en el artículo 179 CP 1995. Pero también lo es que, en determinados casos como el presente, una penetración bucal inmediatamente seguida de otra vaginal puede significar, en la mecánica de los hechos y en la motivación del autor, una realización progresiva del tipo de violación aunque cada una de las penetraciones suponga objetivamente un atentado distinto contra la libertad sexual susceptible de ser subsumido de forma autónoma en dicho tipo. Ahora bien, admitido

que el hecho enjuiciado constituye un delito unitario y no continuado de violación, cabe preguntarse si esta modificación de la calificación jurídica tiene alguna practicidad, habida cuenta de que el Tribunal de instancia no hizo uso de la facultad, concedida en el artículo 69 bis CP 1973 (hoy 74), de elevar la pena hasta el grado medio de la pena superior a la correspondiente al delito más grave comprendido en el *continuum* y ni siquiera de la facultad de imponer la pena en su grado máximo. Tiene, sin embargo, practicidad porque si el Tribunal de instancia, pese a la apreciación de la continuidad, estimó justo no hacer uso de aquella facultad e incluso impuso la pena en el límite mínimo del grado medio de la reclusión menor «en razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso», parece igualmente justo que esta Sala, una vez desaparecida la continuidad delictiva que evidentemente comporta una mayor gravedad objetiva, imponga, en razón de las mismas circunstancias aludidas por el Tribunal de instancia, la pena de reclusión menor en el límite mínimo de su grado mínimo. Procede, en consecuencia, estimar el segundo motivo del recurso y dictar a continuación nueva sentencia más ajustada a derecho.

(Sentencia de 29 de abril de 1999)

*Coito vestibular: consideración de acceso carnal*

Tercero.—(...) Tiene declarado esta Sala (cfr., entre otras, las Sentencias de 18 de febrero de 1994, 7 de marzo de 1994, 31 de mayo de 1994, 15 de junio de 1995, 15 de enero de 1998 y 17 de marzo de 1999) que existe acceso carnal en los supuestos denominados de coito vestibular que afecta a los órganos genitales externos, en cuanto los labios «maius» y «minus» forman con la vagina una unidad, de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha, y eso es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en cuanto se expresa en el relato fáctico que «le introdujo el pene en los labios vulvares, eyaculando seguidamente sobre los órganos genitales», extremos de los hechos probados que han quedado debidamente acreditados por lo antes expuesto.

Así las cosas, procede desestimar el motivo al haber sido aplicado correctamente el artículo 182 del Código Penal.

(Sentencia de 14 de mayo de 1999)

*El exigir en tono brusco la realización de una felación cuando la víctima ha consentido ciertos escarceos sexuales no constituye intimidación suficiente*

Segundo.—Hemos de dar razonada respuesta, ante todo, a la pretensión de que ha sido indebida la inaplicación de los artículos 178 y 179 CP, es decir, que han debido ser conceptuados los hechos perpetrados por el acusado como el delito que se llamaba de violación hasta que el nuevo CP lo ha denominado agresión sexual con acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. Si nos atenemos a la narración realizada en la Sentencia recurrida, y ello es obligado en un recurso de casación amparado en el artículo 849.1.º LECrim cual es el interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, nuestra respuesta a dicha pretensión no puede ser afirmativa. El atentado contra la libertad sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179 sólo es típico cuando se realiza con violencia o intimidación y, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la penetración bucal de que el acusado hizo objeto a la supuesta ofendida se llevase a cabo mediante el empleo de fuerza física o moral. Esta Sala tiene

reiteradamente declarado, a partir sobre todo de las ya añejas Sentencias de 17 de marzo y 24 de junio de 1987, que la fuerza física que integra el delito de violación no tiene que ser de una irresistible violencia sino sólo la suficiente y eficaz, teniendo en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran, para vencer la resistencia de la víctima. Igualmente hemos dicho que la fuerza moral o intimidación que debe ser considerada necesaria al mismo efecto no es aquella que genera en quien la soporta una práctica inhibición psíquica ni la que exigiría, para hacerle frente, una entereza heroica y fuera de la común, sino la que razonablemente puede considerarse bastante para infundir el temor de sufrir un mal grave si no se accede a las pretensiones del agente. Pero esta interpretación ponderada y flexible de los medios comisivos que son propios de la agresión sexual, con que se ha buscado la más eficaz protección punitiva de la libertad sexual, no puede llevar a vaciar de contenido los conceptos de violencia e intimidación que figuran en la definición legal del tipo. En el caso de autos –resumiendo brevemente la declaración de hechos probados– el acusado y la supuesta ofendida, que se acababan de conocer aquella madrugada, estuvieron besándose y acariciándose en una discoteca, accediendo luego la mujer a subir al apartamento que le indicó el varón, donde se reanudaron los besos y las caricias en un dormitorio donde había una cama redonda. Es cierto que, en un determinado momento, la mujer dijo que no quería tener relaciones sexuales, pero no lo es menos que, lejos de intentar marcharse para evitar un desenlace que no hubiese sido difícil prever, dejó que el acusado la tendiese en la cama y le quitase los pantalones y las bragas, puesto que no se dice en el *factum* que, para conseguirlo, aquél tuviese que emplear fuerza alguna, como tampoco se hace constar que al cerrar la puerta de la habitación la cerrase con llave. Cuando el acusado intentó penetrar vaginalmente a la mujer, bastó que ésta expresase su negativa y se tapase el pubis con las manos para que el acceso carnal no se iniciase y fue entonces, al decir el procesado en tono brusco y exigente «ahora me la vas a chupar», cuando la mujer accedió a realizarle una felación. A la vista de tales hechos, no sólo puede ser terminantemente descartada –sin esfuerzo argumental alguno– la presencia de violencia o fuerza física sino también la de fuerza moral o intimidación. Pues no cabe pensar que una mujer adulta se atemorice, con un temor suficiente para inducirle a una felación no querida, por el mero hecho de que un varón, con el que hasta ese momento ha mantenido escarceos sexuales de cierta intimidad, se lo exija «en tono brusco». La sùbita brusquedad de la exigencia del acusado no puede ser equiparada a la amenaza de un mal, por lo que si la mujer se sintió intimidada ante «el cambio de actitud» de aquél –cambio acaso determinado porque ella puso fin a sus complacencias en el ejercicio de un indiscutible derecho– esta posible intimidación no podría ser imputada a una acción del acusado sino a una subjetiva y seguramente errónea, definición de la situación por parte de la mujer que, sabedora de que en el piso dormían un hermano del acusado y un amigo suyo, receló que pudieran hacerle daño. Pero, para que pueda hablarse de intimidación como elemento objetivo del tipo de agresión sexual, no basta que el sujeto pasivo se sienta intimidado sino que es preciso que la intimidación sea deliberadamente provocada por el sujeto activo. No constando que esto ocurriese en el caso juzgado, debe concluirse que no fueron infringidos, por inaplicación, los artículos 178 y 179 del Código Penal.

(Sentencia de 3 de junio de 1999)

*Tiene la consideración de intimidación las amenazas que realiza un padre a su hija menor de edad consistentes en decir que se suicidará si no accede a tener acceso carnal con él*

Primero.—(...) Según consolidada doctrina de esta Sala, por intimidación debe entenderse el anuncio o conminación de un mal, grave, personal y posible que des-

pierte en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario que le haga doblegar su voluntad ante lo que se le impone –STS de 22 de mayo de 1992–, ciertamente la intimidación, sin desconocer que los hechos mismos tienen que contener un mínimo coeficiente de idoneidad y significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, resulta más relevante el aspecto subjetivo de la misma en la medida que tiene que ser suficiente atendiendo primordialmente las concretas circunstancias de cada caso y muy singularmente las condiciones y situación en que se encuentre la persona intimidada –SSTS de 2 de junio y 9 de octubre de 1992–. En definitiva la intimidación tiene como presupuesto un mínimo de entidad objetiva, pero en definitiva lo relevante en última instancia en la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima, por lo que las condiciones de ésta y del entorno en que se producen, vienen a ser determinantes.

Desde estas reflexiones, estimamos que en el caso enjuiciado, de un lado se da ese mínimo de entidad objetiva, y con claridad más que suficiente, atendidas las circunstancias de la intimidada, para doblegar su voluntad y acceder a los desordenados apetitos del recurrente. No de otra manera sino como intimidatoria debe calificarse la actitud desarrollada por el padre hacia su hija Diana amenazando con suicidarse si no accedía al acceso carnal –términos reflejados en el *factum*–. En una primera aproximación, pudiera pensarse que la amenaza del mal anunciado –el suicidio–, no recaería sobre la menor sino sobre el autor de la agresión, pero si se profundiza más se puede llegar a la conclusión, de que la intimidación no está constituida por el suicidio sino por hacer responsable a Diana de aquella decisión; de alguna manera este planteamiento es una manifestación del principio de transferencia de culpabilidad, tan utilizado en la dialéctica autojustificativa de la delincuencia terrorista y que trata de hacer responsable a la víctima de la acción del verdugo. En efecto, el recurrente con su anuncio de darse muerte le estaba responsabilizando a su hija Diana de aquella muerte si no accedía a la relación sexual. Se trata de un anuncio serio, inminente y suficiente para la víctima –recuérdese que tenía quince años, y que las relaciones en cuanto a tocamientos ya se habían iniciado años anteriores–, y que el autor de las mismas era su propio padre. Es claro que en estas condiciones la amenaza tuvo los requisitos de seriedad e inmediatez exigibles, y que el perjuicio para la menor se encontraba en cargar sobre su conciencia con la muerte del padre, situación que sin duda supone un ataque no en plano físico, pero sí claramente en el plano moral para la menor con evidente perjuicio para su salud mental e integridad moral, conceptos ambos que pueden constituir el ataque con el que se intimidaba, que por ello no debe reducirse el anuncio de un mal en el aspecto físico corporal –STS de 16 de mayo de 1995.

Esta tesis de que el anuncio de un mal a la indemnidad de la persona, que es la esencia de la intimidación, puede afectar al cuerpo o al espíritu, de igual suerte que el concepto de salud lo es tanto de la física como de la psíquica resulta indiscutible si se tiene en cuenta que la protección que dispensa el Código Penal a la indemnidad de la persona lo es tanto en relación a los ataques a su integridad física como a los ataques a su integridad moral y salud psíquica, como reconoce el Código Penal en los artículos 147 –de las lesiones–, artículo 169 –de las amenazas– y el propio Título VII del Código Penal que lleva la significativa rúbrica «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral».

Procede en definitiva declarar que los hechos fueron correctamente calificados en la Sentencia de instancia como constitutivos de un delito de violación, hoy agresión sexual del artículo 179 que engloba todas las relaciones mantenidas por medio de intimidación que se califican de acuerdo con la más grave de las cometidas que es la violación anal y bucal, las que tuvieron lugar a partir de los quince años de la menor, sólo

que es de aplicación el vigente Código Penal, y por tanto la pena aplicable es la prevista en los actuales artículos 179 y 74.1.º.

(Sentencia de 1 de octubre de 1999)

### ARTÍCULO 180.3

*No procede apreciar el tipo cualificado de víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación si tales características de la víctima ya se tuvieron en cuenta para apreciar la violencia necesaria para la agresión sexual*

Quinto.—(...) Sostiene el Ministerio Fiscal que el relato de hechos probados describe un supuesto de penetración vaginal producido con «violencia», y, al propio tiempo, sobre una víctima especialmente vulnerable.

Para el Ministerio Fiscal, «los hechos probados contemplan..., una situación de violencia que, independientemente considerada respecto de la debilidad mental de la víctima y la situación de estar a solas con el acusado, debe llevar a la aplicación del artículo 179 del Código Penal». Según el *factum*, el acusado tumbó en la cama a la víctima, se situó encima de ella, la introdujo el pene en la vagina impidiéndole la movilidad, e impidiéndola gritar, tapándole fuertemente la boca con su mano, causándole un hematoma en la barbilla. Estos hechos, según el recurrente, implican «la existencia de la violencia exigida en el tipo..., de forma que la circunstancia de debilidad mental y situación personal en el momento concreto —enferma en cama y sola— como circunstancia de ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su enfermedad o situación no implica una doble valoración». La violencia constituye un elemento del tipo, no así la resistencia de la víctima.

El Tribunal de instancia justifica la calificación jurídica de los hechos que declara probados, como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, por estimar que el acceso carnal por vía vaginal —pese a las negativas de la víctima— tuvo lugar «mediante el empleo de violencia». Una violencia que se considera adecuada para vencer la voluntad de la víctima, «en atención precisamente a sus circunstancias personales», «lo que impide la aplicación de la agravación del núm. 3 del artículo 180, solicitada por las acusaciones, pues la vulnerabilidad de Luisa, ...por su deficiencia mental, determinó precisamente que la fuerza empleada por el acusado, que no resultó intensa en el sentido de que, dada la mayor complejión física de Luisa y la ausencia de empleo de ningún medio intimidativo, si no hubiera tenido su capacidad de reacción debilitada por su estado mental, difícilmente hubiera sido suficiente para doblegar la voluntad contraria de la víctima...» (F. 2.º).

Es cierto, como sostiene el Ministerio Fiscal, que la resistencia de la víctima no constituye un elemento del tipo del delito de agresión sexual; pero no lo es menos que la vulnerabilidad de la víctima guarda relación directa con su capacidad para resistir, y que, en todo caso, no puede afirmarse que baste la negativa de la víctima para que surja este delito. Para ello, es menester que la conducta sexual descrita en la correspondiente figura penal se haya llevado a efecto «con violencia o intimidación»; en el sentido de que la «violencia» o la «intimidación» empleadas por el sujeto activo sean razonablemente suficientes para vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, llegue éste a resistirse o no. Por ello, cuando la conducta del sujeto activo, objetivamente considerada, debe calificarse de escasamente violenta —teniendo en cuenta sus propias manifestaciones externas y la ausencia de todo medio intimidativo—, como es el caso de autos, y a ello se une el dato de «la mayor complejión física» de la mujer (v. F. 2.º),

es obvio que la violencia empleada por el acusado fue suficiente para doblegar la voluntad contraria de la mujer por las especiales «circunstancias personales» de ésta. La conducta desplegada por el acusado no le hubiera permitido tener el acceso carnal que tuvo con la víctima con una mujer de las características físicas de la ofendida pero que careciese de las taras determinantes de su especial vulnerabilidad. De ahí que, como acertadamente se sostiene por la Sala de instancia, si estas circunstancias se tienen en cuenta también, al margen de su valoración en lo concerniente a la violencia propia del tipo, se estarán valorando doblemente las particulares circunstancias concurrentes en la víctima —su especial vulnerabilidad—, lo que ciertamente es contrario al principio *non bis in idem*. De ahí que el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 180.5

### *Mera exhibición de la navaja no integra el tipo agravado de hacer uso de armas u objetos peligrosos*

Tercero.—(...) Esta Sala Segunda entiende que no siempre que el sujeto activo de un delito contra la libertad sexual fuerza la voluntad de la víctima con un instrumento susceptible de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 CP, habrá de incardinarse el hecho en el subtipo que establece el artículo 180.5 del Código Punitivo.

La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinnúmero de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este *modus operandi* puede considerarse como «standar» por su frecuencia, y en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el artículo 178 CP, precisamente por ser el modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el núm. 5 del artículo 180 CP exacerba la pena a aplicar «cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...», lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la *mens legislatoris* como una excepción.

En este sentido adquiere particular relevancia la inclusión por el legislador en el texto que comentamos del término «especialmente» peligroso, expresión ésta que no figura en otros preceptos del Código en los que se contemplan supuestos en los que el autor del delito utiliza «medios peligrosos» (sin adjetivar) para la ejecución del hecho. Valga citar como ejemplo el artículo 242.2 CP, en el que se establece una agravación de la pena por el delito de robo «... cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...». Cuando el legislador introduce en la descripción de la acción típica del artículo 180.5 la novedad del adjetivo «especialmente», está manifestando su voluntad de que no todo medio peligroso susceptible de producir la muerte o las lesiones que menciona, deba ser incardinado en este subtipo agravado, sino únicamente aquel que lo sea «especialmente». No se puede desconocer la realidad de que existe una infinita variedad de objetos y utensilios que son susceptibles de producir la muerte o graves lesiones a una persona, pero que no todos deben

entenderse especial y específicamente aptos para ello. Por ello, habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las peculiares características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio, porque lo que resulta claro es que el legislador, al emplear el término «especialmente», está demandando una interpretación restrictiva del concepto «medio peligroso» de suerte que, en ocasiones, una navaja «de normales proporciones» podrá ser considerada como instrumento «especialmente peligroso», pero no en otras, según sean las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Lo que quiere decir que resulta sumamente arriesgado establecer un criterio unívoco al respecto, y que corresponde al Tribunal juzgador examinar en cada caso el supuesto de hecho al que se enfrenta, evaluando todos estos factores para determinar lo procedente. En el caso actual, la Sala de instancia, tras analizar las circunstancias concurrentes ha rechazado la aplicación del artículo 180.5 del CP, razonando que «ha sido una constante en la declaración de la víctima que el arma blanca la exhibió [el acusado] al inicio, pero nunca hizo uso de ella», por lo que considera «no se han usado medios que puedan producir la muerte».

Porque, en realidad, el artículo 180.5 CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos, como el propio Ministerio Fiscal admite en defensa de su tesis. Siendo ello así, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo sería «el instrumento», sino «el uso» que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo. Por consiguiente, si como sostiene el Ministerio Público —y comparte esta Sala— el bien jurídico protegido por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el apartado 5.º del artículo 180 CP lo haya establecido el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios «especialmente peligrosos», siendo esta interpretación acorde con la redacción del precepto que en su inciso final nos habla de «la muerte o lesiones causadas».

Esta interpretación vendría también avalada por otro argumento. Tratándose de agresiones sexuales ejecutadas con intimidación y, por tanto, sin violencia física, la pena establecida por el legislador para el caso de acceso carnal es la de prisión de seis a doce años. Mas, si para estos supuestos en los que la intimidación se alcanza con la exhibición de un cuchillo en el pasaje inicial del suceso, sin que el arma sea utilizada de ningún modo conforme a su propia finalidad, si en estos casos, decimos, se aplicara la agravación del artículo 180.5.º, el sujeto vendría sancionado con una pena de doce a quince años de prisión, es decir, más grave que la asignada al delito de homicidio por el artículo 138, con lo que se llegaría a la indeseable conclusión de que un asalto sexual sin violencia física y sin riesgo de muerte o lesiones, se vería sancionado con pena más grave que un homicidio intencionado. Resultado éste que, aun considerando el enorme valor que debe otorgarse a la libertad sexual de las personas, supondría un indudable atentado al principio de proporcionalidad, esencial en el ámbito del Derecho Penal.

No parece ociosa otra reflexión: si el empleo de un arma blanca, u otro instrumento especialmente peligroso, tiene por objeto intimidar mediante su sola exhibición a la víctima, sin posterior utilización generadora de riesgos para la vida o la incolumidad del así intimidado, la agravación penológica del artículo 180.5.º CP podría suponer un caso de doble incriminación cuando éste haya sido el medio de intimidar a la víctima. Razón por la cual entendemos conveniente insistir en el criterio ya expuesto y que se recoge en recientes pronunciamientos de esta Sala Segunda (SSTS de 17 de

diciembre de 1997 y 21 de febrero de 1998) en el sentido de valorar el análisis del hecho efectuado por el juzgador, que se encuentra, gracias a la intermediación, en inmejorables condiciones para discernir sobre si la simple exhibición del instrumento excede la intimidación propia de la agresión y puede llegar a configurar el subtipo agravado.

No es desdeñable tampoco el hecho de que esta Sala Segunda aprecia la concurrencia en el caso de autos del subtipo agravado previsto en el artículo 180.1 del CP por el carácter particularmente degradante y vejatorio que revistió la conducta del acusado. Teniendo en cuenta que la exhibición de la navaja como medio intimidatorio tuvo lugar al inicio del suceso, desapareciendo luego de la escena, y que durante el resto de las once horas durante las que se prolongó el terrible trance, la joven fue objeto de las violencias físicas, de las humillaciones y demás sevicias que describe el hecho probado, que culminaron con el acceso carnal por parte del acusado; considerando esta realidad, decimos, puede aceptarse que la mencionada inicial exhibición de la tan repetida navaja como medio intimidatorio, se integra y se diluye en buena medida en la ulterior conducta del sujeto activo constitutiva de la violencia física y psíquica especialmente reprobable que contempla el artículo 180.1 del Código Penal.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 181.1

*La violencia ha de ser previa, concurrente o determinante de la acción atentatoria contra la libertad sexual: el enfrentamiento posterior con acompañantes de la víctima es ajeno a este delito*

Segundo.—Su correlativo apartado recurrente toma el cauce del artículo 849.1.º de la LECrim para censurar, como indebida, la aplicación del artículo 178 del Código Penal.

Después de rechazar tal calificación sin otro argumento que la ausencia de ánimo atentatorio a la libertad sexual de la denunciante, el autor del recurso propone como alternativa tipificadora la de la falta de vejación injusta del artículo 620.2.º del Código Penal.

Pues bien, aunque ninguna de las perspectivas que conlleva la propuesta impugnativa que ahora se examina son atendibles en los términos en que están planteadas en tanto que la presencia del *animus* resulta obvia en la descripción de los hechos y la entidad de la acción sobrepasa la línea divisoria entre el delito y la falta, no es menos cierto que la apertura del debate casacional en tales condiciones propicia la formulación de una decisión jurisdiccional en este trance que supone el acogimiento parcial de aquélla a base de reconocer la necesidad de una rectificación calificadora que, aun castigando la conducta enjuiciada, ajusta sus módulos a criterios de corrección sancionadora y adecuada proporcionalidad.

Dicha determinación no se alcanza sino a partir de la única referencia posible dada la vía elegida, es decir, desde el contenido de un relato de hechos probados del siguiente tenor: «1.º El día 10 de julio de 1996 los acusados en esta causa José T. A., Iván T. A. y Antonio José H. G. transitaban por la calle del Temple de esta ciudad cuando al cruzarse con un grupo formado por Eugenio G. F., Marcos Jesús M. B. y Elma U. R., el primero de los acusados inesperadamente dirigió su mano a los genitales de Elma U., agarrándole de dicha parte durante unos instantes. 2.º Ante este acto vejatorio, los acompañantes de la joven se dirigieron al acusado pidiéndole explicaciones, ante lo cual los tres acusados golpearon con los puños y los pies a Eugenio G. F. que resultó con contusiones, precisando de una primera asistencia y tardando quince

días en curarse con incapacidad parcial para realizar su trabajo habitual. 3.º El acusado Antonio José H. G. propinó una serie de golpes a Marcos Jesús M. B. por los cuales necesitó una primera asistencia y tardó siete días en curar» (sic).

Por otra parte, también conviene reseñar que la justificación que para calificar tales hechos como delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal ofrece el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico primero de su resolución cuando dice que: «Los hechos relatados en el primero de la narración fáctica constituyen un delito de agresión sexual previsto por el artículo 178 del Código Penal. En efecto, el acusado Jesús T. A., al agarrar fuertemente los genitales de su víctima realizó un acto atentatorio contra la libertad sexual de ésta y las circunstancias que concurren en el caso: el hecho de ir el acusado acompañado y la violencia posterior desplegada por el acusado y sus acompañantes obligan a incardinar dicho hecho en el delito tipificado en el artículo 178 del Código Penal y no en el del artículo 181» (sic) no propicia la aplicación normativa impugnada sino que, la descripción fáctica reseñada realmente se acomoda a las previsiones tipificadoras del artículo 181.1.º del Código Penal en las que se define el delito de abusos sexuales, en cuanto que en aquélla está ausente el componente violento o intimidatorio indispensable para comprender los hechos en la figura de la agresión sexual del artículo 178 del mismo Texto Legal, dado que la «violencia desplegada por el acusado y sus acompañantes» no es previa, concurrente o determinante de la acción atentatoria a la libertad sexual que sufre el sujeto pasivo de la acción, sino que se integra o hace acto de presencia en un episodio posterior de enfrentamiento con los acompañantes de aquélla, cuando éstos –cuya presencia también ha de considerarse para enjuiciar debidamente tal acontecer– recriminan a aquéllos y les piden explicaciones por su proceder.

Por otra parte, el inequívoco carácter sexual del tocamiento efectuado sobre los genitales de la víctima es tan patente que no puede ser desconocido por el autor del hecho, de suerte que aquél elimina, por su evidencia, la consideración de éste como mera vejación injusta.

En su consecuencia –acomodada a los términos del meritado artículo 181.1.º del Texto Legal Punitivo y a la práctica jurisprudencial representada por las Sentencias 24-3-1997 y 20-3-1998–, la calificación de los hechos y su sanción resultan proporcionadas a la entidad de los mismos y a las posibilidades económicas del acusado, es un camarero de veintinueve años al momento de cometerse aquéllos, la imposición de una pena de multa de 18 meses a razón de una cuota de 1.000 pesetas por día-multa, a fin de que, aunque se decrete una nueva medida sancionadora ésta se adecue al mismo esquema de dosificación punitiva activado en la instancia.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 181.2

*Un cociente intelectual del 69% es compatible con la capacidad de autodeterminación sexual, lo que no obsta con que se obtenga su consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad*

Tercero.–Por ello, tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales, el tipo penal del artículo 181.2.º debe reservarse a los supuestos en que la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente de su aceptación de la relación sexual no presta un auténtico y verdadero consentimiento valorable como tal, sea porque su poca edad no permita la suficiente madurez psico-orgánica para decidir en plena libertad y pleno conocimiento, o bien porque su patología, transitoria o no, excluya la apti-

tud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad y verdadero consentimiento en el ejercicio libre de la autodeterminación sexual. Como dice la Sentencia de esta sala de 20 de abril de 1994, citando otras anteriores, no se trata de una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas, en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones, al menos en lo que atañen a impulsos sexuales trascendentes aunque las tenga en otros aspectos relacionados con la vida doméstica o laboral.

Fuera de su ámbito y sin perjuicio de la posible subsunción del hecho en el tipo de prevalimiento del artículo 181.3.º, quedan, pues, los supuestos en que el trastorno mental no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal, que de ello se prevale o aprovecha.

Cuarto.—En el presente caso el padecimiento de la denunciante se describe escuetamente en el relato histórico de la Sentencia como «un leve retraso mental que limita su capacidad de raciocinio, lo que era conocido por el acusado que se aprovechó de dicha circunstancia».

Examinados los Autos, y en concreto los peritajes emitidos, con el fin de una mejor comprensión del significado y sentido de esa circunstancia personal afirmada en la Sentencia (art. 899 LECrim) resulta que el leve retraso mental de la acusada se corresponde con un cociente intelectual del 69%, en el límite entre la simple torpeza y la debilidad mental.

En el retraso o deficiencia mental se diferencian grados distintos, es decir, retraso ligero, moderado, severo y profundo, de los que se hace eco la Organización Mundial de la Salud al distinguir la subnormalidad mental ligera (cociente intelectual entre 50 y 70), moderada (cociente entre 35 y 50), severa (de 20 a 35) y profunda (cociente inferior al 20%).

Un cociente intelectual como el de la denunciante —del 69%— está en los límites superiores de la leve o ligera, es decir en el límite de lo que por otros se ha denominado «debilidad mental» (entre 50% y 70%), próximo a la simple torpeza mental. En tales circunstancias no cabe apreciar la situación del transtorno mental a que se refiere el artículo 181.2.º del vigente Código Penal, puesto que tan leve retraso no es incompatible con la capacidad de autodeterminación sexual. Así lo ha entendido esta Sala, excluyendo en su día la aplicación del artículo 429.2.º del anterior Código, es decir la enajenación, equivalente al actual transtorno mental del artículo 181.2.º, en los supuestos de debilidad mental moderada o leve como el aquí enjuiciado (Sentencias de 30 de mayo de 1987; 13 de abril y 10 de diciembre de 1992; 1 de febrero, 18 de marzo y 29 de abril de 1993; 28 de marzo de 1994, y 17 de febrero de 1995) entendiéndose que en tales casos no se anula la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo.

Lo anterior no obsta para que la limitación padecida por la denunciante, restrinja o coarte la formación de una voluntad absoluta o enteramente libre del modo en que pueda hacerlo quien está en la plena normalidad mental. En tal sentido existe una situación objetiva de superioridad del acusado con relación a tal persona a la hora de convenir entre ambos una relación sexual, superioridad aprovechada conscientemente por el acusado para el logro de sus propósitos, lo que origina el delito de abuso de prevalimiento del artículo 182.3.º del Código Penal, cuya penalidad habiendo, como aquí sucede acceso carnal, es la establecida en el artículo 182 párrafo primero.

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 181.3

*Criterios para determinar la existencia de consentimiento viciado por superioridad del sujeto activo*

Cuarto.—Rechazados los motivos de casación de los recursos, por corriente infracción de ley, interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, quedamos por examinar, en esta misma línea impugnativa, si asiste la razón a la Defensa del procesado cuando denuncia infracción, por aplicación indebida, del tipo de abusos sexuales con prevalimiento previsto en el artículo 181.3 y castigado en el 182, ambos del CP, cuando el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. La forma más grave de los abusos sexuales con prevalimiento definida y sancionada con los mencionados artículos ha venido a ocupar el lugar del antiguo estupro con prevalimiento previsto en el artículo 434 CP 1973. En la nueva formulación, el hecho fundamental de que el bien jurídico protegido en el tipo es la libertad sexual, esto es, el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo, ha sido subrayado con dos matices cuya importancia no puede ser desconocida: de un lado, se exige que la superioridad de que se prevale el sujeto activo sea «manifiesta», expresión que no se encontraba en el viejo artículo 434; de otro, se consigna la necesidad de que el prevalimiento de la situación de necesidad «coarte la libertad de la víctima», con lo que se deja fuera del tipo toda conducta de esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento. De esta forma, se excluye la aplicación automática del tipo derivada de la mera existencia de una situación objetiva de superioridad, lo que no deja de estar justificado en una sociedad cuyos miembros, cualquiera que sea su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente. Interpretado así el artículo 181.3 CP, no parece que pueda ser subsumida la conducta del acusado en el tipo establecido en dicha norma. El Tribunal de Instancia ha concretado la situación de superioridad y su aprovechamiento en las siguientes circunstancias: la hora, el lugar —un apartamento desconocido para la mujer— la presencia de otras personas que duermen en una habitación del mismo y el cambio, en el acusado, de una inicial actitud cariñosa por otra más brusca y exigente. Hemos de decir, sin embargo, que el conjunto de estos factores no configura una situación capaz de viciar de modo apreciable el consentimiento de una mujer de veintiocho años, que ejerce una profesión liberal y que lógicamente sabe desenvolverse en el ámbito de las relaciones que se traban ocasionalmente entre personas de uno y otro sexo. La hora y el lugar del encuentro entre el acusado y la denunciante fueron aceptados libremente por la segunda, acaso como consecuencia de la progresiva atracción generada por contactos eróticos mantenidos a lo largo de la noche, la presencia de otras personas en el apartamento —que el acusado decía no querer que despertasen— tanto podía inquietar como tranquilizar a la denunciante y el cambio de actitud por parte del acusado, que ya hemos considerado insuficiente para una verdadera intimidación, tampoco bastaba para que una anterior situación de igualdad o equivalencia entre los dos protagonistas del concertado evento se transformase en otra de «manifiesta» superioridad para el varón e inferioridad para la mujer. Es por ello por lo que, aceptando que el consentimiento de la denunciante a la felación que le fue exigida por el acusado pudo no haberse formado con plena libertad —e incluso que pudo serlo con íntima

repugnancia—no consideramos que la mengua de libertad sexual eventualmente padecida por la denunciante en la ocasión de autos fuera producto de una verdadera situación de superioridad creada o aprovechada por el acusado.

(Sentencia de 3 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 182

*Concepto de «objetos» a efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales: no tienen tal consideración los dedos*

Noveno.—(...) Estima la parte recurrente que «los dedos», ni desde el punto de vista gramatical, ni a criterio de la jurisprudencia o doctrina legal, ni desde la perspectiva de la Fiscalía General del Estado, ni desde la posición de la doctrina científica, constituyen objetos a los efectos del tipo agravado de abusos sexuales del artículo 182 del Código Penal; de lo contrario se incurriría en una interpretación extensiva, contraria al reo, de las normas penales, con violación del artículo 4.1 del Código Penal, que dispone que las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto el artículo 182 del Código Penal equipara punitivamente al acceso carnal la «introducción de objetos» pero esta Sala ya ha señalado, en su Sentencia de 14 de febrero de 1994, que los dedos no pueden ser considerados como «objetos» a los efectos agravatorios de la sanción penal de la agresión sexual, asumiendo expresamente el criterio acogido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990. Los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta (arts. 1.1.º y 4.1.º del Código Penal de 1995), no pudiendo extenderse la expresión «objetos», que lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ella partes del cuerpo humano, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos, pues ello equivaldría a aplicar una circunstancia agravatoria a un supuesto distinto del expresamente previsto en la Ley Penal que la establece.

La Sala sentenciadora, al reconocer que la doctrina de esta Sala excluye los dedos de la calificación de objetos a los efectos agravatorios de la agresión sexual, pero estimar que la introducción de los dedos en la vagina de una mujer «constituye un supuesto que se encuentra entre el acceso carnal y la introducción de objetos, y por tanto comprendido en la misma norma» está en realidad aplicando la «analogía *in malam partem*» pues admite que se trata de un caso diferente de los expresamente previstos en la ley («entre el acceso carnal y la introducción de objetos», pero diferente de ambos), y sin embargo lo incluye en la agravación por estimarlo de similar entidad, es decir extendiendo analógicamente la norma sancionadora más allá de sus términos expresos, en perjuicio del reo. Esta modalidad de aplicación normativa no resulta legalmente admisible, conforme a lo establecido en el artículo 4.1.º del Código Penal de 1995 que dispone que «las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

En definitiva por «objetos» a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes —excluyendo, por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano— cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 187.1.º

*Concepto y bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución: irrelevancia de que la víctima estuviera previamente prostituida. Responsabilidad del cliente que contrata servicios sexuales de menores ya prostituidos*

Segundo.—La prostitución puede conceptuarse como aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio.

La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el Nuevo Código Penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el Título VII del Código Penal 1995 son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello. En consecuencia las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de su situación de necesidad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1.º).

En cuanto a los menores (e incapaces), además de la sanción agravada de estas conductas coactivas (art. 188.3.º) también se castigan aquellos comportamientos que inducen, promueven, facilitan o favorecen su prostitución (art. 187.1.º), aun sin coacción alguna, pues se actúa sobre personas que carecen de la plena capacidad de auto-determinación que caracteriza a los adultos. Estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento.

Por coherencia con lo dispuesto el artículo 188 y en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico protegido —que como se ha expresado, no es la honestidad, sino la libertad sexual ha de entenderse que las referidas conductas son punibles, tanto si tienen por objeto iniciar a un menor en el ejercicio de la prostitución como si tienden a mantenerlo en ella. En efecto la prostitución no puede ser considerada como una especie de «estado irreversible», por lo que el menor ya iniciado no pierde por ello la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que abusen de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad, contribuyendo a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio.

Tercero.—Atendiendo a lo expuesto, procede analizar las cuestiones planteadas por la subsunción en el artículo 187.1.º de la conducta del «cliente», o persona que mantiene relaciones sexuales mediante precio, con menores ya iniciados en la actividad de prostitución, es decir, de quien paga al menor para que continúe realizando actos de prostitución.

La tesis mantenida por el recurrente sostiene que los actos de prostitución con menores, conociendo dicha condición, son atípicos cuando el menor ya se hubiese dedicado a dicha actividad con anterioridad, pues no determinan un cambio cualitativo de su condición. Ahora bien, este criterio no es convincente pues, como ya se ha expresado, la tutela otorgada por el Ordenamiento Penal no se limita a los menores «honestos», sino que se concede a todos ellos, por su mera condición de menores cuya limitada capacidad de conocimiento y voluntad puede ser objeto de abusos, por lo que no sólo son punibles las conductas que «inicien» al menor en la prostitución sino que

también deben incluirse en el tipo los actos que induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten el mantenimiento del menor en su ejercicio.

Partiendo de esta primera premisa, ha de examinarse si ello determina necesariamente que cualquier acto aislado de prostitución con menores, conociendo dicha condición, resulta por sí mismo punible, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 187.1.º. Este criterio tampoco puede ser acogido, pues el legislador no sanciona, sin más, cualquier relación sexual mediante precio con persona menor de edad, sino exclusivamente aquellos actos que puedan ser calificados como de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación, no permitiendo el principio de legalidad la aplicación de la norma penal más allá de lo sancionado en ella de modo expreso (art. 4.1.º del Código Penal).

En consecuencia debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los «clientes» inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el artículo 187.1.º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad.

Este fue el criterio adoptado por el Pleno de esta Sala en la reunión celebrada el 12 de febrero pasado, para unificación de criterios jurisprudenciales en torno a la interpretación del artículo 187.1.º del Código Penal 1995, en los supuestos de prostitución con menores.

(Sentencia de 7 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 197.2

### *Ámbito de la protección penal de los datos personales*

Segundo.—Dos problemas de especial importancia, entre otros que no hacen al caso hoy sometido a nuestra censura, suscita la interpretación del artículo 197.2 CP. De una parte, es preciso saber qué sentido se ha de dar a la expresión «en perjuicio de» y de otra, hemos de concretar cuáles son los datos reservados de carácter personal o familiar abarcados por la protección penal. El Tribunal de instancia ha considerado que la expresión «en perjuicio de» supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero y en tal exégesis descansa fundamentalmente su pronunciamiento absolutorio. Esta Sala no puede compartir esta lectura del precepto aunque no deja de reconocer que la preposición «en» ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro —el del artículo 197.1— en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición «para», el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducirse no sólo el argumento sistemático a que acabamos de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable

hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos, pues, ante un delito doloso pero no ante un delito de tendencia. El otro problema interpretativo a que nos hemos referido —el del alcance objetivo que se ha de dar a la protección penal de los datos reservados— guarda una cierta relación con el primero. Parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero. No es fácil precisar, *a priori* y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar. Sentado esto, veamos si la conducta del acusado, enjuiciada en la sentencia recurrida, ha colmado todos los elementos del tipo que sumariamente hemos analizado.

Tercero.—Según se dice en la declaración de hechos probados, el acusado, periodista de profesión, que había tenido conocimiento de que en la Prisión Provincial de Las Palmas podía haber internos que, estando afectados por el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida —SIDA—, trabajaban en la cocina del establecimiento, logró obtener, a través de personas o medios desconocidos, un listado del archivo informatizado donde estaban registrados los enfermos de la prisión y otro en que figuraban los internos destinados en la cocina y, habiendo comprobado que había dos nombres incluidos en una y otra lista, publicó un artículo en el *Diario de Las Palmas* en que, denunciando el hecho, mencionaba con sus nombres y apellidos, y otros datos que permitían su segura identificación, a los dos enfermos de SIDA. A la vista de estos hechos, resumidamente expuestos, es evidente ante todo que el acusado accedió, por un medio desconocido pero en todo caso sin autorización de quien podía concederla, a datos reservados de carácter personal que se hallaban registrados en un fichero informático, datos —hay que precisarlo— no inocuos sino extraordinariamente sensibles. Como se decía en la STC 20/1992, de 14 de febrero, en que se otorgó el amparo contra un resolución judicial que había mantenido un criterio distinto, «la identificación periodística (...) de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprochables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas». Lo que claramente quiere decir que, en el caso objeto de la sentencia recurrida, el quebrantamiento del secreto protegido por el ordenador ocasionaba, por sí solo, un indiscutible perjuicio para las personas a las que afectaban los datos fraudulentamente conocidos y desvelados. Si lo dicho pone de relieve que la actuación del acusado reproduce íntegramente los elementos del tipo objetivo descrito en el artículo 197.2, segundo inciso, Código Penal, tampoco puede ponerse en duda la concurrencia del hecho de conciencia constituido por el dolo que constituye el tipo subjetivo. No es concebible, en efecto, que un profesional de la información, del que cabe

suponer un nivel al menos medio de cultura, habituado al análisis de la realidad social, no sepa, de un lado, que existen datos personales a los que, por carácter íntimo, el extraño no tiene el derecho de acceder y, de otro, que es seguro el perjuicio que se irroga a una persona si se publica que padece una enfermedad con las connotaciones sociales del SIDA. Esta Sala no tiene la menor duda de que el acusado no se propuso especialmente causar perjuicio a los dos internos de la prisión que vieron sus nombres en un diario local señalados con el estigma de la citada enfermedad. Pero ello no impide que el hecho deba ser considerado doloso, con dolo directo de segundo grado, puesto que el perjuicio para aquéllos, por ser inevitable y notorio, no pudo dejar de representársele al acusado, pese a lo cual procuró por todos los medios acceder al dato y posteriormente lo publicó. Y debe añadirse que el hecho, por cuanto se acaba de razonar, no sólo es subsumible en el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el segundo inciso del artículo 197.2 CP, sino también en los tipos agravados descritos en los apartados 3 y 5 del mismo artículo, por haberse difundido los datos descubiertos dándolos a la publicidad en un periódico y por quedar revelado con dichos datos un grave problema de salud de los afectados, ninguna de cuyas agravaciones necesita de un largo razonamiento de justificación. Todo ello quiere decir que el recurso del Ministerio Fiscal ha de ser estimado.

(Sentencia de 18 de febrero de 1999)

#### ARTÍCULO 203.1

*Concurso con delito de robo: Inaplicable cuando sólo existe el ánimo de sus- traer objetos del establecimiento*

Único.—(...) Otra cuestión abordada en la Junta General del año 1998 (de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre), antes citada, era el posible concurso entre el delito de robo y el delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público, tipificado en el artículo 203.1 del Código Penal. Y esta Sala acordó que en estos casos sólo procedía aplicar el delito de robo, excluyéndose el delito previsto en el artículo 203.1 CP, salvo que se acreditase que, en el caso enjuiciado, el ataque a la privacidad hubiera ido más allá de lo que es inherente al delito de robo, en cuyo caso cabría la posibilidad de una situación concursal entre ambos delitos.

En el supuesto que examinamos, la entrada en el establecimiento de venta de golosinas, forzando una verja, se hizo con la exclusiva finalidad de obtener un lucro económico, apoderándose de efectos y dinero, sin que en modo alguno se hubiera proyectado sobre bienes jurídicos atinentes a la intimidad o privacidad del titular o usuario del establecimiento, que no ha resultado afectada más allá de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno.

Por todo lo que se deja expuesto, este extremo del motivo debe ser estimado, debiendo ser absuelto del delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público por el que fue condenado en la instancia.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

#### ARTÍCULO 227

*Impago de pensiones económicas: imposibilidad de compensación con supuestas deudas derivadas del régimen económico matrimonial, que no*

*son líquidas ni exigibles. Exclusión del delito en caso de imposibilidad económica*

Segundo.—En el segundo motivo de recurso, se replantea la cuestión anterior por la vía de la infracción de ley. Alega el recurrente que si bien es cierto que no ha abonado en momento alguno la pensión mensual judicialmente establecida en favor de su esposa y también lo es que dispone de medios suficientes para ello, su obligación ha de considerarse extinguida por compensación dado que, a su entender, su esposa le adeuda cantidades superiores por otros conceptos, entre los que cita pagos realizados por el recurrente para la extinción de cargas hipotecarias que supuestamente gravaban bienes comunes, gastos ocasionados por los hijos de su esposa durante la convivencia matrimonial, joyas y pieles que dice fueron apropiados por su cónyuge, etc.

El motivo no puede ser acogido.

En primer lugar se apoya en elementos fácticos que no tienen reflejo alguno en los hechos declarados probados. Pero aun cuando se complementasen éstos, acogiendo hipotéticamente el tercer motivo de recurso que así lo interesa por la vía casacional del artículo 849.2.º de la LECrim, los datos incorporados carecerían de virtualidad para modificar el fallo. En efecto, la compensación como modo de extinción de las obligaciones requiere, entre otros requisitos, que las deudas sean vencidas, líquidas y exigibles (art. 1196 del Código Civil). En el supuesto actual, el recurrente, que reconoce que se niega a abonar la pensión judicialmente establecida disponiendo de medios sobrados para ello, pretende compensar su deuda, líquida, vencida y exigible, con supuestas obligaciones que no cumplen dichos requisitos legales, encontrándose pendientes para su determinación, liquidación, vencimiento y exigibilidad de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1396 del Código Civil, «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad», y conforme al artículo 1403, «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad», añadiendo el artículo 1405 que «si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga el crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente».

En el caso actual el recurrente pretende extinguir por compensación su obligación de abonar las pensiones mensuales establecidas en resolución judicial en un supuesto de separación legal, que son líquidas, vencidas y exigibles, con supuestas deudas provenientes de las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la vigencia del régimen económico matrimonial, cuando éste no ha sido liquidado y, en consecuencia, ni dichas deudas son líquidas ni exigibles, ni siquiera se puede afirmar que existan o lleguen a existir. Así por ejemplo la supuesta deuda derivada de gastos ocasionados por los hijos de la esposa debe contemplarse desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 1362.1.º párrafo 2.º del Código Civil, conforme al cual «la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar», por lo que, de darse este supuesto, no habría hablar de deuda alguna; y aun cuando no concurriese, habrá de estarse a lo dispuesto por el Código Civil cuando señala que «En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de su liquidación», es decir, que aun en dicho supuesto, la compensación se encuentra legalmente impedida por el carácter no exigi-

ble y pendiente de liquidación, dentro del proceso más amplio de liquidación del régimen económico matrimonial, de la supuesta deuda.

Similar consideración debe efectuarse respecto de los demás conceptos crediticios a que se refiere el recurrente, derivados de las relaciones económicas propias del régimen patrimonial del matrimonio, y por ello, en todo caso, pendientes de determinación y liquidación. Así las cantidades que se dicen adeudadas por «pieles y joyas apropiadas por la esposa», deben contemplarse desde la perspectiva de que el artículo 1346.7.º del Código Civil considera como bienes privativos de cada cónyuge las ropas y objetos de uso personal, salvo que sean «de extraordinario valor», y aun en tal caso deberán incluirse con preferencia en el haber del cónyuge que los utilice (art. 1406.7.º), por lo que sólo a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial podrá determinarse la existencia de deuda alguna por dicho concepto, que, en cualquier caso, será objeto de los reintegros correspondientes conforme a lo prevenido en el artículo 1403 del Código Civil. Resulta evidente, en consecuencia, que no nos encontramos ante una deuda líquida.

En el mismo sentido cabe señalar idéntica imposibilidad de compensación respecto de supuestas deudas derivadas de abonos realizados para levantar cargas de los bienes comunes, pues dichos abonos únicamente determinarían algún derecho de reintegro en el caso de que se acreditase que se han realizado con bienes privativos (art. 1364 del Código Civil), reintegro que, en el hipotético supuesto que hubiera de realizarse, se encontraría igualmente pendiente del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

Ha de señalarse, en consecuencia, que aun admitiendo la compensación como modo de extinción de la obligación del pago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en caso de separación, dicha extinción no puede producirse cuando se pretende realizar con supuestas deudas que no son líquidas, vencidas ni exigibles, como sucede con las derivadas de un régimen económico matrimonial que se encuentra pendiente de liquidación.

(...)

Cuarto.—El precepto penal aplicado (art. 227 del Código Penal 1995) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas». Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, (*BOE* 30 de abril de 1977) que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

En el supuesto actual está plenamente acreditado y lo reconoce así expresamente el propio recurrente, que dispone de medios sobrados para hacer frente a la pensión establecida, negándose sin embargo a su pago. No ha abonado la pensión en momento alguno, ni cuando se estableció como medida provisional, ni cuando se ratificó en la sentencia de separación, ni cuando se confirmó —limitándola a una duración máxima de cinco años, pero manteniendo su cuantía y periodicidad mensual— en la sentencia de apelación finalmente dictada por la Audiencia Provincial, por lo que concurren todos los elementos típicos integradores del delito objeto de acusación y condena. Se

ha omitido voluntariamente la conducta debida, no existiendo causa alguna que impidiese su cumplimiento, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de sanción por «no poder cumplir», sino por «no querer cumplir» pudiendo hacerlo, no vulnerándose, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto Internacional de Nueva York.

(Sentencia de 28 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 234

*Hurto a distancia: empleo de un palo con un gancho en el extremo para sustraer ropa de un comercio*

Único.—(...) En el hecho probado no se declara que concurrieran los presupuestos normativos del escalamiento, pues ni se entra, ni se intentó entrar, ni se desplegó en la acción una energía criminal similar a las descritas en las modalidades de fuerza descritas en el artículo 238 del Código Penal, sino que se emplea un palo con un gancho para la sustracción, acción que ha sido denominada doctrinalmente como «hurto a distancia», en el que para el desapoderamiento no se ha desplegado una actividad típica de fuerza en las cosas pues, como se ha dicho, la verja predispuesta para impedir el acceso al interior no ha sido vencida, en el sentido de saltada, y no se entró a ningún espacio impedido por la misma.

En último término, el hecho no describe ni la conducta realizada por el autor ni la configuración de la verja, elementos necesarios para que pudiera subsumirse en una de las fuerzas típicas contempladas en el artículo 238 del Código.

El motivo consecuentemente debe ser estimado, declarando no concurrente para el recurrente la fuerza típica del robo, por lo que los hechos se integran en una falta de hurto intentado.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 237

*Existe delito de robo con violencia cuando ésta es ejercida después de apoderamiento pero antes de la disponibilidad de lo sustraído*

Único.—(...) La sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, sienta en sus hechos probados que «los acusados, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio económico abordaron a Nuria S. R. cuando al volante de su vehículo se encontraba detenida en un semáforo y mientras Isaoui M. la distrajo sus compañeros, Rachid K. y Nabil T., se apoderaron de su bolso que se encontraba encima del asiento del acompañante, emprendiendo inmediatamente la huida.

Advertida Nuria de lo ocurrido les persiguió con su vehículo dándoles alcance en la C/ Moscú donde intentó recuperar el bolso, siéndole ello impedido por Isaoui M. que la interceptó y sujetó por los brazos, en tanto que sus compañeros registraban el bolso y que, en ese momento, llegaron diversos agentes de la Guardia Urbana para proceder a la detención de los acusados». Con este relato, el Tribunal de instancia absuelve del delito de robo intentado del que acusaba el Ministerio Público y condena por una falta intentada de hurto.

Tal determinación se justifica en el fundamento jurídico primero con el argumento que sigue: «El hecho de que momentos después, tras ser localizados los acusados por la señora S. y dirigirse a ellos en reclamación de su cartera uno de ellos, Isaoui M. la retenga sujetándola por los brazos, sin emplear tampoco una violencia manifiesta pero sí usando de la fuerza precisa para frustrar su intención, no convierte el hurto en robo con violencia, pues según establece el artículo 237 del CP, el uso de los medios y métodos allí contemplados debe tener como razón conseguir el apoderamiento y no otro motivo, como después ha confirmado el Tribunal Supremo en recientes sentencias que afirman que la violencia ha de originarse antes de la disponibilidad o en el momento que la misma se produce, no cuando el apoderamiento ya se ha producido, de tal forma que la violencia entonces se produce con otras causas o finalidades, como en el caso que nos ocupa en que hallándose el bolso en manos de los aprehensores, se retiene a la víctima para poder examinar con libertad su contenido».

Frente a ello, el Fiscal muestra su discrepancia, afirmando que la consumación de la acción típica no llegó a producirse por cuanto hubo apoderamiento pero no disponibilidad del bien. Por ello y, aunque aquél no fue violento, sí se produjo una actuación violenta posterior por parte del acusado Isaoui M., con el conocimiento y beneplácito de los otros dos que aprovecharon la acción cuando la víctima les da alcance e intenta recuperar su bolso.

Dicha acción violenta pues, no se produce en el momento posterior a la consumación del hecho, sino antes de que ésta tenga lugar porque los acusados nunca tuvieron disponibilidad sobre el bien del que se habían apoderado al haberlos perseguido la víctima desde la inicial depredación hasta que forcejea con ellos para recuperar el bolso tras perseguirles sin perderles de vista en ningún momento.

Es por ello que la confusión entre disponibilidad y apoderamiento que se desprende de la tesis combatida no puede encontrar apoyo en la doctrina de esta Sala que afirma que la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad, sino que, por el contrario, dicha reflexión jurisprudencial (ver Sentencias de 7-5-1992, 2-11-1992, 8-2-1994 y otras) viene a corroborar el alegato impugnativo defendido en el recurso. De ahí su estimación.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

*Consumación: criterios jurisprudenciales para deslindarlo de la tentativa: teoría de la illatio o disponibilidad de la cosa*

Segundo.—Una pacífica y constante doctrina jurisprudencial, reiterada, entre las Sentencias más recientes de esta Sala, en la núm. 1174/1998, de 7 de octubre, declara que: En el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada—ahora tentativa— se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa—*contractatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido—*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo «apoderar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponi-

bilidad –facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir– de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (Sentencias de 20 y 26 de junio de 1978, 19 de enero de 1979, 7 de marzo de 1980, 28 de septiembre de 1982, 7 de febrero y 10 de octubre de 1983, 16 de enero de 1984, 30 de abril, 4 de julio y 7 y 31 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero y 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1989, 9 de mayo y 1 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1994, 10 de octubre de 1997 y 16 de marzo de 1998).

No siendo de necesidad que se alcance el fin último pretendido por el delincuente, que ilumina y preside toda su dinámica actuacional, fase de agotamiento material no confundible, por su posterior alineación cronológica, con el instante performativo o de consumación del delito, estadio ulterior, muchas veces prolongado en el tiempo, al que no quieren referirse las normas penales al momento de definir el tipo. Radicando en ello el sentir jurisprudencial proclive a reconocer en los delitos de robo y hurto una consumación anticipada, haciendo innecesario para su perfección el logro del lucro o fin de aprovechamiento, radicando el tránsito de la tentativa acabada a la consumación en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición –que supondría la entrada en fase de agotamiento–, como ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre ella. Ofreciéndose como doctrina consagrada, ante la contemplación de situaciones límites, la de que cuando, pese a la aprehensión de la cosa por el sujeto, el mismo es sorprendido *in fraganti* o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, sin que en ningún momento pudiera disponer de lo sustraído, ha de convenirse que en la perpetración del hecho no se ha traspasado el área característica de la frustración, hoy de la tentativa acabada. Parecer del que se hacen eco, entre otras muchas, las Sentencias de 17 de junio y 22 de diciembre de 1981, 10 de mayo, 10 de octubre y 14 de noviembre de 1983, 30 de abril, 13 de junio y 4 de julio de 1985, 4 de junio y 29 de noviembre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero de 1988 y 10 de octubre de 1997.

Aplicando dicha doctrina al caso actual se aprecia que los acusados cometieron el robo en la localidad de Antas de Ulla y se dieron seguidamente a la fuga en un vehículo automóvil conducido por el recurrente, sin ser perseguidos de modo inmediato y continuado, siendo detenidos cerca de media hora después, a varios kilómetros de distancia del lugar del robo, cuando el recurrente ya había llegado al domicilio familiar. No concurren, en consecuencia, las circunstancias propias de la tentativa, sino las de la consumación, pues existió efectiva disponibilidad durante un lapso temporal y espacial suficientemente relevante.

(Sentencia de 23 de marzo y 21 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 238.1

*Concepto de escalamiento: utilización de «energía criminal» similar a la superación violenta de obstáculos; inaplicable al entrar en recinto por agujero ya existente en valla metálica*

Primero.–Es cierto que la doctrina de este Tribunal Supremo había venido sosteniendo que escalar no equivale a su significación gramatical de trepar, ascender o subir, ni siquiera entrar por vía no destinada al efecto, sino que implica llegar a las cosas muebles ambicionadas por el agente, por vía insólita o desacostumbrada, dis-

tinta al acceso natural y a la que el titular de los bienes utiliza de ordinario (SSTS, entre otras muchas, de 31 de mayo y 28 de junio de 1985; 22 de enero de 1988, 22 de septiembre de 1992...).

Pero, como con todo acierto subraya el recurrente, esta propia Sala Segunda se ocupó de matizar dicha doctrina —tan permisiva y extensa— reconduciéndola a sus justos límites a partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1990, según la cual aquella línea jurisprudencial no debe ser entendida con un criterio puramente formal sino que requiere en cada caso concreto la comprobación de un contenido de ilicitud que justifique la aplicación de la pena prevista para el robo en lugar de la establecida para el hurto. Y añade: «tal interpretación es, ante todo, ...una imposición del principio de proporcionalidad que tiene su punto de apoyo en los artículos 1 y 9.3 de la Constitución, en la medida en que éstos establecen que la justicia es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico y que se garantiza la interdicción de arbitrariedad en los poderes públicos». Y en base a tan primordiales principios, establece el criterio de que solamente se deberá apreciar el escalamiento cuando, «en la utilización de vías no destinadas al acceso, el autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad. De esta manera, la similitud de los hechos, vista desde el contenido de ilicitud de los mismos, será proporcionada a la gravedad de la consecuencia jurídica que establece la Ley». En este mismo sentido pueden verse las SSTS de 25 de marzo de 1993 y 25 de junio del mismo año.

En el caso que analizamos entendemos que no aparece esa «energía criminal» comparable a la superación violenta de la dificultad diseñada y preparada por el dueño de la cosa para su protección. Ni existe energía criminal ni tampoco obstáculo propiamente dicho, puesto que la ineficacia y la inutilidad del mismo se manifiesta con toda evidencia en el mismo relato histórico de la sentencia, de tal suerte que el agente no tuvo necesidad de desplegar ninguna clase de artificio, esfuerzo o destreza para salvar un obstáculo inexistente. Ni rompió la valla metálica, ni se encaramó sobre ella para pasar al otro lado; simplemente entró por el agujero preexistente. De tal manera que si lo que constituye la esencia común de todas las conductas que se residencian en el actual artículo 238 CP consiste en eliminar la eficacia del obstáculo puesto para el acceso a la cosa, es claro que no podrá apreciarse su concurrencia cuando el impedimento es completamente ineficaz e inútil a los fines para los que fue dispuesto. Participa por ello esta Sala del criterio mantenido por la STS citada anteriormente, en el que insiste la de 25 de marzo de 1993 al exponer sobre la figura del escalamiento, «una noción más ajustada a los principios de legalidad y proporcionalidad», consistente en la entrada por lugar no destinado al efecto siempre que ello exija una habilidad o un esfuerzo de alguna importancia, «destreza y esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento».

En nuestro caso, resumimos, tampoco concurre en la conducta del acusado ese particular esfuerzo o esa manifestación de habilidad para acceder al recinto del que aquél sustrajo el objeto en cuestión, por lo que no puede ser aceptada la concurrencia del «escalamiento» que fue apreciada por el Tribunal *a quo*, puesto que si no lo apreció la sentencia de esta Sala Segunda primeramente mencionada cuando se trataba del acceso por una ventana abierta al nivel de la calle; ni tampoco en la última comentada, que tampoco lo apreció en «el trabajo —exiguo— de abatir o bajar una valla metálica en un punto de su trazado y pasar sobre ella para entrar en el cercado», con más razón habrá de ser desechada en este caso.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 239

*Llaves falsas. Uso de tarjeta en cajero automático: doctrina jurisprudencial*

Segundo.—Hay que consignar, en primer lugar, que no se hace aplicación por el Ministerio Fiscal del delito de robo con fuerza en las cosas en grado imperfecto de tentativa, porque con una tarjeta ajena (robada, hurtada o encontrada) se introdujera el acusado en el receptáculo del cajero, como pretende la defensa del acusado en su escrito al efecto, sino porque, una vez accedido allí —no se sabe cómo, si estaba abierto, entró cuando salía otro o utilizó la tarjeta para ello— con una tarjeta ajena trató de realizar un reintegro, introduciéndola en la ranura del mencionado cajero y siendo detenido por una patrulla en dicho momento.

Se trata de determinar ahora, si tal conducta constituye un delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, como sostuvo el Fiscal en la instancia y pretende en el motivo único de su recurso, o una tentativa de estafa como entendió la Sentencia *a quo*.

Tal es el *thema decidendi* de esta resolución, que debe resolverse, en primer lugar, atendiendo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala y a lo dispuesto en la nueva tipicidad del artículo 248.2 del vigente Código Penal.

Ya desde hace más de una década este Tribunal ha señalado, que el concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional —Sentencias de 5 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989 y 27 de febrero de 1990— habiéndose destacado ya desde las Sentencias de 21 de septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992, que si bien las tarjetas de crédito no son llaves en el puro sentido morfológico de la expresión, lo son en el aspecto funcional en cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático o para abrir el receptáculo del mismo cuando está situado en el exterior. También la Sentencia 899/1993, de 21 de abril, ha recogido que «Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito. A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “con guardas que se acomodan a las de una cerradura y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo”. Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae».

En el mismo sentido, la 367/1996, de 25 de abril, reitera tal doctrina y, por último la 1458/1997, de 29 de noviembre ha recogido que «Respecto a si la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética constituye un delito de robo con fuerza en las cosas o un simple delito de hurto, es cierto que inicialmente la jurisprudencia, ante hechos tan novedosos, dudó (hay que reconocerlo) entre aplicar uno u otro tipo delictivo, pero a partir de las Sentencias de 6 de marzo de 1989, 27 de febrero y 21 de

septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992 (según bien razona el Ministerio Fiscal), esta Sala se decantó por el delito de robo al equiparar esas tarjetas como "llaves", que al ser ilícitamente obtenidas se convertían en llaves falsas del artículo 504.4.º del Texto Punitivo. Esta constante y pacífica doctrina jurisprudencial, ha sido recogida de modo concreto en el vigente Código Penal».

Con relación al nuevo artículo 248.2 del Texto Penal vigente de 1995 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados «cajeros automáticos», porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. Constituye así este supuesto una mera sustracción de dinero mediante la utilización por un tercero del específico medio de acceso del propietario del mismo, pero no alcanza a la conducta igualmente delictiva de transferencia de activos patrimoniales mediante la manipulación informática. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la «manipulación informática» o artificio semejante que requiere el precepto al no concurrir en supuestos de utilización de tarjeta legítima, encontrada o sustraída a sus titulares.

A mayor abundamiento hay que señalar, que el artículo 239 *in fine* a los efectos del presente artículo considera llaves «las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia», con lo que con tal incorporación el legislador refuerza la interpretación jurisprudencial del robo con fuerza, a que se hizo antes referencia.

(Sentencia de 16 de marzo de 1999)

*Uso de tarjeta en cajero previamente sustraída a su titular y conociendo el número secreto: robo con fuerza en las cosas. Evolución legislativa y jurisprudencial*

Primero.—(...) Se considera por el recurrente que en los hechos probados no se configura el engaño, elemento de naturaleza objetiva fundamental para la tipificación de la figura delictiva de estafa por la que ha sido condenado. El Fiscal, con el colofón de una fórmula impugnativa un tanto peculiar, entiende que, «aunque el engaño aparece redactado en el *factum*, de aceptarse la calificación de estafa que hace la sentencia, el motivo merece apoyo parcial en el sentido de que los hechos declarados probados constituyen un delito de robo, infracción por la que no ha sido formulada acusación, con las consecuencias derivadas de la heterogeneidad de los tipos penales de robo y estafa».

Alega el recurrente que en el *factum* no se sientan las bases apropiadas para llegar a la conclusión de que concurren los elementos característicos de un engaño. Por el contrario, sí consta en los hechos declarados probados que: «aprovechando un descuido de éste le cogió una cartera que portaba, valorada en 1.000 ptas. y que contenía en su interior varias tarjetas de crédito y una tarjeta de compras de "El Corte Inglés", y un papel en el que estaba escrito el número de una de las tarjetas, la de la Entidad "Bancaja" que para extraer fondos en el cajero automático es necesario marcar», resulta claro que se trata de un supuesto de apoderamiento de un objeto mueble ajeno con ánimo de lucro sin violencia ni intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, lo que encajaría en la figura penal del hurto. En apoyo de tal tesis y para contrarrestar la línea argumental de la resolución combatida en la que se transcribe un fragmento de la de 15-3-1994 se citan las Sentencias de esta Sala de 21-4-1993 y 25-4-1996 concluyendo que «de los hechos declarados probados sólo existe estafa en el uso de la tarjeta de "El Corte Inglés", en grado de tentativa inacabada. De hurto, en las extracciones de dinero de "Bancaja" al

tener la tarjeta de crédito su número secreto a la vista, o en su caso, de robo si se considerase que el uso de la tarjeta de crédito es llave falsa, aunque tuviese el número secreto a la vista».

La solución al debate suscitado en torno a la determinación jurisdiccional cuestionada toma partido por el criterio plasmado en el recurso y reforzado con la postura del Ministerio Público pues —una vez normativamente definidos conceptos (llaves falsas en el último párrafo del artículo 239 del nuevo Código Penal) y conductas (manipulación informática o artificio semejante en el art. 248.2.º de dicho Texto Legal) consolidada definitivamente su vigor la posición jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 21-1-1990, 8-5-1992, 14-3-1993, 8-3-1994, 25-4-1996, 29-11-1997 y 22-12-1998) que definía la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética como un delito de robo por resultar equiparables dichas tarjetas a las llaves que, al ser ilícitamente obtenidas, se convierten en falsas y a las que se refieren los artículos 239 y 238.4.º del Texto Legal citado.

El nuevo Código Penal ha venido a solventar los problemas suscitados en torno a la utilización de las tarjetas de crédito al incluir éstas entre las denominadas llaves falsas, de suerte que la utilización de una tarjeta sustraída a su titular efectuada sobre un cajero electrónico para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado su numeración secreta, constituye infracción penal, no ya porque la conclusión final absolutoria, por absurda, habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque, en todo caso, estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero ha de ser considerado como objeto cerrado o sellado.

Ese apoderamiento dinerario a través de la introducción de la tarjeta en el cajero automático de una entidad bancaria, cualquiera que sea el lugar de su ubicación conociéndose el número secreto, constituye un delito de robo fuera ya de su conexión con la sustracción inicial de la tarjeta, porque tiene lugar el apoderamiento de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño mediante el uso de una llave falsa, dado que la tarjeta magnética, obtenida según se describe en el *factum*, tiene tal consideración.

Dicha posición supera la postura doctrinal defensora de la incardinación del supuesto examinado en el delito de estafa y conduce a la apreciación de un error de calificación de los hechos, tanto por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones definitivas, como por la Sala de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia ahora recurrida en la que —según señala el Fiscal al apoyar el recurso— se ha intentado construir «la configuración delictual de los hechos descritos en su relato histórico acudiendo, tal vez en una interpretación genuina, a la norma primera del artículo 8 del Código Penal».

Es cierto que dicha construcción presenta un manifiesto propósito de adaptación a la tesis acusatoria en el que parece primar por encima de todo el esfuerzo dialéctico desplegado para evitar la impunidad de la acción enjuiciada al desechar utilización del mecanismo previsto en el artículo 733 de la LECrim, mas su consecuencia calificadora no ha de quedar homologada en este trance aunque el resultado de nuestra decisión, al salvaguardar la vigencia y alcance del principio acusatorio, haya de provocar la determinación absolutoria que el acogimiento del motivo comporta.

A la vista de la doctrina jurisprudencial ya reseñada, a fin de no convertir en inútil la previsión de legislador consignada en el último párrafo del artículo 239 del Texto Punitivo de 1995 y para reservar la regulación específica que contempla el párrafo segundo del artículo 248 a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de la utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a su titular, hemos de concluir que los hechos referidos a la utilización de la

tarjeta de «Bancaja» merecían la calificación de delito continuado de robo de los artículos 237, 238.4.º, 239.2.º y último párrafo, 240 en relación con el artículo 77, todos ellos del Código Penal (lo que embebería la falta inicial de hurto: sustracción de la cartera) y los hechos relativos al intento de pagar la compra en «El Corte Inglés» con la tarjeta de dicho establecimiento serían constitutivos de una falta de estafa en grado de tentativa del artículo 623.4.º en relación con los artículos 15.2.º y 16, del Texto Legal citado.

(Sentencia de 29 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 241

*Agravación de entrada en local abierto al público: no procede si se produce fuera de las horas de apertura*

Único.—(...) En el supuesto que nos ocupa, la indebida aplicación del delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público, tipificado en el artículo 203.1 del Código Penal, no sólo se produce por vulneración del principio acusatorio sino además porque el relato fáctico tampoco lo permite.

Ciertamente, esta Sala, en Junta General celebrada el día 19 de octubre de 1998, examinó la postura a seguir en casos de robos cometidos en establecimientos abiertos al público, manteniendo el criterio ya adoptado en otra Junta General, celebrada el 22 de mayo de 1997, de que el subtipo agravado previsto en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal hay que interpretarlo en relación a apertura física y no administrativa, habiéndose declarado en reiteradas sentencias de esta Sala que el fundamento de la agravación 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.

(Sentencias de 18 de enero y 14 de mayo de 1999)

*Robo con fuerza en locales públicos a los que se accede en horario fuera de apertura: No procede concurso ideal con allanamiento de morada del artículo 203.1*

Quinto.—(...) Históricamente y con relación al posible concurso del delito de robo en casa habitada y allanamiento, se estimó un elemento integrador de los mismos e incompatible con la aplicación de esta segunda infracción, e igual razón habría para denegar tal concurso de la actividad depredatoria del robo y la figura del allanamiento del artículo 203.1 del vigente Código Penal.

Pero no es preciso detenerse en la doctrina jurisprudencial referida al Texto de 1973, existe posterior aplicable. Así la Sentencia 1351/1997, de 7 de noviembre, citada en el recurso, sostiene: «En el recurso del Ministerio Fiscal, se sugiere la posibilidad de que el hecho de entrar contra o sin la voluntad de su titular, en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de oficina, pudiera constituir un delito de allanamiento de establecimientos abiertos al público comprendido y tipificado en el artículo 203 del nuevo Código Penal que, a su vez, está integrado en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, que son bienes jurídicos de naturaleza distinta a la propiedad. Está claro que el que entra a robar en un establecimiento o local abierto al público, tanto en las horas de apertura

como en las de cierre, obra impulsado exclusivamente por un evidente ánimo de lucro, sin otras connotaciones que no estén específicamente acreditadas por el discurrir de los hechos. La presencia del ánimo depredatorio excluye, por absorción, al ánimo de allanar un establecimiento o local fuera de las horas de apertura. El elemento subjetivo del delito de allanamiento de local o establecimiento mercantil, está ausente, por lo general, en los actos inequívocamente encaminados a procurarse por el autor un enriquecimiento a costa de la propiedad ajena, sin que por ello, se resienta de manera específica el bien jurídico que se trata de proteger con el tipo penal que sanciona el allanamiento de establecimientos o locales fuera de las horas de apertura. La acción de allanar, quedaría absorbida por el dolo o intención realmente buscado por el autor, que no es otro que el de atentar contra la propiedad ajena».

Mas no es esta la única resolución. También la Sentencia 1276/1998, de 27 de octubre, recoge otro tanto. Se trataba de un supuesto casi idéntico al que nos ocupa y con un recurso del Ministerio Fiscal con un único motivo por inaplicación del artículo 203.1 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77, con el delito de robo –allí intentado– con fuerza en las cosas por el que el acusado estaba condenado.

Señala esta Sala al respecto: «Se plantea en el presente motivo la debatida cuestión del posible concurso de delitos entre el robo con fuerza en las cosas y el allanamiento de establecimiento abierto al público.

Ante todo, debe ponerse de relieve la diversidad de bienes jurídicos protegidos por ambos tipos penales (la propiedad de las cosas muebles o, más genéricamente, el patrimonio de las personas, en el primero, y el domicilio y, en sentido amplio, la privacidad, en el segundo).

El Código Penal vigente define el delito de robo con fuerza en las cosas como el apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran (art. 237), y considera subtipo agravado de este delito el cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias (art. 241.1); habiéndose declarado por esta Sala que esta modalidad agravada únicamente concurre cuando el robo se comete durante el horario de apertura al público del edificio o local de que se trate (v. SS. de 16 y 27 de junio, 10 de julio y 7 de noviembre de 1997, entre otras). Por otra parte, el Código Penal sanciona también, como allanamiento de establecimientos mercantiles o locales abiertos al público, el hecho de entrar en los mismos, fuera de las horas de apertura, contra la voluntad de su titular (art. 203.1).

Así las cosas, una interpretación ajustada a la literalidad del Texto Legal y respetuosa con las exigencias de la lógica jurídica implica el reconocimiento de que el hecho de la penetración en lugar cerrado, para el apoderamiento de las cosas muebles que pudiera haber dentro del mismo, constituye parte integrante del correspondiente tipo penal, de tal modo que, en principio, la antijuridicidad de estas conductas encuentra respuesta adecuada y suficiente en los preceptos relativos a los delitos de robo con fuerza en las cosas (arts. 237, 238, 240 y 241 CP). Consiguientemente, la circunstancia de que el hecho se lleve a cabo en un edificio o local abierto al público únicamente puede valorarse, en su caso y desde la óptica de los delitos contra el patrimonio, como subtipo agravado del robo con fuerza en las cosas (art. 241.1 CP), lo que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala, a la que ya nos hemos referido, no sucede cuando el hecho tuviere lugar fuera del horario de apertura al público. Por tanto, la pretensión de sancionar tales conductas, más allá del marco penal indicado, implicaría una vulneración del principio *non bis in idem* (art. 25 CE), por lo que, en principio, debe ser rechazada.

Únicamente cuando en la conducta enjuiciada resulte acreditado que el culpable –al penetrar en el establecimiento mercantil o local abierto al público– no sólo preten-

día el apoderamiento de las cosas muebles ajenas que allí pudiera haber, sino que también perseguía otras finalidades (tales como examinar la documentación que allí pudiera existir, obtener cualquier tipo de información que pudiera ser relevante desde el punto de vista de los intereses comerciales, descubrir datos personales del titular o de las personas que desarrollen allí sus actividades, etc.), al lesionarse específicamente un ámbito de privacidad legalmente protegido, más allá de la invasión inherente al delito de robo con fuerza en las cosas, estaríamos en presencia de un concurso de delitos, al haberse vulnerado claramente dos bienes jurídicos protegidos distintos.

Como quiera que, en el presente caso, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida es suficientemente explícito, al decir que el acusado, tras fracturar la luna del escaparate del establecimiento que allí se indica, penetró en el mismo “con ánimo de lucro ilícito”, sin que para nada se indique, ni pueda inferirse del contexto de la sentencia recurrida, que, al propio tiempo, el acusado persiguiese cualquier otra finalidad distinta que pudiera afectar a la esfera de la privacidad del titular del establecimiento, pues ni siquiera se hace constar en aquel relato la posible existencia de bienes, objetos, documentos o efectos que pudieran tener relación el referido ámbito de privacidad, es preciso concluir que no cabe apreciar la infracción legal denunciada».

A la vista de la doctrina precedente, el motivo y recurso del Ministerio Fiscal debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de febrero de 1999)

### *Existe robo en casa habitada aunque el morador estuviera ausente*

Quinto.—(...) Respecto del carácter especial de la vivienda asaltada, hay que advertir que la casa habitada es la morada de la persona aunque accidentalmente se encuentre ausente de ella cuando el robo se produce. De ahí que sea necesario puntualizar los extremos que se indicarán, no sin antes referir que la agravación de este supuesto deviene no sólo por la mayor peligrosidad que supone la invasión del domicilio ajeno para perpetrar el robo, sino también por la igualmente mayor antijuridicidad de una conducta que se introduce ilegítimamente en la sagrada intimidad del lugar (Sentencia de 19 de julio de 1993).

1. Por casa habitada ha de entenderse no sólo la que está real y permanentemente utilizada, sino también la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas e inciertas. 2. La definición de la casa habitada, antiguo artículo 508, aparece claramente expuesta en el artículo 241.2 del vigente Código, resolviéndose así la duda que surgiría cuando un propietario tiene varias viviendas que utiliza temporalmente o cuando los ocupantes se encuentren accidentalmente ausentes, pues el concepto se objetiviza, prescindiendo de la sospecha que tenga el acusado respecto de que la casa no estuviere habitada en aquel momento (Sentencia de 4 de marzo de 1992). 3. El concepto se extiende por tanto a «otras segundas viviendas», si están habitadas aunque no sea permanentemente. Y 4. La voluntad legislativa se cumple también cuando existen varias moradas, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad de «presentarse en cualquier momento el morador ausente».

En el presente caso las manifestaciones de la perjudicada y las «consideraciones ambientales» puestas de manifiesto por la propia Policía, avalan el carácter del domicilio violentado.

(Sentencia de 24 de febrero de 1999)

*Dependencia de local abierto al público: terraza que constituye dependencia aneja a bar*

Segundo.—(...) La profunda modificación que supone el nuevo artículo 241 CP con respecto al artículo 506 CP ha significado, entre otros resultados, la superación de la vieja polémica sobre la extensión que debía darse al concepto «edificio público» que recogía el derogado 506.5.º al introducir en su ámbito de aplicación los edificios o locales abiertos al público, concepto éste que no ha suscitado polémica y que pudiera interpretarse como «toda dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden actuando de cara al público, lo que supone que sus titulares conceden una amplia habilitación a todos los interesados a penetrar o acceder libremente al local para realizar las actividades y gestiones relacionadas con la dedicación del establecimiento» (véase STS de 11 de mayo de 1998).

Además, el apartado tercero del artículo 241 CP se preocupa de proporcionar una interpretación auténtica de lo que deba entenderse por «dependencias» de los lugares protegidos especialmente por el precepto, y, así que lo son «sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física».

Hay que señalar que la sentencia recurrida podría haber hecho un mayor esfuerzo para describir la ubicación geográfica de la terraza y la estructura de la misma. Pero las deficiencias que se observan al respecto no impiden constatar el dato fáctico de que «la terraza tenía acceso directo desde la calle», lo que significa que no se encontraba en la vía pública sino diferenciada de ésta, constituyendo un recinto al que se accede desde fuera. Si a ello se une la mención que también figura en el hecho probado de que el acusado que ejercía labores de vigilancia se encontraba en el «exterior» de la terraza en cuestión, debemos convenir en que, efectivamente, aquélla constituía una dependencia aneja al bar suficientemente delimitada y separada de la vía pública.

(Sentencia de 16 de abril de 1999)

*Se considera casa habitada la «segunda vivienda»*

Único.—(...) En cuanto a la aplicación indebida del artículo 241 del Código Penal por entender el recurrente que la vivienda donde se cometieron los hechos no constituía la vivienda habitual de la denunciante se ha de señalar que en diversas sentencias se ha dicho por este Tribunal que «la *ratio essendi* de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada ajena (incluso cuando el delincuente se haya cerciorado de la ausencia de los moradores), sino también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque suplementario a lo que constituye marco de intimidad merecedor de protección añadida» (v. SS. de 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 15 de marzo de 1991 y 19 de julio de 1993, entre otras); añadiéndose que «cuando el robo se comete en un piso, vivienda o domicilio, o cualquier otra denominación que signifique el albergue que constituye la morada de una o más personas, aunque se encuentren ausentes, el robo ha de subsumirse en el subtipo agravado del artículo 506.2 del Código Penal» (S. de 21 de diciembre de 1988); habiéndose afirmado, frente a la alegación de tratarse de chalés o de domicilios turísticos, que el concepto de casa habitada viene concretado en el artículo 508 del Código Penal, que «por él se resuelve la duda que surgiría cuando un propietario tiene varias viviendas que utiliza temporalmente, o cuando los ocupantes se encuentran accidentalmente ausentes», pues «el concepto se objetiviza prescindiendo del conocimiento de la sospecha que tenga el ro»

de que la casa no está habitada en aquel momento» (v. SS. de 6 de febrero de 1985, 29 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1992, entre otras) (STS 8-5-1998).

En concreto, según se dice en la Sentencia de 1 de marzo de 1990, se incluye en el concepto de «casa habitada» la llamada «segunda vivienda», si está habitada; poniéndose también de relieve que es irrelevante el que los sujetos se cercioraran previamente de la ausencia de los habitantes, porque por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores, aunque tan sólo lo sea en «fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente», ya que cualquier persona puede tener más de una morada, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de «presentarse en cualquier momento el morador ausente» (v. SS. de 28 de septiembre de 1987 y 14 de julio de 1989, entre otras).

Se recoge en el *factum* que el apartamento se encontraba ocupado por la denunciante, y en el fundamento jurídico primero, con valor fáctico, que constituía la morada aunque no permanente de la perjudicada, por lo que se estima bien aplicada, conforme a la doctrina expuesta, la agravación de casa habitada.

Por todo ello, el motivo ha de ser inadmitido en virtud de lo establecido en los artículos 884.3 y 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Auto de 16 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 242

*La intimidación debe guardar relación instrumental con el robo. No comete este delito el ladrón que arremete a un testigo que intenta evitar su huida*

Segundo.—(...) La Sentencia subsume el hecho en la modalidad de robo violento porque el acusado agredió con un arma a un testigo del hecho, al que causó una lesión, al «intentar frenar su huida», señalando previamente que no había logrado ningún desapoderamiento anterior. Frente a esa calificación se denuncia que la violencia aparece desconectada del robo, por lo que no es de aplicación el artículo 242 del Código.

3. El error denunciado debe ser estimado.

El artículo 237 del Código Penal exige, al describir la conducta típica del robo en su modalidad intimidatoria, que la intimidación sea empleada para el desapoderamiento. Desde esta perspectiva no habrá robo con intimidación si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción. En otras palabras, la intimidación debe estar relacionada de medio a fin con el desapoderamiento, de forma que su empleo sea la causa determinante del mismo, construyendo al sujeto pasivo a una entrega no querida de un bien mueble. (Cfr. SSTs 3-3-1983, 26-1-1994 y 18-5-1994), o asegurando su sustracción frente a una oposición del perjudicado o de terceros.

El hecho probado refiere que la intimidación, y las lesiones, no tuvieron por objeto un desapoderamiento, pues el acusado no pretendió con su empleo un bien mueble ni conseguir asegurar alguna cosa mueble previamente sustraída, sino evitar ser detenido por un hecho intentado con anterioridad, sin haber obtenido ningún objeto. La intimidación no guarda relación causal alguna con el desapoderamiento de bienes muebles. Esa desconexión hace que la tipificación procedente sea la del robo con fuerza intentado y la de lesiones, estando una y otras desconectadas. Como nos recuerda la jurisprudencia de esta Sala, por la STS 26-1-1994, el acometimiento físico que transforma el delito de robo con fuerza o el hurto en robo violento, es el que se produce durante el proceso de apoderamiento de los bienes. La intimidación no dirigida al desapoderamiento debe ser calificada de forma independiente a la sustracción porque no guarda relación con ella.

Cuestión distinta sería si la violencia o intimidación se ejercitara de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento. En estos casos la violencia o intimidación se realiza dentro de una unidad espacial y temporal que permite su subsunción en el robo violento, pues no ha de olvidarse que este tipo penal es un delito compuesto integrado por la sustracción de un bien mueble y el empleo de violencia o intimidación.

No es el supuesto del hecho probado en el que la intimidación ejercida se realizó tras una persecución por calles, con introducción en un bar en cuya entrada esperó al perseguidor para detenerle, momento en el que el acusado agredió a su perseguidor con causación de las lesiones que se declaran probadas.

Procede, consecuentemente, casar la Sentencia y dictar una segunda en la que se condena al acusado por un delito de robo con fuerza en las cosas intentado, y una falta de lesiones, absolviendo del delito de robo con intimidación.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

### *La violencia exigida en el tipo no requiere la producción de lesiones: autonomía de ambos delitos*

Primero.—(...) Esta doctrina jurisprudencial impone la desestimación del motivo. En primer lugar, porque la expresión subrayada por el recurrente como predeterminante («tratamiento médico o rehabilitador») es ajena por completo al tipo penal de robo con violencia, toda vez que la «violencia» requerida por el artículo 242.1.º, aplicado al caso, no requiere la producción de lesiones que se deriven de la misma, sino que debe ser interpretada como toda acción o ímpetu de fuerza que se realice sobre una persona para vencer la resistencia natural que oponga a la desposesión, con total independencia de los daños concretos que resulten de aquélla. Basta por ello la mención que se hace en el *factum* de la sentencia impugnada al forcejeo que tuvo lugar entre el acusado y la víctima cuando ésta trató de evitar la consumación del acto depredatorio, y la lesión sufrida por el dueño del bar, para calificar el hecho como delito de robo con violencia intentado, que es lo que hizo la sentencia.

En cuanto al delito de lesiones, la expresión utilizada por la Audiencia, no son los empleados por el legislador para la descripción de la figura penal. Los términos que describen la esencia del delito de lesiones del artículo 147 CP son «causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental», en tanto que «la necesidad de tratamiento» es un elemento normativo y no es necesario que realmente haya tenido lugar (STS de 17 de octubre de 1998).

En segundo lugar, la expresión de «tratamiento médico y rehabilitador» que precisó la lesión sufrida, no sólo no está reservada a los juristas, sino que forma parte del lenguaje común de la sociedad, sino que, además, es de normal empleo cuando se trata de explicitar que la curación del daño sufrido necesita de la intervención o participación de la ciencia médica y de los profesionales de la medicina.

Por último, significar que, aun cuando en el caso que nos ocupa se expulsara del relato de hechos probados la frase cuestionada, la narración histórica no se vería huérfana de los elementos objetivos y normativos que configuran el delito de lesiones del artículo 147 CP, pues, como acertadamente señala el Fiscal en su escrito de contestación al recurso, en la fundamentación jurídica de la sentencia se contienen pronunciamientos de indudable naturaleza fáctica como es la referencia al informe del médico forense y la descripción del alcance de la segunda actuación médica «de todo punto necesaria, de mayor importancia y trascendencia que la primera, debida a reincidencia en la movilidad del foco (posible pseudoartrosis)...».

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

*Concurso real con los delitos que constituyan el acto de violencia física que acompaña al robo: solución una vez desaparecidos los tipos complejos del artículo 501 del derogado Código*

Primero.—(...) Como recuerdan las Sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1996 y 7 de febrero de 1997, el nuevo artículo 242 del vigente Código Penal, impone una nueva y profunda modificación si se compara con el artículo 501 del Código derogado, puesto que desaparecen los cuatro primeros números que integraban figuras complejas con la consiguiente agravación penal, en tanto que con la actual redacción queda el delito de robo con intimidación como un tipo abierto a cualquier medio violento o intimatorio si bien cuando este medio, por sí mismo, integre además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso real con el delito de robo violento.

Una aplicación de la nueva redacción y enfoque del delito de robo y de su autonomía en relación al delito de lesiones, una vez desaparecidos los anteriores delitos complejos de los cuatro números del derogado artículo 501, complejidad que sólo era expresión de una determinada política criminal que llevaba a tales uniones con una exasperación punitiva superior a la resultante de la penalización independiente y separada de los dos delitos, lleva inequívocamente a la admisión del recurso del Fiscal al estar en presencia de delitos distintos y autónomos, siendo de aplicación las penas correspondientes a las circunstancias previstas por el legislador, y por tanto, si para ambos delitos de robo y lesiones, se prevén subtipos agravados —está fuera de duda la condición de la navaja y del destornillador como instrumentos peligrosos—, procede su autónoma aplicación sin riesgo de cuestionamiento del principio *non bis in idem*, ya que se trata de delitos independientes que atentan contra bienes jurídicos distintos.

(Sentencia de 27 de abril de 1999)

*El delito es consumado, pues los autores tuvieron disponibilidad del dinero sustraído siendo detenidos por la policía después de instalar controles y dispositivos de búsqueda*

Tercero.—En el primer motivo, formalizado por infracción de ley, denuncia el error de derecho padecido en la Sentencia por la inaplicación del artículo 16 del Código Penal entendiendo que el relato fáctico expresa que no llegó a consumarse el delito de robo pues no existió disponibilidad, siquiera potencial, del objeto del desapoderamiento al iniciarse la persecución en el mismo momento de la sustracción.

El motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado discutiendo la errónea subsunción de la Sentencia, precisamente, sobre la consumación del delito. El hecho probado del que debe partirse en la impugnación refiere, en el particular que interesa a la resolución de la impugnación, que los dos acusados y un tercero planearon la comisión de un robo con intimidación, quedando Fabián en el vehículo que les sirvió para la llegada y para la huida tras su comisión. Realizado el atraco, los otros dos huyen por distintas calles para concurrir donde se encontraba el vehículo. Antes de su llegada al mismo el acusado G. se encontró con un policía local al que desarmó y en su huida se deshizo de un maletín en el que había guardado el dinero obtenido y guardó el mismo entre sus ropas. Montan los tres en el coche «trataron de abandonar la ciudad de Córdoba, no iniciándose la persecución policial inmediatamente, sino pasados más de diez minutos desde la puesta en mar-

cha del automóvil que se dirigió hacia la RN-IV». En el mismo sentido, el relato fáctico relata cómo tras la localización del automóvil el conductor del vehículo, C., logró eludir en varias ocasiones la persecución policial con «algún tiempo de desaparición».

El relato fáctico, del que se parte en la impugnación, permite comprobar lo correcto de la subsunción y, consiguientemente, la inexistencia de error alguno, pues a lo largo de su extensa redacción se expresa la consumación del delito de robo a partir de la disponibilidad de los acusados sobre el botín obtenido. Cuestión distinta a la consumación del delito es la actuación policial desplegada para evitar el agotamiento del hecho delictivo estableciendo los controles y el dispositivo que dio lugar a la localización del vehículo de los acusados logrando recuperar el dinero sustraído.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

*Asalto a sucursal bancaria: la interrupción de la persecución, con la consiguiente posibilidad de disposición del dinero sustraído aunque fuera por poco tiempo, hace que el delito quede consumado*

Cuarto.—(...) Se pretende que el delito de robo cometido por el asalto al banco con apropiación de 794.000 ptas. no debió sancionarse como delito consumado, sino como frustrado, pues el dinero fue recuperado tras la accidentada persecución que relatan los hechos probados.

Ante todo, hay que decir que el artículo 71 que aquí se señala como infringido, se refiere a la determinación de las penas en los casos de concursos ideales (o mediales) de delitos y nada tiene que ver con el tema ahora suscitado, relativo la fijación del momento en que quedan perfeccionados estos delitos consistentes en el apoderamiento de cosas muebles ajenas.

A esta cuestión dedica la Sentencia recurrida varias páginas de su fundamento de derecho 1.º, a las que nos remitimos, pues allí se argumenta y resuelve de modo adecuado.

Estos delitos quedan consumados, con arreglo a la doctrina de esta Sala, cuando se ha producido el apoderamiento de la cosa mueble ajena y, además, ha existido disponibilidad del objeto sustraído, aun cuando esa posibilidad de disposición fuera mínima, de modo que la persecución ininterrumpida seguida de la aprehensión de la totalidad de lo hurtado o robado impide que el delito quede consumado. Sin embargo, la interrupción en la persecución determina su consumación. Así ocurrió en el presente caso: hubo un tiempo en que los autores del atraco al banco, tras abandonar el coche en el que iban huyendo de la persecución policial, permanecieron fuera del alcance de los agentes que trataban de detenerles, de modo tal que uno de ellos (Francisco, el no recurrente) fue detenido a los pocos minutos de haber abandonado el vehículo, después de haber dejado la escopeta y el dinero que llevaba en un bosque inmediato donde luego fue hallado; mientras que el otro (el recurrente Cristóbal) fue aprehendido cuando había transcurrido ya más de una hora, después de haberse escondido en una cabaña, ocupándosele una pequeña parte del botín y el revólver simulado.

La interrupción de la persecución, con la consistente posibilidad de disposición del dinero sustraído aunque fuera por poco tiempo, nos obliga a considerar que, tal y como dijo la Sentencia recurrida, el delito de robo quedó consumado.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1999)

## ARTÍCULO 242.2

*La exhibición de navaja integra el subtipo agravado, aunque no hiciese además de uso con fines lesivos*

Segundo.—(...) El recurso plantea una cuestión ya resuelta en la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Es cierto que un sector doctrinal estima que la mera exhibición de un arma, como amenaza para vencer la resistencia de la víctima de un robo, queda absorbida en la idea misma de intimidación, por lo que la cualificación agravatoria del párrafo 2.º del artículo 242 del Código Penal de 1995 únicamente se produce cuando las armas o instrumentos peligrosos son efectivamente utilizados, disparando, golpeando o agrediendo. Pero no es éste el criterio de la doctrina jurisprudencial, tanto en la interpretación del último párrafo del artículo 501 del Código Penal anterior como en la del artículo 242.2.º del Nuevo Código, que reproduce cuasi literalmente la cualificación anterior.

La doctrina jurisprudencial parte del criterio de que la intimidación surge cuando se inspira a la víctima un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño inmediato, real o imaginario, debiendo entenderse el término intimidatorio en sentido amplio y omni-comprensivo bastando por ello las frases o palabras amenazadoras o intimidativas, por lo que estos sentimientos de temor o angustia —que violentan la voluntad de la víctima— pueden producirse sin necesidad de empleo de armas ni medios físicos, más o menos peligrosos, mediante palabras o actitudes conminatorias o amenazantes; palabras o actitudes que pueden reforzarse, en ocasiones, por las propias circunstancias concurrentes, como la soledad de la víctima, su corta o avanzada edad, su minusvalía física o psíquica, la superioridad física del agente, la superioridad numérica, etc.

Es decir, que la intimidación puede concurrir con independencia del empleo de armas o instrumentos peligrosos. La utilización de éstos para reforzar la intimidación incrementa el riesgo potencial para la víctima, poniendo en serio peligro su integridad física e incluso su vida, ante la eventualidad de que su natural resistencia a ser despojado de sus bienes determine la efectividad de la agresión armada, tácitamente ínsita en la exhibición del arma: en consecuencia también se hace uso del arma cuando se emplea para obtener con ella una intimidación.

En definitiva la doctrina jurisprudencial no limita la expresión «haciendo uso de armas» a la última operatividad de las mismas (disparos, heridas, pinchazos, etc.) sino al hecho de «hacerlas servir para algo», y concretamente para «amenazar», lo que también representa un modo de utilización efectiva, por lo que la exhibición del arma, manifestándola exteriormente de modo suficientemente visible para que pueda reforzar la acción intimidativa con la amenaza ínsita de su empleo agresivo, integra la agravación, cuya justificación reside en el riesgo o peligro inherente en la presencia de las armas en la acción así como en la mayor peligrosidad del sujeto que planifica su acción contando con dicho empleo, pese a conocer los riesgos que genera (Sentencias 11 y 29 de diciembre de 1992, 2 de noviembre de 1994, etc.). Este criterio se ha reafirmado en relación con el Nuevo Código Penal en las recientes Sentencias 645/1998, de 13 de mayo, 21 de mayo de 1998, 719/1998, de 25 de mayo, 869/1998, de 24 de junio, 992/1998, de 23 de septiembre, 1094/1998, de 2 de octubre y 1281/1998, de 28 de octubre, entre otras.

Como señala por ejemplo, la Sentencia de 24 de junio de 1998, «son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de

indefensión y desamparo», añadiendo que «el tipo agravado se integra, perfila y configura mediante el uso externo de las armas o medios igualmente peligrosos, sin necesidad de exigir el ejercicio de violencia física sobre el cuerpo de la víctima, que si se da constituye una lesión a otros bienes jurídicos cuyo castigo independiente contempla el artículo 242.1 del Nuevo Código Penal».

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

*Uso de pistola metálica con apariencia de verdadera, desconociéndose si lo es, integra el tipo agravado de uso de instrumentos peligrosos al tener aptitud para ser usada como instrumento contundente*

Segundo.—(...) 2. Esta Sala viene exigiendo para valorar un objeto como arma que se trate de un instrumento adecuado y apto para atacar o defenderse. Armas son las de fuego siempre que estén en perfecto estado de funcionamiento; por lo que no merecen tal consideración las verdaderas que no están en condiciones de disparar, ni las simuladas o de imitación carentes de aptitud para hacer fuego. Ahora bien: aunque no puedan en tales casos utilizarse en la forma normal de disparo, pueden valorarse como objetos peligrosos si por sus materiales características físicas, que han de constar en el relato fáctico, permiten su utilización en forma contundente con el consiguiente mayor desvalor de la acción que representa el incremento del riesgo potencial para la víctima, justificativo de la agravación de la pena.

3. En este caso la sentencia de instancia no afirma más que la apariencia de autenticidad de la pistola esgrimida por el acusado, de la que expresamente reconoce no constar sus características y aptitud de funcionamiento. Pero sí dice en cambio que se trataba de una pistola «metálica»; afirmación fáctica de inexcusable respeto en este cauce casacional que justifica la apreciación del subtipo en cuanto esa cualidad material del objeto esgrimido le confiere indudable aptitud para su empleo como instrumento contundente, siendo por ello, si no arma de fuego, sí al menos un «instrumento peligroso».

4. Por otra parte la exhibición misma comporta el uso exigido para la apreciación del subtipo, que, contra lo alegado por el recurrente, no requiere de un efectivo empleo del objeto contundente, golpeando con él a la víctima en una acción realizada de agresión. En efecto, debe reiterarse que el fundamento de la agravación no está en la material lesión de la integridad física de la víctima, sino en la puesta en peligro de ese otro bien jurídico, por el riesgo potencial que desencadena la capacidad vulnerante del instrumento usado como medio de intimidación. Aunque el delito se integre y se perfeccione en el momento en que se alcanza el efecto compulsivo, cualquiera que sea el método que se emplee para producirlo, el legislador ha querido establecer un plus de antijuridicidad de la acción atendiendo al instrumento peligroso usado. No se trata de valorar dos veces la circunstancia material del efecto intimidativo, sino de agravar ésta cuando, además, el autor se ha valido del uso o exhibición de un objeto peligroso (Sentencia de 3 de febrero de 1998). Por ello es doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 12 de mayo de 1986, 17 de marzo de 1987, 14 de febrero de 1989 y 24 de septiembre de 1992, entre otras muchas), que la mera exhibición del arma o medio peligroso equivale a su uso a los efectos de aplicar el subtipo agravado del párrafo último del artículo 501 del Código Penal de 1973 y actualmente del apartado 2.º del artículo 242 del Código Penal de 1995 (Sentencia de 10 de febrero de 1998), pues aunque se usara inicialmente con fines sólo de intimidación puede pasar a ser efectivamente empleada para agredir causando efectos letales o de grave vulneración física (Sentencias de 21 de abril de 1993 y 29 de abril de 1996). El subtipo no se ha de iden-

tificar necesariamente con la violencia bastando con que el medio peligroso cumpla función intimidatoria, unida a la posibilidad de su empleo vulnerante.

Por lo tanto el que el hecho probado no relate una efectiva agresión física por parte del acusado no obsta la apreciación del párrafo segundo del artículo 242 al constar como probado que esgrimió una pistola «metálica» para intimidar, objeto contundente susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor y creador por ello de un riesgo objetivo para los asaltados suplementario de la intimidación anímica causada.

(Sentencia de 8 de marzo de 1999)

*La agravación consistente en hacer uso de las armas u otros medios peligrosos exige que éstos fueran llevados por el sujeto activo no procediendo cuando son tomados en el lugar del delito*

Segundo.—(...) No obstante, y aun cuando el recurrente no aporta ninguna argumentación a su denunciada indebida aplicación del artículo 242.2 CP, el motivo debe ser estimado en este particular pues, como razona el Fiscal al apoyar este reproche, la agravación dispuesta en el precepto citado, exige que el culpable lleve el arma, de tal manera que cuando el arma no se lleva, sino que se toma *in situ*, no es de apreciar la agravación (entre otras, SSTs de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993, y ya en la actualidad la de 22 de septiembre de 1998), habiendo quedado acreditado y declarado probado que el acusado, al negarse la víctima a entregarle el dinero que le pedía «... empezó a golpearlo a fin de que se lo diese, llegando a coger un cuchillo de la cocina que le colocó en el cuello, amenazándole con matarle si no le daba dinero...». Queda claro, pues, que cuando se inicia la violencia sobre la víctima del despojo, el agresor no llevaba el cuchillo, sino que lo cogió más tarde para conseguir doblegar la resistencia de aquél, y, por lo tanto, no es de aplicación la agravación específica apreciada por la instancia.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

*No procede aplicación del tipo agravado de hacer uso de armas si el condenado se limitó a mostrar el machete que llevaba en la cintura sin llegar a sacarlo*

Primero.—En el primer motivo del recurso, articulado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia la aplicación indebida, a los hechos declarados probados, del apartado 2 del artículo 242 CP, esto es, la apreciación en el caso del tipo agravado de robo con violencia o intimidación que se comete cuando el autor del delito hace uso de armas u otros medios peligrosos que llevar. El motivo debe ser estimado. A primera vista, se diría que nuestra respuesta debe ser la contraria habida cuenta de que en el *factum* de la Sentencia recurrida se hace constar que el acusado le dijo a la víctima que no gritase o la pincharía, «mientras le exhibía un machete», de lo que cabría deducir que el primero amenazó a la segunda esgrimiendo el arma. No obstante, en el tercer fundamento de derecho, al razonar el Tribunal de instancia la apreciación del tipo agravado, introduce matizaciones a la afirmación anterior que debe considerarse la modifican significativamente. Dícese en este lugar de la resolución recurrida que la víctima «tal vez no viera empuñado el cuchillo por Joaquín A. (desde luego no lo esgrimió en dirección hacia la mujer), pero sí observó, justo cuando recibía la amenaza (de que si chillaba, la pincharía), que el acusado le mostraba el machete portado en la cintura». Esta explicación revela, en la medida en que la misma contiene

aseveraciones de hechos que el Tribunal de instancia consideró tan probados como los relatados en el lugar correspondiente de la Sentencia, que: *a)* el acusado no esgrimió el cuchillo; y *b)* se lo mostró a la mujer sin sacarlo de la cintura. Habiendo sido este último gesto la exhibición del arma que se atribuye al acusado, debe objetarse que la misma no es suficiente para decir, al efecto de subsumir el hecho en el apartado 2 del artículo 242 CP, que el mismo «hizo uso» del cuchillo. Se hace uso de un arma o medio peligroso cuando se la utiliza según su destino natural o, al menos, se amenaza con ella de forma que se manifieste –S. 13-2-1990– la disposición real del autor a causar un daño a la víctima, porque sólo entonces la presencia del arma añade a la acción depredatoria un factor de riesgo perceptible y directo. Si, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, el delincuente amenaza con el uso del arma indicando simplemente que la lleva, la sustracción constituye indiscutiblemente un robo con intimidación porque aquella advertencia es suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, pero no constituye un robo típicamente agravado por el uso de armas o medios peligrosos. El mero hecho de portar armas, que en el artículo 506.1.º CP 1973, era presupuesto de una agravación específica en el robo con fuerza en las cosas, no produce ya el mismo efecto en este delito ni, lógicamente, puede producirlo en el de robo con violencia o intimidación, la apreciación de cuyo tipo agravado está legalmente condicionada no sólo a «llevar» el arma sino a usar la que se lleva. Razonamientos que nos conducen a declarar que se ha aplicado indebidamente en la Sentencia recurrida el apartado 2 del artículo 242 CP y a estimar, en consecuencia, el primer motivo del recurso.

(Sentencia de 26 de noviembre de 1999)

### ARTÍCULO 242.3

*La atenuación puede extenderse también a los casos de robo en que se usen armas o medios peligrosos, en atención a la menor antijuridicidad del hecho y a la menor entidad de la violencia o intimidación: penalidad*

Segundo.–El apartado 3 del artículo 242 CP contiene un tipo privilegiado en cuanto otorga una facultad discrecional al Tribunal para imponer la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero ante supuestos en que la violencia ejercida sea de escasa entidad. Considera que en los mismos debe declinar el rigor o dureza con que se sancionan esta clase de infracciones, evitando una desproporcionalidad manifiesta. La «menor entidad de la violencia o intimidación» es el requisito de base motivador de la suavización penológica, al que se adicionan factores circunstanciales del hecho, lo que lleva, en conjunto, a una disminución del contenido de injusto del delito.

De los términos literales del precepto se desprende en principio que esta facultad de rebajar la pena en un grado sólo la confiere el legislador a los Tribunales cuando el supuesto de hecho tiene su encaje en el apartado primero, y no cuando procede la aplicación del apartado segundo. No otro sentido cabría atribuir a la expresión «podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo», que en base a lo establecido en el artículo 70.1.2º del vigente Código, estaría comprendida entre uno y dos años de prisión.

Sin embargo hay que señalar también que la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebró una reunión el pasado 27 de febrero de 1998, con objeto de tratar de la cuestión aquí planteada. Tras la oportuna deliberación fue aprobada por mayoría la propuesta que aquí se recoge a continuación.

Dentro de una interpretación más flexible, se entiende que puede resultar excesivamente severa la penalidad de tres años, seis meses y un día, hasta los cinco años, aplicable a los supuestos de uso de armas o medios peligrosos, al menos en algunos casos de poca entidad, pues no pueden ni deben equipararse todos los supuestos de robo, concretamente con los atracos bancarios. De ahí que el artículo 242.3 ha de interpretarse en el sentido de que el precepto atenuatorio puede extenderse también a los casos de robo en que se usen armas o medios peligrosos, en atención a la menor antijuridicidad del hecho y a la menor entidad de la violencia o intimidación (criterio ya seguido en la Sentencia de 21 de noviembre de 1997. En tales casos la pena básica del artículo 242.1 deberá rebajarse en grado por la aplicación del artículo 242.3, y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de las reglas del artículo 242.2.

En los hechos aquí enjuiciados el objeto del robo consistió en una linterna valorada en trescientas pesetas, que fue recuperada. Es así pues que, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe ser rechazado el recurso del Fiscal en buena técnica jurídica, en tanto no existió indebida aplicación del artículo 242.3, al menos en el sentido con que el Fiscal formula y concreta la casación. Puede aplicarse el artículo 242.3 pero, en la orientación señalada, haciendo uso de ese apartado tercero en relación con el apartado primero, para, una vez hecha tal reflexión, hacer aplicación de la agravación del apartado segundo. La Audiencia indebidamente hace uso primero de la agravación (tres años, seis meses y un día de prisión hasta los cinco años) para después rebajar la pena en un grado (un año y nueve meses hasta tres años y seis meses de prisión).

Mas el Fiscal lo que pretende es que se declare la imposibilidad de aplicar el apartado tercero cuando concurre la agravación específica del apartado segundo, tal y como antes se ha consignado. No obstante, las peculiaridades de la casación como recurso extraordinario, impiden modificar la sentencia impugnada que no hizo uso de las reglas del artículo 242 en la forma que este Tribunal Supremo interpreta, con lo cual la pena nunca debió exceder de dos años. La pena inferior en grado a la de dos años a cinco años de prisión, sería la de uno a dos años de prisión, pena ésta que ya tendría que haberse impuesto en su mitad superior, esto es de un año, seis meses y un día a dos años de prisión.

Queda constancia de eso ante las posibilidades que un hipotético indulto pudiera ofrecer en su día.

(Sentencias de 18 de enero y 17 de febrero de 1999, y 16 de marzo de 1999)

### *Criterios jurisprudenciales para la apreciación de este tipo atenuado*

Tercero.—(...) Ya hay una jurisprudencia de esta Sala explicativa del alcance y contenido de esta disposición que constituye una radical novedad en el reciente CP, por la que se permite adaptar la pena del robo en aquellos casos en que, por tratarse de violencias o intimidaciones de menor importancia, aparece como excesiva la pena prevista para los casos ordinarios de robo con violencia o intimidación en las personas. Véanse las Sentencias de 31-12-1997, 9-3-1998 y 30-4-1998, entre otras, particularmente esta última que estudia ampliamente el tema y considera fundada esta atenuación facultativa en razón a una menor antijuridicidad del hecho y no por una menor culpabilidad o imputabilidad del autor.

Examinando tal jurisprudencia y los supuestos a los que se viene aplicando, observamos que, sin perjuicio de otros criterios que pudieran utilizarse según las

circunstancias concretas del caso, son dos los que se manejan en la aplicación de esta norma del artículo 242.3:

1.º La entidad de la violencia o la intimidación. Así se viene aplicando este artículo 242.3 en los casos de violencia menor como en los conocidos supuestos de sustracción de bolsos por el procedimiento del tirón (siempre que no se arrastre a la víctima), o en los casos de amenazas meramente verbales y sin concreción del mal con el que se pretende causar miedo, incluso, a veces, cuando hay amenazas con mera exhibición de alguna clase de arma u objeto peligroso, considerándose compatible con la aplicación del 242.3 (así lo estimó esta Sala en una de sus reuniones plenarias para unificación de doctrina).

2.º La cuantía de lo sustraído, dado que no podemos olvidar que nos hallamos ante un delito de contenido mixto (personal y patrimonial).

Pues bien, en el caso presente, como nos dice el Ministerio Fiscal, tales dos criterios nos obligan a considerar que aquí faltan los elementos que la propia Ley considera necesarios para que pueda aplicarse esta atenuación facultativa.

Evidentemente hay infracción de ley si no concurren los presupuestos que la propia norma penal contempla como base para su aplicación.

(Sentencia de 15 de marzo de 1999)

### *Robo por procedimiento del tirón de bolso con contenido de escaso valor*

Sexto.—El quinto y último motivo acogido al artículo 849.1 LECrim, denuncia inaplicación del artículo 242.3 del Código Penal vigente. Sostiene el motivo que en el relato fáctico no existió apenas violencia o intimidación y de lo que se apoderó fue una camisa, cuyo precio de venta al público ascendía a seis mil pesetas, lo que obligaba a imponer un grado inferior. El apartado 3 cuya inaplicación se cuestiona, contiene un tipo privilegiado que otorga una facultad al Tribunal («podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo») cuando la violencia ejercida fuera de escasa entidad. La menor entidad de la violencia o intimidación es el requisito para la citada rebaja penológica. Ha señalado la Sentencia 1396/1997, de 21 de noviembre, de este Tribunal que para hacer uso de tal facultad se precisa una apreciación de una disminución del contenido del injusto del delito, tanto en lo que se refiere a la ínfima cuantía de lo sustraído, como a la menor entidad de la intimidación. En definitiva, que el legislador para neutralizar en parte el endurecimiento de la penalidad en el robo, deja en manos de los Tribunales la posibilidad de apreciar la escasa entidad en la violencia o intimidación empleada para la reducción de la pena, tomando en cuenta no sólo la acción instrumental, sino la acción final y el resultado. La doctrina científica española señala como el paradigma de esta clase de hechos, el robo por el procedimiento del «tirón» de un bolso con contenido de escaso valor. El motivo que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser acogido, porque la violencia e intimidación ha presentado escasa entidad. Efectivamente, la violencia del «tirón» fue mínima, ni siquiera hizo perder el equilibrio al robado, ni le causó lesión levísima y la intimidación restante para consumir el apoderamiento también fue de baja intensidad en cuanto a las amenazas. Finalmente, valorando, como exige el precepto, las demás restantes circunstancias del hecho, se destaca el valor módico del objeto aprehendido. Todas estas plurales circunstancias han de jugar para la rebaja facultativa del artículo 242.3 del vigente Código Penal.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

*El dolo de atentar contra la propiedad con violencia o intimidación no absorbe al dolo de allanar la morada: concurso medial entre robo con intimidación y allanamiento de domicilio*

Segundo.—El primer motivo, tras el relato del hecho probado que transcribe, señala que el Ministerio Fiscal, con una redacción similar del hecho al de la sentencia, formuló acusación por delito de allanamiento de morada (art. 202.1.º y 2.º) y la Sala de instancia absuelve de este último delito, por entender que el ánimo de lucro propio del robo excluye por absorción el ánimo de allanar.

Entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, que si el morador se hubiera encontrado ausente, la calificación del hecho como robo con fuerza en las cosas hubiera conducido a la aplicación del tipo agravado de robo en casa habitada del artículo 241 del Código Penal vigente. Tal tipo agravado no es, según el motivo, sino una consecuencia de la específica agravación en el plano legal del concurso de lesión simultánea de dos bienes jurídicos de la persona, propiedad e intimidad, tratándose en realidad de un tipo complejo en el que se adecuan los elementos de dos tipos —el robo con fuerza en las cosas y el allanamiento de morada—. Por ello, cuando se aplica tal tipo no cabe penar separadamente el allanamiento, pues en otro caso se conculcaría el principio de *non bis in idem*.

Pero cuando la acción se subsume en el robo con intimidación, que ha tenido lugar en la propia morada con entrada inconstituida en la misma, no existe el tipo complejo y funcionan autónomamente ambos desvalores por lo que es necesario imponer la pena de acuerdo con las normas del concurso, teniendo en cuenta que se trata de acciones distintas, entrar y apoderarse, si bien pueden considerarse ligadas por un vínculo instrumental o de preordenación.

Pese a la concreta acusación fiscal por el delito de allanamiento de morada, el Tribunal de instancia no accedió a tal petición, ni estimó el concurso delictivo con el robo violento, con cita en la Sentencia de esta Sala de casación de 7 de noviembre de 1997, aunque reconoce que con tal argumentación se produce la paradoja de resultar agravado el robo con fuerza en las cosas, cuando se cometa en un domicilio y no ocurre lo mismo cuando se trate de un delito de robo con violencia, pero así resulta de la aplicación de los artículos del Código Penal.

Para dar respuesta a la cuestión planteada en el recurso, conviene precisar que si bien el texto precedente al Código Penal vigente de 1995, establecía unas agravaciones específicas del robo con fuerza en las cosas en el artículo 506, entre las que figuraba su comisión «en casa habitada o alguna de sus dependencias», pero que, en todo caso, algunas de ellas hacían más referencia a apoderamiento intimidatorio, como cometer el delito «asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo», (3.º) o el porte de armas u otros objetos peligrosos (2.º), o la comisión «contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales públicos o contra la persona que los custodie o transporte» (4.º).

No sólo antes de la modificación operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE del 27 de junio) existía la duda de la aplicabilidad de estas concretas agravaciones tan sólo al robo con fuerza en las cosas, sino que el propio Tribunal Supremo declaró aplicables a ambas clases de robo —Sentencias de 8 de junio de 1953, 8 de abril de 1954, 19 de febrero y 15 de noviembre de 1982.

Incluso después de la repetida reforma, el núm. 5.º del artículo 501, en los casos no expresados en el precepto, imponía la pena de prisión menor, «salvo que por razón de la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al 505, en cuyo caso se aplicará éste: “Tal ocurría en los robos con

violencia o intimidación del citado núm. 5.º del artículo 501 de más de 30.000 pesetas, portando arma u objeto peligroso, que por la circunstancia 1.ª del artículo 506 habría que imponer la pena de prisión menor en su grado máximo e igual, concurriendo cualquier otra circunstancia, pero incluso podría alcanzarse la prisión mayor, concurriendo además la 2.ª, 3.ª o 4.ª del citado artículo 506”».

Ya una jurisprudencia, de la que puede ser exponente la Sentencia de 10 de junio de 1987, destacaba que, precisamente, para evitar infundados privilegios respecto al robo con fuerza en las cosas, el inciso último del artículo 501.5.º se remitía a la penalidad de tal delito y por ello se estimó que, aunque después de la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, el artículo 506 quedaba reservado a los robos cometidos con fuerza en las cosas, no impedía que se aplicara el núm. 5.º del artículo 501 y la referida remisión penológica aun cuando la depredación se hubiera realizado con violencia o intimidación exclusivamente, como se recogió en la Sentencia de 28 de febrero de 1989.

Pues bien, en cuanto a la segunda circunstancia del artículo 506, la agravación por comisión del delito en casa habitada, encontró su razón de ser, no sólo en la propia peligrosidad del robo en casa habitada ajena, pese a conocer la ausencia de moradores, sino en la mayor antijuridicidad que acompaña a la acción por el ataque suplementario al marco de intimidad merecedor de una añadida protección —ver por todas, las Sentencias de 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 5 de febrero y 15 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1992 y 1919/1993, de 19 de julio—. Publicado y en vigor el Código Penal de 1995, en que dedica también un capítulo común «De los robos», el II, del Título XIII, si bien castiga al culpable de robo con fuerza en las cosas —artículo 240— con prisión de uno a tres años, en el artículo siguiente impone prisión de dos a cinco años, cuando el robo se comete en «casa habitada, edificio o local abiertos al público o cualquiera de sus dependencias», en el apartado 2) da una definición auténtica de casa habitada y en el 3) de sus dependencias. Tal agravación específica, no se explicita si concurre cuando el delito con violencia o intimidación se cometa en casa habitada, o como en el caso del recurso, que se proyecta y realiza como robo con fuerza en las cosas por la utilización del escalo (art. 238.1.º), pero que luego se convierte en delito de robo con violencia o intimidación.

Surge ya el *thema decidendi* de si en este supuesto se da la concurrencia del delito de robo violento con el allanamiento de morada, como calificó el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en la instancia y postula en este recurso y motivo.

Ya la Consulta de la Fiscalía General del Estado 10/1997, de 29 de octubre, sobre robos con violencia o intimidación perpetrados en la morada, se pronunció sobre la concurrencia del delito de allanamiento de morada, estimó la compatibilidad entre ambas infracciones, entendiendo que la perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se hubiera penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá pensarse con arreglo a tal disposición.

Cierto que en el ordenamiento anterior al Código Penal de 1995 en el robo cometido con violencia o intimidación cometido en la morada de la víctima, se aplicaba la agravante 16.ª del artículo 10, ejecutar el hecho en la morada del ofendido cuando no haya provocado el suceso, pero tal agravante ha desaparecido del nuevo texto punitivo.

Pero siguen existiendo diversos bienes jurídicos tutelados por la norma en los delitos de robo violento y allanamiento de morada, en cuanto el primero protege el patrimonio y el otro la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Ni el artículo 490 del Texto de 1973, ni el artículo 202 del Texto vigente exige un específico ánimo subjetivo en la figura del allanamiento domiciliario, si bien alguna vez la doctrina juris-

prudencial lo exigió, pero la mayoritaria se conformó con un dolo genérico –Sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976, 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 y 2107/1994, de 28 de noviembre.

En estos supuestos habrá de aplicarse el concurso delictivo, medial del artículo 77 o el genérico del artículo 73.

De no aplicar esta solución se podrían producir anomalías punitivas. Así, sería castigado el autor de un robo con fuerza en casa habitada con pena de dos a cinco años, al paso de que el robo violento o intimidativo, cometido también en casa habitada quedaría con idéntica pena, con lo cual el mismo hecho, pero ejecutado con violencia o intimidación en las personas se castigaría igual que si no existiera este plus de mayor agravación por la violencia o intimidación.

El principal argumento de la sentencia de instancia, es la cita de la Sentencia 1351/1997, de 7 de noviembre, que recoge que la intimidad y la inviolabilidad del domicilio son bienes de naturaleza distinta a la propiedad, y que añade exemplificativamente: «Está claro que el que entra a robar en un establecimiento o local abierto al público, tanto en las horas de apertura como en las de cierre, obra impulsado exclusivamente por un evidente ánimo de lucro, sin otras connotaciones... La presencia del ánimo depredatorio excluye, por absorción, el ánimo de allanar un establecimiento o local fuera de las horas de apertura...». En parecidos términos se expresa la Sentencia 730/1998, de 25 de mayo, del mismo ponente.

Pero ambas resoluciones hacen referencia a robos en local abierto al público, y no suponían el *thema decidendi* de esta cuestión. Por el contrario, como señaló la Sentencia 591/1997, de 16 de junio, «en los supuestos de casa habitada y edificio público la agravación se aplica cuando el hecho se comete en cualquier hora del día o de 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 (abiertos al público) no se desarrolla una función de especial relevancia pública o social, ni tampoco constituye centro de desarrollo de la intimidad de las personas...». (En igual sentido, también la Sentencia 741/1998, de 28 de abril.)

En la Sentencia 729/1998, de 22 de mayo, se añade que «el mayor desvalor que representa la agravación del subtipo en el artículo 241 donde se atiende a la naturaleza del lugar en que el robo se comete para, en función de este solo dato, establecer una agravación de la penalidad que se equipara a la propia del robo con violencia del artículo 242.1.º sólo se explica cuando se produzca un mayor ataque del mismo bien jurídico que esté protegido en el tipo genérico o la vulneración o puesta en peligro de otro bien jurídico distinto además del que es propio del tipo básico del robo con fuerza en las cosas... Ese otro bien en el concreto supuesto de locales comerciales... no puede serlo tampoco la intimidad de la persona como en la casa habitada...».

(Sentencia de 6 de mayo de 1999)

Primero.–(...) La Sala sentenciadora, condenó por delito de robo con violencia en grado de tentativa –ya que el condenado fue finalmente reducido por Andrés–, del artículo 242.1.º del vigente Código Penal así como de un delito de lesiones del artículo 147. En el fundamento jurídico sexto razona el porqué no se condena por el delito de allanamiento de morada del artículo 202.1.º del que también acusaba el Ministerio Fiscal. Es precisamente esta absolución la que motiva la casación instada.

Dos son los argumentos que llevaron a la Sala de instancia a absolver por el delito de allanamiento de morada: a) por el primero, se dice que al aplicar el vigente Código Penal, en el que se tipifica el delito de allanamiento de morada, se vulneraría el princi-

pio acusatorio porque ello supondría una acusación sorpresiva, teniendo en cuenta que en el anterior Código Penal no existía tal delito y sí solo la agravante genérica del párrafo 16 núm. 10 de «ejecutar el hecho... en su morada...»; y b) por el segundo argumento se dice que el ánimo de robar absorbe al móvil de allanar y por ello debe sancionarse sólo el delito de robo con intimidación.

La Sala no puede compartir ninguno de los dos razonamientos que llevaron al Tribunal sentenciador a la absolución por el delito de allanamiento y por el contrario estima que debió condenarse, también, por dicho delito, con lo que, ya se anuncia, procede la admisión del recurso del Ministerio Fiscal.

No existe vulneración del principio acusatorio ni puede hablarse de acusación sorpresiva. Del propio tenor de la sentencia, en su antecedente segundo, se observa que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de conformidad con el anterior Código Penal, que se encontraba vigente cuando aquéllos se cometieron; en tal sentido y en relación a los de la letra c) –robo con violencia–, fueron calificados, provisionalmente, como constitutivos de un delito de los artículos. 500, 501.4.º y agravante 16 del artículo 10 del Código, es decir, optaba por el delito complejo de robo con lesiones con la agravante de ejecutar el hecho en la morada del ofendido. Iniciada la vista, y en el trámite de la Audiencia Preliminar –artículo 793.2.º LECrim–, el Ministerio Fiscal estimando más beneficioso para el imputado el vigente Código Penal, efectuó la correspondiente acomodación, que en relación al hecho c), consistió en calificarlo como constitutivo de un delito de robo con violencia del artículo 242.1.º, de un delito de lesiones del artículo 147, y de un delito de allanamiento de morada del artículo 202.1.º, y con este pórtico acusatorio, sin contabilizar ninguna protesta ni petición por la defensa se inició la vista oral. Realmente los hechos eran los mismos, y de ellos ya tenía conocimiento la defensa desde que se le dio traslado para calificar, la modificación efectuada por el Ministerio Fiscal afectó sólo a la calificación jurídica y por razones de exclusivo beneficio para el imputado, pues éste vio reducida la petición del Ministerio Fiscal de diez años a seis años y tres meses. Es obvio que en este contexto, no puede hablarse de indefensión ni de acusación extemporánea, y en todo caso si la nueva calificación le hubiese exigido a la defensa algún complemento temporal o probatorio, pudo solicitarlo en el mismo trámite, constatándose al respecto, no sólo su silencio sino que estuvo de acuerdo con la calificación del Ministerio Fiscal a salvo concretos extremos ajenos al tema del allanamiento –véase antecedente tercero de la sentencia.

En relación al argumento de la absorción del dolo de allanar en el de robar, tampoco puede ser admitido.

Una de las novedades del vigente Código Penal ha sido la supresión de la agravante de morada y la limitación del subtipo agravado de casa habitada al delito de robo con fuerza en las cosas. La conclusión de este efecto combinado es que, en relación al delito de robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada, debe ser aplicable el delito de allanamiento en la redacción del artículo 202.1.º, ya que en otro caso, el plus de reprochabilidad que pudiera suponer cometer el delito en el domicilio de la víctima quedaría sin el correlativo incremento de pena, lo que dejaría desprotegidos concretos bienes jurídicos como son el riesgo de enfrentamiento con los posibles moradores de la vivienda, lo que de por sí supone una mayor peligrosidad del imputado, y, además, la violación de la intimidad del hogar, es decir, de ese espacio donde la persona y su familia desarrollan su privacidad, y todo ello, precisamente en relación al delito de robo con violencia o intimidación, lo que pone de manifiesto un claro despropósito en relación al robo con fuerza porque tratándose de robo con fuerza sí que está contemplada esta circunstancia a través del subtipo agravado del artículo 241.

Este planteamiento conduce por sí solo al absurdo de resultar irrelevante el robo con violencia o intimidación cometido en el domicilio de la víctima, en tanto que esa misma acción, cometida con fuerza, acarrearía la aplicación del subtipo agravado que se comenta.

Resulta evidente que esta solución, perversa y desproporcionada no ha sido la intención del Legislador, en la medida que ha dispuesto del delito de allanamiento que en su párrafo primero contempla, precisamente, la acción efectuada por el condenado en la sentencia sometida a la censura casacional.

Tampoco el principio de absorción del dolo de allanar por el de atentar contra la propiedad ajena puede ser admitido, pues sin desconocer que tal consunción ha sido expresamente reconocida —con la consecuencia de absolver por el delito de allanamiento— por esta Sala en Sentencia núm. 1351/1997 en tesis asumida por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 19 de octubre de 1998, tal decisión no puede extenderse a los supuestos de viviendas por la mayor intensidad que los valores de intimidad e inviolabilidad tienen respecto del domicilio por comparación con el local de negocio, y porque la previsión agravatoria de la casa habitada en relación al robo con fuerza, exige como manifestación del valor justicia en clave de proporcionalidad e igualdad, una relevancia penal del delito de robo con violencia e intimidación cometido en el domicilio de la víctima, relevancia que debe ser a través del cauce legal previsto que es la tipificación del hecho como allanamiento de morada, máxime si se tiene en cuenta, que basta el dolo genérico de allanar para dar vida a este delito en los casos que tenga un carácter claramente medial respecto del robo, estándose en consecuencia en una situación de concurso real a resolver por las reglas del artículo 77 del Código Penal.

(Sentencia de 26 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 244

*Es autor el que sustrae el vehículo no quien se beneficia de la sustracción*

Segundo.—(...) Cuestiona el recurrente a través de este motivo la condición de autor que se le declara en relación al hurto del vehículo de motor utilizado en el atraco, y ello con base en el propio relato de hechos en el que se afirma textualmente «...aquella madrugada, uno o varios de ellos, sin que haya quedado acreditado quién o quiénes fueron, sustrajeron, mediante la operación llamada “un puente”, el turismo...».

El motivo debe prosperar a consecuencia del sustancial cambio operado en la redacción del delito del artículo 516 bis del antiguo Código, en relación al actual 244 del Código vigente. Así como el verbo sobre el que descansaba toda la acción antijurídica en el artículo 516 bis era «...el que utilizase...», que permitía estimar como autor del delito a todo aquel que conscientemente se beneficia del vehículo sustraído, aunque no haya intervenido en su apoderamiento, en el actual tipo penal, se opera una relevante reducción ya que autor sólo es «...el que sustrajese...», reducción que ha motivado un cambio en la jurisprudencia de suerte que autor ya sólo será aquel que materialmente efectúe la sustracción, no el que simplemente se beneficia de la sustracción llevada a cabo por otros.

Como recuerdan las Sentencias de 3 y 17 de febrero de 1998, la actual reducción del tipo penal del artículo 244, deja fuera del ámbito de lo punible, entre otros supuestos, la de aquellas personas que se limitan a usar el vehículo con conocimiento de su ilícita procedencia, pero sin haber tomado parte material en la sustracción. Es evidente que esta notable variación en relación a la anterior figura del artículo 516, en cuanto

ley posterior más favorable extiende su vigencia a los hechos ocurridos durante la vigencia de la ley anterior más severa en virtud del principio de retroactividad de la Ley Penal en beneficio del reo de conformidad con el artículo 2 apartado 2 del vigente Código Penal.

No especificado en el relato de hechos quién fuera el autor material de la sustracción, procede la absolución del recurrente por el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, absolución que como se verá en el estudio de los otros recursos, y por idénticas razones debe extenderse al resto de los recurrentes, incluso al condenado no recurrente Rafael P.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

*Son autores los que deciden, de mutuo acuerdo, sustraer el vehículo, aunque materialmente sólo lo sustraiga uno; atipicidad del que, posteriormente, de forma ocasional, usa el vehículo*

Primero.—(...) 4. El Ministerio Fiscal sostiene que la inferencia realizada por el Tribunal sentenciador respecto de que fueron los tres acusados, los que usaron la motocicleta la compartiría y no tendría nada que objetar si se hubiese realizado en el ámbito de aplicación del Código Penal derogado de 1973, pero que hoy choca con la literalidad del artículo 244.1 del Código Penal vigente. Refuerza su argumentación afirmando tajantemente que para que el Tribunal pudiera condenar por el nuevo texto, tendría que estar acreditado que los recurrentes sustrajeron materialmente la moto, pues si sólo uno de ellos lo hizo y el otro o los otros la usaron pese a conocer su procedencia ilícita, la conducta de éstos sería impune.

Esta tesis final sería admisible si el hecho probado hubiese afirmado que la moto fue sustraída por alguien que no se identifica y los dos acusados recurrentes se limitaron a utilizarla conociendo su origen ilícito.

Ahora bien, en términos generales, la interpretación que se hace por la acusación pública no es admisible porque el nuevo Código no ha introducido más variante que la atipicidad del uso realizado por quien no participa en la sustracción pero deja intacta la punición de los partícipes en el hecho de apoderamiento material del vehículo. Es indudable que el apoderamiento material puede realizarse por una o por varias personas en concurso de voluntades, de tal manera que la confluencia de un grupo en el momento del apoderamiento del automóvil o la motocicleta los convierte a todos ellos en autores del hecho delictivo al haber materializado el verbo tipo que no es otro que llevar a efecto el acto de apoderamiento.

En este punto, el hecho probado no puede ser más descriptivo, al afirmar en el apartado D), que los tres acusados, previamente concertados en los medios y en el fin decidieron cometer un atraco, acordando que uno de los medios para llevarlo a efecto sería utilizar una motocicleta que sustrajeron horas antes de realizar el robo violento.

5. Si estos hechos se consideran ciertos e inamovibles y no cuestionados por el principio de presunción de inocencia es innegable que se está diseñando un delito de sustracción de vehículo de motor atribuible a todos los copartícipes concertados y cuya punición podría realizarse, no sólo por el Código anterior sino también por el vigente. El antiguo artículo 516 bis del Código Penal derogado castigaba a los que, sin ánimo de haberlo como propio, y sin la debida autorización, utilizaren un vehículo de motor ajeno. Encuadran dentro del tipo de utilizar, tanto al sustractor material que después lo usa como al que simplemente se beneficiaba de su uso conociendo su ilícita procedencia. Que el sustractor también estaba comprendido en las previsiones del tipo lo demuestra el párrafo segundo en el que se establece una agravación para el que rea-

liza la sustracción empleando fuerza en las cosas y más adelante se remite a la penalidad que se establecía para los robos violentos si en la sustracción se emplease violencia o intimidación.

El actual Texto legal, artículo 244.1 del nuevo Código Penal castiga a los sustractores agravando igualmente las penas para los casos de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación. Luego los supuestos que pudiéramos denominar básicos son sustancialmente idénticos. La única variante consiste en que en el actual sistema del nuevo Código los simples usuarios no sustractores, es decir, que no participan ni aislada ni concertadamente en el hecho material de la sustracción, quedarían impunes porque se ha querido dejar fuera del tipo penal a aquellas personas que, sólo de forma ocasional, se benefician del uso para el transporte o para cualquier otra finalidad, pero que no han participado en el hecho nuclear y directo de la sustracción.

Con arreglo a los criterios valorativos de la prueba que no se han visto alterados por la modificación circunstancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor, cabe considerar, según el acervo probatorio de que se disponga, que una persona aislada o varias concertadas, decidan sustraer un vehículo de motor y ejecuten este propósito y por tanto sean consideradas como coautores de la sustracción aunque haya sido uno sólo de ellos el que materialmente realizó las operaciones materiales para la sustracción. Esta responsabilidad como coautores se mantiene intacta cualquiera que haya sido la posición o la actitud que adopten con posterioridad a la sustracción inicial. Es decir, resulta indiferente que uno conduzca y el resto vaya como pasajero en el vehículo.

Pertenece a la libre valoración de la prueba el determinar si nos encontramos ante un solo partícipe o ante varios conjuntos pudiéndose presumir perfectamente, sin que por ello se resientan los principios de racionalidad y probabilidad, que deben regir la apreciación de las pruebas, que una persona al volante de un vehículo, con signos evidentes de haber sido sustraído, puede ser considerado como el autor material de la sustracción e imputarle esta misma condición a su acompañante si existen pruebas para suponer que han actuado con concierto de voluntades en el acto material de la sustracción.

(Sentencia de 23 de junio de 1999)

*Comete hurto de uso quien encontrándose un vehículo ya sustraído, lo sustraen a su vez para usarlo*

Único.—La Sentencia recurrida, entre otros pronunciamientos condenó a Enrique O. L. y a Jesús Angel R. D. como coautores de un delito de robo por la sustracción de un bolso por el procedimiento del tirón a una señora que caminaba por la calle. Se valieron de un coche, que había sido sustraído horas antes, en el que viajaban cuando vieron a la viandante y decidieron quitárselo.

La Audiencia les absolvió del delito de robo de uso por el que había acusado el Ministerio Fiscal que ahora recurre en casación por un solo motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, por entender que hubo infracción de ley por no haberse aplicado el artículo 244 Código Penal.

Los hechos, por lo que aquí interesa, en síntesis, ocurrieron del modo siguiente:

1.º Entre las 23 horas del 6 de enero de 1998 y las 3 horas del día siguiente se había producido la sustracción violenta del coche rompiendo el mecanismo de cierre de su puerta delantera izquierda y poniéndolo en marcha mediante el procedimiento conocido como «puente».

2.º Horas después, sobre las 15.50 de ese día 7 de enero, con la utilización de ese mismo coche por los dos acusados, se produjo la sustracción del bolso antes referida, con la posterior detención de los dos luego de una escaramuza con la Policía.

Es indudable que el vehículo que ocupaban los dos ahora recurridos cuando se produjo la sustracción del bolso era el mismo que unas horas antes había sido robado del lugar donde su dueño lo había dejado aparcado. La Audiencia absolvió por estimar que no habían sido identificados el autor o autores del inicial apoderamiento violento.

Estimamos que tiene razón el Ministerio Fiscal y como fundamentación reproducimos aquí lo que, para un caso muy semejante, nos dice la Sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1998 (RJ 1998\5168) en su fundamento de derecho 1.º: «El Tribunal de instancia no considera probado que los acusados fuesen los autores del robo del automóvil que se reseña en el primero de los hechos probados, pero sí estima acreditado que los mismos lo utilizaron para dirigirse, el día siguiente al del robo del vehículo, al lugar en que perpetraron el hecho narrado en el segundo apartado del *factum*. Pues bien, si los acusados tenían en su poder el vehículo en la mencionada ocasión, no siendo suyo ni contando con el consentimiento de su dueño —lo que es absolutamente indiscutible— es porque previamente lo habían tomado o aprehendido, esto es, sustraído. No consta, por cierto, que fuesen ellos los primeros en sustraerlo, por lo que no les puede ser imputada la fractura de la cerradura de la puerta del conductor, pero esto no impide que se les deba considerar autores de una verdadera sustracción: la que realizaron cuando, encontrando el vehículo ya abierto, se apoderaron de él sin necesidad de usar la fuerza. La sustitución, en la descripción del tipo de robo y hurto de uso de vehículos, de la palabra “utilizare”, empleada por el artículo 516 bis CP/1973, por la palabra “sustrajere”, preferida por el legislador de 1995, supone sin duda una cierta descriminalización, pero ésta sólo alcanza a quienes simplemente ocupan el vehículo y se desplazan en él sin haberlo sustraído ni haber participado en su sustracción, no a quienes habiendo hallado un vehículo abandonado, que presenta todos los signos de haber sido objeto de un robo y constándole, en consecuencia, que no se trata de una *res nullius*, puesto que nunca lo es un vehículo de motor por el hecho de haber sido sustraído, lo toman en una ulterior sustracción que sólo se diferencia de la primera en que, por la ausencia del empleo de fuerza, debe ser jurídicamente considerada hurto».

Luego, otra Sentencia de esta misma Sala, la de 22 de diciembre del mismo año 1998, también en un supuesto aún más parecido al presente, llega a la misma solución, cuando también en su fundamento de derecho 1.º nos dice que en tales supuestos «sólo caben dos hipótesis, la más gravosa sería la de atribuirle todos los hechos de fuerza en las cosas que se narran en el hecho probado o la hipótesis alternativa... que no es otra que, habiéndose encontrado el automóvil ya forzado y abandonado, decidiese sustraerlo de nuevo para la comisión de los hechos delictivos por los que ha sido condenado... Situándonos en la posición más favorable podemos admitir que la fuerza y “puente” se realizaron por otras personas, pero resulta indiscutible que el acto de ocupar un vehículo abandonado en estas circunstancias, introducirse en él y ponerlo en marcha es un acto de sustracción típico que también se incardina en el artículo 244.1 del nuevo Código Penal».

La similitud de tales casos con el aquí contemplado nos excusa de mayores razonamientos.

La conclusión ha de ser aquí la misma adoptada en las dos Sentencias antes referidas: excluir, por falta de prueba, la participación de los dos acusados en el hecho de la inicial sustracción violenta en que se rompió el mecanismo de cierre de la puerta del conductor y se hizo el «puente», por lo que no cabe condenarles por robo de uso del artículo 244.2 CP, y condenar por el 244.1 que sanciona el mismo hecho, pero sin fuerza en las cosas, como hurto de uso, tanto al conductor como al ocupante del ve-

hículo que había sido sustraído por ellos mismos unas horas o unos momentos antes del robo del bolso en el que fue detectada su presencia.

Respecto del dolo ninguna duda puede existir, pues la rotura del cierre de la puerta y el «puente» que tenía hecho el vehículo, circunstancias de las que necesariamente tuvieron que apercibirse tanto el conductor (Enrique) como el ocupante (Jesús Ángel), ponen de relieve que los dos conocieron que habían sustraído (en la más favorable de las dos hipótesis mencionadas) un coche para cuyo apoderamiento otras personas antes habían violentado el mencionado mecanismo de cierre.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 248

### *Estafa. Contratos jurídicos criminalizados: concepto*

Quinto.—(...) Los términos en que al respecto se pronuncia la Sala de instancia son, por su coincidente adscripción a la praxis jurisprudencial que cita, asumibles en su integridad en este trance. De ahí que nos sirvan para, por vía reproductiva, completar la respuesta jurisdiccional que merece el alegato recurrente: «Existe estafa, por cuanto si bien es cierto el acusado, Rafael G. M., dueño y administrador único de las sociedades limitadas “Motrans” y “Maycer” (aunque formalmente no conste así), no engañó “materialmente” a los perjudicados para que éstos le vendieran el maíz o la cebada, haciéndolo por tanto de forma voluntaria, no lo es menos, por un lado, que ellos venden al acusado dichos productos porque en años anteriores no habían existido problemas de pago con las personas que habían vendido sus productos al acusado, lo cual, obviamente, les producía confianza, y de otro (éste es el principal motivo de entender que concurren los elementos de la estafa) que el acusado cuando compra el maíz y los cereales, es consciente de que no va a poder pagar y pese a ello adquiere todo cuanto le llevan; es lo que nuestra doctrina jurisprudencial ha denominado “negocios jurídicos criminalizados”; que se consuman cuando en el intercambio social se encubren, bajo la forma de relaciones comerciales transacciones engañosas que son meras simulaciones, como ocurre cuando una de las partes contratantes —y así sucede en el caso de autos— no tiene propósito de cumplir (o se halla imposibilitada de hacerlo) lo que le incumbe, ocultando su designio a la otra, en cuyo caso, no existe compensación mutua y el que hace entrega de dinero o cosa —en el caso enjuiciado, cebada y maíz— resulta burlado en su buena fe y patrimonio, al dar por cierta y ser ficticia la apariencia de solvencia, crédito y honestidad comercial, en cuyo medio engañoso radica el dolo característico de los citados negocios defraudatorios».

Por tanto, si la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte a diferencia del *dolo subsequens* del mero incumplimiento contractual y —como se afirma en la Sentencia de este Tribunal de 31-12-1996— el elemento nuclear del engaño existe, no sólo cuando se desarrolla una puesta en escena destinada a crear una apariencia de solvencia que en realidad no existe, sino también cuando se omiten o escamotean elementos de la realidad cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para disuadir a la otra parte de llevar a cabo un determinado contrato, no cabe sino reafirmar que en el supuesto sometido a consideración resulta incuestionable la presencia de ese dolo penal que aflora cuando, en función de las circunstancias perfectamente conocidas por el autor del incumplimiento, se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

*Engaño: delimitación conceptual frente al mero incumplimiento contractual*

Quinto.—(...) Como bien dice la sentencia recurrida, el elemento clave de este delito se encuentra en el engaño, consistente en la expresión de unos datos o circunstancias falsos por parte del sujeto activo, que el pasivo toma por verdaderos, siendo este error el que le mueve a realizar el acto de disposición que resulta tan perjudicial para el disponente o un tercero como beneficioso (conseguido o intentado) para el engañador o para otra persona.

Imposible resulta precisar en qué ha de consistir el engaño. Sólo podemos decir que ha de haber una actitud falsaria que sea la causa del error del disponente.

Cualquier conducta contraria a la verdad, ya sea por disimular lo que existe, o por simular lo que no existe, con tal de que sea la adecuada para generar el error de quien realiza el perjudicial acto de disposición, puede calificarse como engaño, que, por ende, ha de ser siempre anterior o coetáneo con ese acto de disposición, nunca posterior, de modo que, ciertamente, como dice el recurrente, lo que es un mero incumplimiento civil no ha de ser considerado delito de estafa.

Entendemos que la sentencia recurrida razona de modo suficiente en su fundamento de derecho 1.º la concurrencia de los diferentes elementos de este delito en el caso que nos ocupa.

Ninguna duda hay en cuanto a que hubo ánimo de lucro (también puede existir en los contratos lícitos), así como unos perjuicios patrimoniales en quienes dieron su dinero a Inmaculada y ningún beneficio recibieron a cambio, todos los que conforman la larga lista que aparece en los hechos probados.

Tampoco puede haber duda de que hubo una actividad de Inmaculada, ayudada por diferentes personas —ignorantes de la trama—, para captar socios para la entidad «Allos Dir Dam» que pagaron la cuota de 5.000 ptas. anuales y algunos de ellos, posteriormente o a la vez, las diferentes cantidades que exigía a quien quería realizar alguno de los viajes que organizaba, concretamente el de Italia que motivó la denuncia con que se inició este procedimiento (folio 2).

La cuestión se plantea en cuanto a si en esa actividad de la acusada, causante de los múltiples actos de disposición perjudiciales para los socios, hubo o no engaño, es decir, si hubo o no conducta falsaria como origen del error de los disponentes.

El recurrente afirma que todo fue lícito y que sólo existió un incumplimiento civil por parte de Inmaculada. Ciertamente no fue así.

Dos datos concretos nos expone el mencionado fundamento de derecho 1.º:

1.º Ofrecer a los que se asociaran a «Allos Dir Dam», un viaje durante un fin de semana a Benidorm por la cuota anual de 5.000 ptas. que en ningún momento se pretendió cumplir, y así se deduce del hecho de que a algunos de los asociados, que efectivamente hicieron ese viaje a Benidorm, les llevaron por su propia cuenta (no por cuenta de Inmaculada) las personas que habían colaborado en la captación de los socios quienes, tras el fracaso del viaje a Italia, se sintieron moralmente responsables del incumplimiento de una oferta en la que de buena fe habían participado.

2.º La oferta del mencionado viaje a Italia a un precio verdaderamente irrisorio que no podía ser cumplido por la carencia de bienes de Inmaculada y de su empresa, teniendo en cuenta que la explicación que ella dio en el acto del juicio —que las pérdidas, asumidas por la sociedad, serían enjugadas con las cuotas de los asociados— carece de verosimilitud, si se piensa que tal captación forzosamente tenía que tener un límite, por lo que más pronto o más tarde la real insolvencia tendría que haber estallado.

Es decir, claramente hubo una maniobra fraudulenta, continuada a lo largo de varios meses, que pueda adscribirse a la que probablemente es la más frecuente de todas las modalidades de engaño en esta clase de delitos: la ficción de solvencia.

Inmaculada, tanto para obtener las 5.000 ptas. de cuota anual con promesa incluida de viaje con fin de semana en Benidorm (nadie da 5.000 ptas. a una desconocida sin contraprestación al menos prometida), como para las 20.000, o en algunos casos 40.000, dadas para el viaje a Italia, hacía ver a los diferentes asociados que el resto del importe total de los viajes correría a cargo de ella (o de «Allos Dir Dam» que es el nombre comercial con que Inmaculada actuaba como administradora única de la «Sociedad de Responsabilidad Limitada Stylo Singular»), cuando en verdad carecía de solvencia al efecto. Esta deficiente capacidad económica aparece declarada como hechos probados en la sentencia recurrida con base en el propio reconocimiento que Inmaculada hizo al declarar en el juicio oral.

Ciertamente existió el engaño propio de la estafa, no un mero incumplimiento posterior.

A este respecto, conviene recordar aquí, para terminar, la doctrina de esta Sala sobre el llamado contrato criminalizado o engaño implícito (SSTS 27-9-1991, 23-3-1992, 18-5-1993, 16-3-1995, 24-7-1997, 10-12-1997 y 20-7-1998, entre otras muchas), que existe cuando una persona realiza un contrato con el propósito inicial, que evidentemente oculta a la parte contraria, de incumplir totalmente lo que a él incumbe, o de cumplir sólo con aquella parte que le es imprescindible para aumentar su lucro, beneficiándose con lo que recibe del otro contratante. En estos supuestos hay una apariencia de contrato correcto acreditándose el engaño anterior, es decir, esa disimulada voluntad de incumplimiento, porque se puede deducir de hechos que se constatan después, que es lo ocurrido en el caso presente: el incumplimiento de Inmaculada, en relación con su comportamiento anterior y sus circunstancias, ha servido para revelar esa voluntad inicial de engañar que se fue concretando en la maniobra fraudulenta antes expuesta, que indujo a error a quienes pagaron las 5.000 o 25.000 pesetas u otras cantidades sin contraprestación alguna. En conclusión, hubo engaño a múltiples perjudicados, constitutivo del delito de estafa por el que la acusada fue bien condenada.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

*El engaño ha de ser suficiente: presentación a descuento en entidad bancaria de letras por operaciones ficticias: los empleados de la entidad pudieron solicitar al acusado la justificación documental de las operaciones de que derivaban los efectos, dado el historial de impagos que mantenía su empresa, lo que supone la in-existencia de engaño suficiente para integrar el tipo penal*

Segundo.—En las Sentencias de esta Sala de 23-2-1996 y 7-11-1997 se indican los elementos integrantes del delito de estafa, que estriban, según los términos de tales resoluciones, en:

1.º Un engaño precedente o concurrente, antes traducido en alguno de los ardides o artificios incorporados al listado de que el Código de 1944 hacía mención, y hoy, tras la Ley 8/1983, concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia

social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado; 3.º Origen o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial; 4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesta la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado; 5.º Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 528 CP, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia; y 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima.

A semejantes presupuestos del delito de estafa aluden también las SS. de esta Sala de 4-12-1980, 28-5-1981, 9-5-1984, 5-6-1985, 12-11-1986, 26-4-1988, 24-11-1989, 29-3 y 11-10-1990, 24-3-1992, 12-3 y 18-10-1993 y 23-11-1995.

En relación al elemento del engaño, la Sentencia de esta Sala 75/1998, de 23-1, remitiéndose a la de 23-4-1992, entiende que el mismo consistirá en la afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos.

Según la Sentencia de 23-4-1997, la moderna doctrina entiende que la suficiencia del engaño deberá ponderarse con un criterio subjetivo y concreto —atendiendo a la personalidad del sujeto pasivo y a las circunstancias fácticas concurrentes— y no con un criterio objetivo y abstracto.

Generalmente, el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral, y el engaño consiste en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o en que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. No se estimarán suficientes los artificios engañosos, si el sujeto pasivo del mismo hubiese podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente.

mente por el promotor del engaño, y si tal actividad de comprobación le era exigible por su cualificación empresarial.

Con arreglo a la doctrina expuesta, deben aceptarse los argumentos en que se apoyó la sentencia impugnada para absolver a Antonio A. A. del delito de estafa, y las razones expuestas por el Fiscal para impugnar el motivo primero del recurso de la acusación particular, y debe desestimarse tal motivo.

El engaño en el supuesto de autos consistió en la ficción por parte de Antonio A. A. de que las siete letras endosadas al «Banco Central Hispano» reflejaban operaciones reales entre las entidades libradas y la Cooperativa «Transdiagonal-Mar», que administraba el acusado, libradora de los efectos, e incorporaban créditos de la Cooperativa contra los librados. Pues bien, según lo argumentado por la sentencia, tal engaño no fue bastante, ya que se hubiese podido descubrir de haberse verificado por los empleados de la entidad bancaria labores de comprobación de que los efectos no eran ficticios, pidiendo a A. la justificación documental de las operaciones de que derivaban las letras. Tal exigencia era elemental dado el historial de impagados que mantenía la Cooperativa «Transdiagonal-Mar» con la sucursal del «Banco Central Hispano-Americano» de Gran Vía ... de Barcelona, que se refleja en el relato fáctico de la sentencia impugnada y el fundamento segundo de la misma.

(Sentencia de 24 de marzo de 1999)

*Engaño bastante para producir error: criterios objetivo y subjetivo para valorar su concurrencia*

Segundo.—(...) El sujeto pasivo no es un lego o particular, sino un profesional de la venta de electrodomésticos por lo tanto, avezado conocedor del mercado, que, ante una venta de cierta entidad (más de medio millón de pesetas) debió extremar las precauciones para garantizarse el cobro. En consecuencia mantiene que, la conducta del acusado es absoluta, total y radicalmente incapaz de configurar el engaño bastante que define el delito de estafa.

2. Los elementos constitutivos de la estafa son: a) engaño bastante y apto para mover la voluntad del sujeto pasivo; b) acto de disposición por parte de la persona a la que se dirige el engaño; c) conexidad causal entre el engaño y el acto de disposición; y d) ánimo de lucro.

El elemento sustancial que constituye el núcleo de la conducta típica es el engaño, entendido en el sentido de asechanza, trampa o añagaza con la que se trata de crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo. Por ello la vida diaria nos ofrece una infinita variedad de actuaciones que desarrolla o interpreta el actor en las que, como se ha dicho, la fantasía del delincuente supera las previsiones del Legislador.

Como también ha señalado reiteradamente la doctrina de esta Sala el engaño, tiene que ser antecedente, bastante y causante. En el caso que nos ocupa podemos afirmar que la actividad del recurrente ha sido antecedente y causal, pero es discutible que sea bastante, es decir apto para explicar y justificar el desplazamiento patrimonial efectuado por la víctima.

El artículo 248.1 del nuevo Código Penal exige literalmente que el engaño sea bastante para producir error en otro. Para valorar este elemento sustancial del tipo es necesario realizar una doble consideración. En primer lugar debemos considerar la maniobra engañosa en abstracto, desde esta posición la conducta desarrollada por el actor debe tener entidad para crear una apariencia de realidad y seriedad en el mundo

general entre personas de mediana perspicacia e inteligencia. Pero no es suficiente con ello para encontrar rastros de tipicidad penal en la conducta de los defraudadores, se exige, además, una valoración o análisis en concreto, referido a la persona a la que se dirige el engaño examinando si, en esas específicas circunstancias el engaño es bastante o suficiente para mover la voluntad de una persona en particular.

3. Desde esta doble perspectiva, objetiva y subjetiva, debemos examinar las circunstancias del caso que nos ocupa. Nos encontramos ante un profesional del mercado de electrodomésticos que conoce perfectamente las características de su ramo y que está acostumbrado a la realización de las transacciones, pidiendo cantidades a cuenta y concediendo facilidades de pago por el resto del precio fijado, valiéndose de instrumentos de crédito como letras de cambio o cheques postdatados. En el caso presente se observa, con el análisis de la causa, que efectivamente el acusado es persona que tiene varios antecedentes policiales por actos defraudatorios cuya relevancia, a los efectos de esta causa, debemos rechazar ya que no está permitido en nuestro sistema un derecho penal de autor.

Centrándonos en la conducta desplegada por el acusado respecto del vendedor, nos encontramos con que se dice, en primer lugar, que la mercancía se pagaría al día siguiente y como elemento determinante para mover la voluntad del sujeto pasivo se esgrime un cheque por importe de 394.284 pesetas pero advirtiendo que carece de fondos para su cobertura. Ante esta conducta es lógico pensar, que el vendedor debió extremar las precauciones y desconfiar de la solvencia de su cliente, por lo que al no hacerlo así no puede pretender el amparo del Derecho penal ya que se observa una cierta falta de diligencia en el desempeño de su trabajo habitual.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

#### ARTÍCULO 250.1.2.<sup>a</sup>

*Estafa procesal: elementos. Constitución fraudulenta de una relación contractual inexistente iniciando como acreedor un juicio de cognición tratando de provocar el error en el Juez*

Primero.—(...) Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 794/1997, de 30 de septiembre, que la modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250.1.2.º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del juzgador y las garantías del procedimiento.

Como recuerda la Sentencia 530/1997, de 22 de abril, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte, debiendo reconocerse que «las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio» (S. 9 marzo 1992). «La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición (el Juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal

que aparece expresamente prevista en el propio texto del artículo 248.1 del Código Penal cuando nos habla de “perjuicio propio o ajeno”» (S. 4 marzo 1997).

Lo que no cabe, como modalidad agravada de estafa, es que debe cumplir todos los requisitos exigidos en la definición de la estafa ordinaria recogida en el artículo 248.1 del Código Penal, como son: el engaño; el error debido al engaño; el acto de disposición —en este caso resolución judicial— motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro; y la relación de imputación que debe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

Partiendo, como debemos, del relato fáctico de la sentencia de instancia, puede apreciarse la concurrencia de cuantos elementos se dejan expresados.

Ciertamente, la recurrente, actuando con plena conciencia de la falsedad de sus alegaciones, determina al Juez de Primera Instancia a iniciar un procedimiento civil en reclamación de quinientas mil pesetas que manifiesta haber entregado a los demandados como señal del traspaso de un local y que recibido el dinero éstos ofrecieron de nuevo el traspaso a terceras personas, haciendo suyo el dinero de la fianza, cuando está plenamente acreditado que esas quinientas mil pesetas correspondían a la cantidad entregada a cuenta del único traspaso que se había realizado precisamente con las que llama «terceras personas». Provoca, pues, error en el titular del Órgano Jurisdiccional, que inicia un juicio de cognición, con el fin de beneficiarse indebidamente de esa cantidad en perjuicio de los demandados.

El engaño existió y fue bastante en cuanto construye fraudulentamente una relación contractual inexistente de la que surge como acreedora de una suma de dinero, y que por su apariencia de realidad provoca que el Juez adopte las decisiones pertinentes para hacer efectivos los derechos económicos que se reclaman a los demandados en el juicio de cognición.

(Sentencia de 22 de abril de 1999)

#### ARTÍCULO 250.1.6.<sup>a</sup>

##### *Tipo agravado de estafa atendiendo al valor de la defraudación: criterio jurisprudencial*

Sexto.—(...) Tampoco cabe estimar infringido e indebidamente aplicado el artículo 529.7.º CP, en su redacción de 1983 (hoy 250.1.6.º del CP 1995), conforme a doctrina jurisprudencial establecida a partir del año 1991, y manifestada en las Sentencias de 16-12-1991, 25-3, 16-7 y 23-12-1992, 16-6 y 13-7-1993, 26-5 y 2-7-1994, 19-12-1995, 13-5 y 20-11-1996 y 12-5, 7-11 y 9-12-1997, según la cual se aprecia la agravante de cuantía importante, como simple u ordinaria, cuando la cantidad defraudada alcanza los dos millones de pesetas, y como muy cualificada cuando llega a los seis millones de pesetas.

(Sentencia de 16 de marzo de 1999)

#### ARTÍCULO 251.2

##### *Contratos civiles criminalizados: venta de pisos ocultando la hipoteca que los grava*

Primero.—(...) Como entre otras dicen las Sentencias de 30 y 21 de mayo de 1997, la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad se

halla en el concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta del agente encuentra acomodo en el precepto penal que conculca, puede hablarse de delito, sin que por tanto ello quiera decir que todo incumplimiento contractual signifique la vulneración de la Ley Penal, porque la norma establece medios suficientes para restablecer el imperio del Derecho ante vicios puramente civiles. Depurando más el concepto diferenciador, la Sala Segunda tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 28 de junio de 1983, 27 de septiembre de 1991 y 24 de marzo de 1992, entre otras muchas), que la estafa en general, como si de la madre de todos los engaños se tratara, existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar, que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, a través del artículo 1253 del Código Civil, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito.

Surgen así los denominados negocios civiles criminalizados en los que el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude. Son contratos procedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, defina la existencia del tipo penal. Mas ha de entenderse que ese engaño, simulación artera de una seriedad en los pactos que en realidad no existe, ha de provocar en cadena el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto, pero ha de provocarlo de manera antecedente, no sobrevenida. El Código Civil se refiere al dolo civil como un supuesto de nulidad del consentimiento, artículos 1265, 1269 y 1270, lo que significa pues, de acuerdo con lo arriba señalado, que ese dolo no genera sin más la infracción penal, independientemente de que en la pura esfera del Derecho Civil tampoco se llegue siempre a la nulidad de la relación (Sentencia de 1 de diciembre de 1993). El negocio criminalizado será puerta de la estafa cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude (Sentencia de 24 de marzo de 1992), a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechancia al patrimonio ajeno (Sentencias de 13 de mayo de 1994 y 1 de abril de 1985 entre otras).

Segundo.—Tal doctrina no ha de impedir, para ahondar en la figura delictiva asumida por los Jueces de la Audiencia, la señalización de los requisitos inherentes al delito de estafa, como corroboración y ampliación de lo ya expuesto.

La estafa viene siempre configurada a medio de tres requisitos constituyentes. Engaño, ánimo de lucro y perjuicio: *a*) el engaño como maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia, para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero. Constituye quizás el núcleo fundamental de la estafa comprendida en los artículos 248 y 249. Se condensa en la acción, en la actividad o en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme al plan preconcebido. Falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad; *b*) el ánimo de lucro, verdadero elemento subjetivo del injusto, constituye la característica determinante del dolo específico con que se procedió por el agente, como deseo, meta, logro o intención para obtener un lucro, un beneficio patrimonial, una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida. Este ánimo de lucro va embebido en ese dolo intencional que se desenvuelve con conciencia y voluntad de engañar, naturalmente que coetáneo a la propia mentira; y *c*) a través de la consiguiente relación

causal, el engaño propiciado con la intención acabada de describir, va encaminado a la producción de un perjuicio, propio o de terceras personas, como disminución del patrimonio, tras la obligada comparación de la situación del sujeto pasivo, antes y después del acto de disposición determinado por el error.

Tercero.—De otra parte la tipología del artículo 251.2 del Código Penal requiere, como reiteradamente se dice por la doctrina casacional: *a)* que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida ésta en su más amplio significado; *b)* que a través del mismo haya sido transferido dicho objeto como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen; *c)* que con conocimiento de tal gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando esa existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro; y *d)* que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero (Sentencias de 16 de junio de 1993, 28 de noviembre, 14 y 4 de septiembre, 12 de junio, 19 de mayo y 23 de enero de 1992, 14 de noviembre, 19 de junio y 14 de mayo de 1991, de entre las últimas).

El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa en el momento de la celebración del contrato, de ahí que al concertarse las respectivas voluntades es cuando el vendedor debe hacer uso de su deber de información (Sentencia de 17 de febrero de 1990).

1. En el antiguo artículo 581, párrafo primero, es indiferente que el bien sea mueble o inmueble, también que la cosa que se vende sea o no propia.

2. Que el gravamen al que el precepto se refiere no queda limitado exclusivamente a los reales, como prendas o hipotecas, sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales o prohibiciones de enajenar.

3. Que el engaño «a sabiendas» y el perjuicio patrimonial se encuentran directa e íntimamente unidos entre sí con una serie de connotaciones peculiares, pues el perjuicio que es consecuencia lógica del engaño, no tiene por qué estar determinado con absoluta precisión como tampoco tiene por qué referirse sólo al adquirente si también puede estar afectado el titular del gravamen, siendo así que en casos como el presente el daño puede originarse desde que se adquiere la cosa, si el adquirente la recibe disminuida de valor como consecuencia de ese gravamen que existe y se oculta (Sentencia de 5 de febrero de 1990), de la misma manera, y lo decía la Sentencia de 14 de noviembre de 1991 antes citada respecto de un supuesto parecido, que la circunstancia de cancelarse después de la consumación delictiva la carga o gravamen existente, es inoperante a los efectos penales, con trascendencia únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 252

*Alquiler de vehículo no devuelto una vez transcurrido el período fijado en el contrato*

Único.—La cuestión jurídica que en el presente caso se plantea es la determinación de si de los hechos que el Tribunal de Instancia ha declarado probados, cabe afirmar la existencia en el acusado de voluntad de retener como propio el vehículo que recibió mediante un contrato de alquiler. Sólo si su conducta hubiera consistido en apropiarse el vehículo podrá sancionarse como delito de apropiación indebida, pero no si se trató

tan sólo de un incumplimiento del contrato de arrendamiento que no podría tener más que una sanción civil.

En la Sentencia recurrida se entendió que no pudo haber apropiación del vehículo porque en ningún momento fue requerido el acusado para que devolviera el automóvil, ni tampoco lo fue la persona que prestó su nombre y documentación identificadora para contratar el arriendo. Pero queda claro que el personal de la empresa de alquiler intentó requerir a quien había dado los datos identificativos, los únicos que conocía, y aunque, sin duda, será habitual en la práctica que se rebasen los plazos establecidos inicialmente al contratar, tales excesos serán de corta duración u objeto de correspondientes avisos y acuerdos de prolongación del plazo, siquiera verbales, telefónicos o por otros medios de comunicación, que cubran la prolongación de la relación arrendataria. Pues bien, en este caso, la voluntad de tener el acusado el vehículo como propio se desprende inequívocamente de la no comunicación a la empresa de alquiler de cualquier propósito de prolongación del contrato, a la par que, durante un plazo cercano a un mes, se privó a la arrendadora de noticia alguna de la localización del automóvil, poniéndolo así de forma definitiva fuera de la disposición que como titular dominical le correspondía. Además, corroborando el propósito del acusado de retener el vehículo como dueño, consta el hecho de que no lo devolvió voluntariamente sino cuando fue localizado por la Policía, y, agentes de ésta se presentaron en su domicilio para recuperarlo. En igual sentido ha entendido la doctrina de esta Sala haberse producido la apropiación de vehículos alquilados en casos similares al presente, en Sentencias de 1 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 8 de octubre de 1992.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

### *Elementos del delito de apropiación indebida: doctrina jurisprudencial*

Segundo.—(...) La constante Jurisprudencia de esta Sala II exige como elementos precisos para la consumación del delito de apropiación indebida: *a*) una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos, o cualquier cosa mueble; *b*) un título posesorio, determinativo de los fines de la tenencia, que pueden consistir sencillamente en la guarda de los bienes, siempre a disposición del que los entregó —depósito—, o en destinarlos a algún negocio —comisión o administración—; *c*) incumplimiento de los fines de la tenencia, ya mediante el apoderamiento de los bienes, ya por no darles el destino conveniente, sino otro determinante de enriquecimiento ilícito para el poseedor; y *d*) el elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o de darle un destino distinto del pactado, determinante de un enriquecimiento ilícito (STS de 19 de enero de 1998).

En el caso de autos, existen los requisitos del tipo penal aplicado, pues en el relato de hechos probados se describe la acción del acusado, que aprovechando su condición de agente de seguros incorpora a su patrimonio el importe de pólizas que había cobrado y que debía reintegrar a la compañía aseguradora, lo que evidencia la existencia de una conciencia y voluntad de hacer como propio el metálico ajeno que tenía la obligación de reintegrarlo, vulnerando este deber que en definitiva es en lo que consiste el *animus rem sibi habendi*, que viene reputándose por la doctrina y Jurisprudencia como el elemento subjetivo propio de este delito.

Con lo que se evidencia la existencia de los elementos necesarios para la perfección del tipo penal por el que fue condenado el impugnante, concurriendo en su persona la condición de autor, por haber realizado directa y dolosamente los hechos que lo configuran.

Por lo que, no respetando el relato de hechos probados de la resolución recurrida, el motivo articulado, incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3.º de la LECrim, y ante la carencia manifiesta de fundamento, en el artículo 885.1.º del mismo texto.

(Auto de 21 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 257

### *Alzamiento de bienes. Doctrina jurisprudencial*

Undécimo.—(...) En el relato de hechos se compendian los elementos objetivos y subjetivos del tipo descrito en el artículo 519, pues, el alzamiento de bienes (art. 519 del CP 1973, 257 CP 1995), como infracción de un mero riesgo que es, más que de resultado lesivo (pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento) exige los siguientes requisitos:

a) Como presupuesto básico, la existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo generalmente preexistentes, reales, serios y graves y, de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles; empleándose las expresiones adverbiales «generalmente» y «de ordinario», porque es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro, augurando un evidente perjuicio para sus intereses patrimoniales, se adelanten o anticipen a la materialización del crédito o créditos, o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando o abortando las legítimas expectativas de sus acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendentes a burlar los derechos de aquéllos y a eludir su responsabilidad patrimonial.

b) Un elemento dinámico que puede estribar en destrucción u ocultación de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, y en otras muchas más modalidades comisivas.

c) Un elemento tendencial o ánimo específico de defraudar al acreedor o acreedores, burlando y eludiendo la responsabilidad personal patrimonial universal del deudor, consagrada en los artículos 111 y 1911 Código Civil; y

d) Que, como consecuencia de tales maniobras elusivas, devenga total y parcialmente insolvente, o experimente una acusada, aunque ficticia, disminución de su acervo patrimonial, imposibilitando o dificultando en grado sumo a sus acreedores el cobro de sus legítimos créditos (SS. 8-7-1988, 2-11-1990 y 14-2-1992).

Pues bien, el detalle con que la Sala de instancia analiza las circunstancias del caso enjuiciado ratificando la presencia del mencionado tipo delictivo permite homologar su decisión en este trance procesal.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

### *Alzamiento de bienes: requisitos*

Cuarto.—(...) 2. La jurisprudencia ha venido estableciendo una serie de requisitos necesarios para perfilar el tipo del alzamiento de bienes. En primer lugar se exige la existencia de unos créditos en favor de uno o varios acreedores y las correlativas obligaciones a cargo del deudor o deudores. Con carácter complementario, se ha establecido que dichos créditos deben estar vencidos, ser líquidos y gozar de exigibilidad. En

segundo lugar, se requiere la realización de maniobras encaminadas a la ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita, de los propios bienes, así como la simulación fraudulenta o cualquier otra actividad que busque sustraer los bienes de la masa acreedora a la finalidad y destino del pago de las obligaciones contraídas. En tercer lugar, se debe producir una situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente, derivada de las actividades anteriormente descritas. Por último debe concurrir, como elemento subjetivo del injuicio, un ánimo específico y tendencial que se plasma en la intención de causar un perjuicio al acreedor o acreedores. Como consecuencia de este último requisito, nadie discute que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad que se perfecciona con la puesta en marcha de cualquiera de los artificios encaminados a procurar la ineffectividad de los derechos de los acreedores.

3. En el caso presente, se dibujan en el hecho probado todos los elementos o requisitos integrantes del tipo aplicado. La relación acreedores-deudora establecida entre la entidad «ODEM, SA» y las diversas firmas comerciales que ha ejercitado la acción particular se presenta como clara, terminante e incontestable. Asimismo consta el vencimiento y exigibilidad de los créditos y se describen suficientemente las maniobras realizadas por los acusados para deshacerse de los únicos bienes, libres de cargas, de que disponían para cumplir las obligaciones contraídas.

El elemento subjetivo, imprescindible para la existencia del delito, aparece objetivamente perfilado y diseñado cuando se dice, en el hecho probado, que las operaciones de dación en pago de las doce plazas de aparcamiento y de un local de negocio se realizaron en el período comprendido entre el libramiento y el vencimiento de las cambiales que instrumentalizaron el pago debido por los acusados a las entidades querrelantes. Este factor cronológico es por sí solo, sugerente de la finalidad de las maniobras evasoras del patrimonio, pero por sí no fuera suficiente, el relato fáctico nos dice, directa e inequívocamente, que la dación en pago obedece a un acuerdo entre ambos acusados, que se hizo con el objetivo y el propósito de defraudar a los acreedores de la entidad deudora de la que eran administradores, primero solidarios y después mancomunados. No era necesario esta referencia específica, pero en nada perturba la validez del hecho probado, que además se ve reafirmado por las declaraciones tajantes del primer fundamento de derecho, en el que se refuerzan de manera consistente y firme, todas las valoraciones anticipadas en el relato fáctico.

(Sentencia de 18 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 258

*Venta de piso buscando insolvencia que permita eludir responsabilidades civiles derivadas del delito: criterios para valorar la intencionalidad: inmediatez de la venta, consecuencia de ser el único bien inmueble que tenía y ocultación de los fondos percibidos*

Cuarto.—(...) La modalidad específica de alzamiento de bienes orientada a eludir la responsabilidad civil *ex delicto*, tipificada por el legislador de 1995 en el artículo 258 del Nuevo Código Penal, responde inicialmente a superar la polémica acerca de la subsunción típica en la modalidad básica del delito de alzamiento de bienes de aquellos supuestos en que el autor de un hecho delictivo se situaba en situación de insolvencia, para eludir las responsabilidades civiles derivadas de su acción, con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria. Por lo demás nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la misma

pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integradores del delito de alzamiento de bienes.

En el caso actual constan debidamente acreditados los elementos objetivos integradores del tipo delictivo: 1.º) el acusado es responsable de un hecho delictivo, e incluso ha sido condenado por sentencia firme; 2.º) con posterioridad a su comisión, inmediatamente después de la sentencia condenatoria, ha realizado actos de disposición consistentes en vender en escritura pública el piso de su propiedad, único bien inmueble de su patrimonio, por un precio declarado de siete millones de pesetas, que el acusado hizo suyo; 3.º) con dicho acto de disposición se hizo totalmente insolvente, al menos de forma aparente, quedando absolutamente desatendidas las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo y definitivamente declaradas en la sentencia condenatoria, careciendo el acusado de otros bienes que pudiesen ser objeto de ejecución.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, es decir, haber actuado con la finalidad de eludir las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, al tratarse de un elemento intencional o interno no puede ser acreditado de modo objetivo y directo, debiendo necesariamente inferirse, de modo racional, a través del análisis de los datos externos o circunstancias objetivas que permitan deducir la concurrencia de dicha intencionalidad, conforme a las reglas del criterio humano, como conclusión lógica y racional de las circunstancias concurrentes.

En el caso actual la Sala sentenciadora infiere racionalmente dicha intencionalidad de circunstancias objetivas que la muestran de manera palmaria o evidente, como son, en primer lugar, la inmediatez con que se procede a la realización del acto de disposición tras la sentencia condenatoria (el acusado es condenado como autor de un hecho delictivo señalándose unas responsabilidades civiles superiores a doce millones de pesetas, en Sentencia de 21 de octubre de 1996, dictada de conformidad, e inmediatamente, el 5 de noviembre de 1996, realiza el acto de disposición, transfiriendo a nombre de un tercero el piso de su propiedad). En segundo lugar el hecho de que la vivienda transferida constituía el único bien inmueble que figuraba en el patrimonio del acusado, por lo cual con su transmisión se situaba en aparente situación de insolvencia, eliminando el único bien susceptible de ejecución forzosa. Y, en tercer lugar, la ocultación o distracción de los fondos supuestamente recibidos, siete millones de pesetas, como precio declarado en la escritura, que no se destinan ni siquiera en una mínima medida al pago de las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, poniendo claramente de relieve la intencionalidad de eludir su abono.

Estos tres datos objetivos, plenamente acreditados, permiten inferir racionalmente, de modo natural, lógico y palmario, la concurrencia del elemento subjetivo del delito, siendo suficientes en sí mismos para determinar la necesaria desestimación del motivo.

Junto a ello la Sala sentenciadora toma en consideración la escasa verosimilitud o credibilidad de la versión alternativa del acusado quien alegando que no había vendido su vivienda para eludir el pago de las responsabilidades civiles a las que acababa de ser condenado sino para pagar unas deudas, manifestó expresamente al Tribunal «que no tenía por qué ofrecer mayor información sobre las mismas ni sobre las personas intervinientes», lo que lleva al Tribunal a la convicción de que se trata de una declaración meramente exculpatoria, lícita desde la perspectiva del derecho de defensa del acusado que no tiene obligación de declarar contra sí mismo, pero carente de credibilidad alguna.

No se trata, con ello, de valorar contra el acusado sus propias manifestaciones exculpatorias, ni de invertir la carga de la prueba, sino de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucio-

nalmente válida, suficiente y convincente, acerca de su intencionalidad o elemento subjetivo del tipo, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por negarse a aportar datos objetivos que pudiesen avalar su credibilidad —datos que solamente él mismo podría aportar—, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 298

*Elementos del delito de receptación: exigencia de conocimiento de procedencia ilícita de los objetos receptados; criterios*

Primero.—(...) El delito de receptación tiene como presupuesto la existencia de un delito contra la propiedad, como elemento negativo que el receptor no haya tenido parte en su comisión ni como cómplice ni autor y como elemento positivo el conocimiento de la procedencia ilícita, conocimiento que es más una sospecha —STS de 7 de diciembre de 1994—, pero que tampoco exige un completo conocimiento de todos los elementos del delito contra la propiedad precedente, y junto con ello el deseo de aprovecharse para sí de ese delito, es decir se exige un ánimo de lucro.

La jurisprudencia ha enumerado los diferentes datos o extremos que estando sólidamente acreditados por prueba directa, permitan establecer el adecuado juicio de inferencia que lleve a la evidencia de ese conocimiento anterior de la procedencia ilícita de los objetos adquiridos, debiendo establecerse un enlace directo y razonable.

De entre tales datos extremos se citan por la jurisprudencia, entre otros —STS de 28 de septiembre de 1996 entre otras—, la existencia de un precio vil, de adquisición de tales objetos, que tienen un precio superior en el mercado como signo evidente del conocimiento de su procedencia ilícita, o la reiteración en la adquisición de tales objetos, la inexistencia de la documentación acreditativa de la adquisición entre otros datos.

En el presente caso consta acreditado que el recurrente adquirió los cuatro vehículos objeto de enjuiciamiento sin haber cumplimentado la documentación correspondiente a la transferencia y sin haber solicitado su baja, debiéndose indicar que lejos de lo que manifestaron los otros dos condenados, los vehículos aunque usados se encontraban en perfecto estado de funcionamiento como alegaron sus respectivos propietarios que interpusieron las correspondientes denuncias. Por otra parte el precio de adquisición abonado por el recurrente bien merece la calificación de «precio vil» pues abonó cantidades entre tres y cinco mil ptas. por vehículos que valían hasta diez veces más —el valor de tasación de los vehículos receptados oscilaba según el relato de hechos entre las 20.000 y las 30.000 pesetas.

Todo ello pone de manifiesto el previo conocimiento por el recurrente de la procedencia ilícita de tales vehículos, conclusión que extrajo la Sala sentenciadora con toda razonabilidad.

(Sentencia de 20 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 305

*Acto de ejecución versus actos preparatorios. Autor medial: responsable de defraudación que se sirve de un tercero para presentar la declaración tributaria*

Tercero.—Los motivos deben ser desestimados. Si atendemos exclusivamente a los hechos declarados probados en la sentencia, analizando el primer motivo del recurso que debe respetar el relato fáctico, observamos que en el mismo no solamente se narra el mecanismo fraudulento utilizado por el acusado para eludir el pago del tributo legalmente correspondiente a la mayor parte del beneficio obtenido por la venta de acciones, utilizando para ello una persona interpuesta y simulando una doble venta, sino también se hace constar expresamente que con tal acción evitó el acusado el pago a la Agencia Tributaria de la cantidad de 21.487.690 ptas., perfeccionándose con ello el tipo delictivo en el momento en que dicho abono debió producirse.

Si, atendiendo a las alegaciones de la parte recurrente, tomamos en consideración que de la documentación obrante en la causa se deriva que en julio de 1992, cuando se presentó la Declaración Impositiva, ya no figuraba el acusado como administrador único de la sociedad sino su hijo, llegaremos a la misma conclusión pues dicha apreciación no afecta a la presunción de inocencia del acusado ni conlleva error en la apreciación de la prueba, ya que no tiene virtualidad para modificar el fallo.

En efecto la actuación fraudulenta realizada por el recurrente con ocasión de la venta de las acciones, desviando una parte sustancial de los beneficios percibidos mediante la utilización de una persona interpuesta y una ficticia doble-venta, no constituye, como sostiene el recurrente, actos preparatorios, sino actos de ejecución, que dan principio a la realización del delito directamente, mediante hechos exteriores. El delito se perfecciona en el momento de la presentación de la declaración eludiendo los impuestos correspondientes a los beneficios desviados, pero su ejecución se inicia ya cuando se realiza la acción fraudulenta, de forma tal que predetermina el resultado al ocultar determinados ingresos que no aparecerán en los libros de la empresa y en consecuencia tampoco habrán de figurar en la declaración que se formule en su momento. Como dispone el artículo 16.2.º quien da principio a la ejecución de un delito quedará exento de responsabilidad penal cuando evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, lo que no hizo el acusado, sino que, por el contrario, provocó, con su acción fraudulenta y, al menos, inactividad posterior, la producción del resultado ya predeterminado por su maquinación previa, con independencia de que presentase él personalmente, o no, la declaración impositiva en el momento consecuente.

En consecuencia la responsabilidad del recurrente por delito consumado no se deriva de que se anticipe el momento de la consumación delictiva al momento de realización de la maquinación fraudulenta, sino del hecho de que dicha acción constituya ya un principio de ejecución que predeterminaba el resultado, salvo desistimiento o arrepentimiento activo del acusado, que no se produjo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, son autores tanto quienes realizan el hecho por sí solos como quienes lo realizan conjuntamente o por medio de otro que les sirve como instrumento. La deuda tributaria nace con el hecho imponible, y en ese momento el recurrente era administrador único de la sociedad, concurriendo en él las cualidades precisas para la autoría, iniciándose por el mismo los actos ejecutivos determinantes de la producción del delito, cuyo resultado viene predeterminado por éstos. El hecho de que en el momento del perfeccionamiento delictivo, fuese su hijo quien presentase la declaración tributaria de acuerdo con su

reciente nombramiento como administrador de la sociedad, no afecta a la responsabilidad del acusado en concepto de autor, pues caso de ser su hijo conecedor y cooperador del fraude nos encontraríamos ante un delito realizado conjuntamente del que el recurrente es coautor, y caso de no serlo –opción que debemos acoger, conforme al principio de presunción de inocencia, al no haber sido el hijo del recurrente objeto de acusación alguna en esta causa constituiría un simple instrumento, correspondiendo la responsabilidad en concepto de autor al acusado recurrente.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

### ARTÍCULO 315.3

*Delimitación frente al delito de coacciones: es requisito del tipo el actuar en grupo o individualmente pero de acuerdo con otros; actuar sólo pinchando las ruedas de un camión de quien no sigue la huelga es delito de coacciones*

Primero.—(...) Ciertamente, el Tribunal de instancia ha apreciado que el acusado ha actuado de acuerdo con otros cumpliendo el requisito que exige la figura delictiva aplicada.

En el relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser rigurosamente respetado dado el cauce procesal en el que se residencia el motivo que examinamos, se dice, respecto al primer suceso que se imputa al acusado, que «circulando en un vehículo Nissan Micra de su propiedad, en compañía de tres individuos, interceptaron el paso de un camión y apeándose el acusado con un punzón en la mano y tras indicar al conductor que parara, se bajara del mismo, lo dejara allí y se sumara a la huelga, como quiera que hizo caso omiso, que no se bajó del camión, pinchó las ruedas, primero la delantera izquierda y luego las traseras...».

En el relato que se deja expresado no se dice expresamente que el acusado actuara junto con los individuos que le acompañaban en el vehículo ni tampoco que actuara de acuerdo con ellos. Y ante esa falta de mención expresa, el Tribunal de instancia razona, en sus fundamentos jurídicos, que ese acuerdo se infiere del hecho de que salieran juntos del bar e hicieran asimismo juntos el recorrido que se describe.

El acuerdo con otros que conforma un elemento imprescindible del tipo por el que ha sido condenado en la instancia, cuando no se ha actuado colectivamente, va referido a coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga. El acuerdo en modo alguno es suficiente, a estos efectos de integrar esta figura delictiva, si se limita al hecho de acompañarle en el vehículo del que se bajó para realizar la conducta que se le imputa.

Como correctamente se recoge en la sentencia de instancia y recuerda la parte recurrente, al fundamentar el motivo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 254/1988, de 21 de diciembre, expresa que el recurso de amparo de que se trata «obliga a analizar la relación existente entre el derecho de huelga y el límite que, en defensa del interés público, establece la norma penal aplicada. Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 CE como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo

que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986, entre otras)».

En el caso que nos ocupa, igual que en la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos reseñado, el conflicto se produce entre el derecho de huelga y el derecho a no hacer huelga, y la inferencia que se hace en el Tribunal de instancia, para sostener el acuerdo entre los que se mantienen en el vehículo y el acusado, no encuentra en el relato fáctico apoyo suficiente para alcanzar una convicción que sería extensiva para la aplicación del tipo penal y restrictiva para el derecho constitucional a la huelga, lo que mal se compagina con la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada.

Por todo lo que se deja expresado, no concurre el requisito de actuar en grupo o individualmente de acuerdo con otros y ello excluye la aplicación del número 3.º del artículo 315 del Código Penal de 1995, apreciado en la instancia.

Lo que se acaba de expresar no implica que la conducta del acusado sea atípica ya que los hechos objeto de acusación permiten analizar si es posible su subsunción en un delito de coacciones sin quiebra alguna del principio acusatorio.

Corresponde al delito de coacciones la protección de los ataques a la libertad general de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del Código, afirmando el carácter residual de esta figura delictiva. Y no ofrece cuestión, dados los términos en los que está redactado el tipo previsto en el número 3.º del artículo 315, su naturaleza de coacción específica, que está más gravemente penada que el delito de coacciones previsto en el artículo 172. Faltando uno de los requisitos que exige el delito específico de coacciones laborales, pasamos a examinar si concurren los que integran el delito básico de coacciones.

Las coacciones constituyen, pues, la figura base de los delitos contra la libertad.

Define el Código Penal el delito de coacciones en su artículo 172 en el que se expresa que comete este delito «el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto».

En el tipo objetivo, la acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíbe o compelerla, igualmente con violencia, a realizar lo que no quiera.

El empleo de la violencia constituye el núcleo de esta figura delictiva. Y la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por la admisión de la intimidación personal e incluso la violencia a través de las cosas siempre que de alguna forma afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a hacer lo que no quiere. Así se dice en la Sentencia de 21 de mayo de 1997 que los actos de violencia en las cosas pueden repercutir en la libertad de las personas para el pacífico disfrute de sus derechos sin necesidad de amenazas ni de agresiones que constituirán actos punibles de otro tipo diferente.

Y el tipo subjetivo debe abarcar no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios.

Estos elementos concurren en el caso enjuiciado. Existió, junto a la intimidación que supuso el porte de un punzón en la mano, una fuerza sobre las cosas, consistente en pinchar las ruedas del camión, logrando el acusado su finalidad de doblegar la

voluntad del conductor para que dejara de trabajar, afectando a su libertad y capacidad de actuar, con suficiente gravedad para que pueda subsumirse en el delito de coacciones previsto en el artículo 172 del Código Penal.

Respecto al segundo suceso que recoge el relato de hechos probados, acaecido con relación a un camión que se encontraba abasteciendo de gasoil a una comunidad de propietarios, no se aprecia la presencia de los requisitos que se dejan expresados para construir el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 315.3 del Código Penal ya que adolecería igualmente de la misma ausencia del requisito de actuar en grupo o individualmente de acuerdo con otros, y tampoco podrían afirmarse los demás elementos objetivos del delito. En todo caso, al haberse acusado de un solo delito contra los derechos de los trabajadores, no sería posible entrar en la existencia de un segundo delito de coacciones al impedirle el principio acusatorio y tampoco sería factible sostener la continuidad delictiva cuando los bienes afectados son eminentemente personales como sucede con la libertad y no estar incluido en los supuestos exceptuados previstos en el apartado 3.º del artículo 74 del Código Penal. Por igual imposición del principio acusatorio no puede hacerse pronunciamiento sobre la comisión de infracciones constitutivas de falta.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 325

*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Acción típica: acotación de «provocar» y «realizar». Delito de peligro concreto*

Quinto.—(...) La acusación se dirigió contra Francisco A. V. por poseer un vertedero de residuos orgánicos, contraviniendo la legislación protectora, pero la Audiencia Provincial señala que el acusado era arrendatario de la finca y no le daba el destino de vertedero, no estando en posesión de los permisos o autorizaciones correspondientes porque no era esa la actividad que ejercía. Se destinaban por el acusado a su aprovechamiento para el negocio de jardinería.

La Sala *a quo* estima que el artículo 347 bis (del CP 1973, art. 325 del CP 1995) es una norma penal en blanco que debe llenarse con remisión a la legislación procedente, pero esta legislación contiene una profusa normativa. Según el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas se concentran en la explotación o tenencia de un vertedero de residuos orgánicos, cuya actividad no se desarrollaba en el terreno.

El Ministerio Fiscal parte de que tales vertidos se hicieron en un terreno en que tenía la posesión material, como arrendatario el acusado y que los aprovechaba en su interés para su negocio de jardinería y que no adoptó las medidas precautorias, siendo la única persona que podía hacerlo en su condición de garante.

La conducta típica del artículo 347 bis (325 CP 1995) se centra en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, en el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente. Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos —semánticamente tampoco lo son— y empleados como recurso estilístico del legislador. Debe darse razón al Ministerio Fiscal en que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a realizar. Por ello debe reputarse, que provocar puede comprender en su dife-

rencia con realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que ello puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional.

Así resulta, que la dicción utilizada en el precepto «provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos» pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

La conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo.

El poseedor inmediato del terreno, con título legal de arrendatario, es el acusado, que tiene potestad y facultades para retirar los apilamientos y para alejarlos de tal proximidad al bosque, pero mantiene dicha situación en su provecho, pues los utiliza en su actividad o negocio de jardinería.

El argumento, casi *ad hominem*, del Ministerio Fiscal resulta irreprochable y esta Sala lo tiene que acoger. Desde la perspectiva del Tribunal de instancia, bastaría con que dos personas se pusieran de acuerdo, una para realizar emisiones o vertidos en el suelo y otra que se aprovechara del terreno y de ellos, con tal de que el nombre o la actividad de la primera no se descubriera o quedaran difusos, para dejar una actividad ilícita y criminal al margen de la ley y con una escandalosa impunidad.

Pretender que al arrendatario y poseedor inmediato de la finca no le era aplicable la normativa administrativa al respecto, por no explotar —¿acaso no lo utilizaba para su negocio de jardinería?— o tener a su disposición —¿a disposición de quién estaba?— el vertedero de residuos orgánicos, no resulta razonable.

Para la existencia y explotación directa o indirecta de dicho vertedero se exige una licencia municipal de Actividades Clasificadas de acuerdo con el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, a efectos de la fiscalización administrativa, pero el acusado no consta que solicitare nunca tal autorización inexcusable.

Especial mención merece la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos, cuyo artículo 5.2 estima los vertederos actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa, requerida de licencia y en otro caso será reputado clandestino y ello no resulta tan sólo del artículo 5.4 de dicha Normativa Administrativa, sino del propio artículo 347 bis que se refiere a la industria que funcionare clandestinamente y sin haber obtenido la preceptiva autorización.

A estos efectos la doctrina de esta Sala ha recogido al efecto, en cuanto a la Sentencia de 11 de marzo de 1992, que «Ciertamente es antecedente obligado del artículo 347 bis del Código Penal el artículo 45 de la Constitución Española que según la doctrina ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al “desarrollo de la persona” y se relaciona con la “calidad de vida” a través de la “utilización racional de todos los recursos naturales” y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema.

Cierto que el Derecho penal a virtud del principio de intervención mínima actúa de forma accesoria y subsidiaria del Derecho administrativo más en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados medio ambientales de cierta gravedad.

Son justamente tales parámetros los que recoge el artículo 347 del Código Penal, cuyo tipo básico, definido en el párrafo primero, partiendo como elemento normativo

de la infracción de las leyes o reglamentos protectores del medio, se centra, como verbos del tipo, en “provocar” o “realizar” directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestre o marítimas. Hasta ahora estamos tan sólo ante un delito de mera actividad, pero esto no basta. Tales emisiones o vertidos han de poner en peligro grave la salud de las personas o perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. El delito ha devenido así en un delito de peligro concreto para la salud pública, de perjuicios también para la vida animal o vegetal. Si el peligro o el posible perjuicio se actualizan estaremos ya ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico (daños, lesiones, etc.).

Ahora bien, tanto el peligro como el posible perjuicio han de ser graves. En sentido semántico grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero en el caso de que tratamos, para que no quede todo en pura apreciación subjetiva con lo que ello tiene siempre de inseguridad jurídica, habrá que acudir como puntos de referencia a los propios parámetros del tipo. Por de pronto hay que descartar los aspectos más agudos del elemento normativo, o si los actos de agresión al medio ambiente originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, puesto que ambos supuestos exceden del tipo básico para constituir subtipos agravados. Entonces para encontrar el tipo medio de gravedad al que se refiere el párrafo primero del artículo 347 bis del Código Penal, habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas (incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que incluyen, por tanto, la gea, la fauna, y la flora puestas en peligro, forman las dos que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (vertidos)».

En idéntico sentido se pronunció la de 26 de septiembre de 1994, que en su fundamento jurídico cuarto señaló: «Como se apuntó precedentemente, el referido artículo 347 bis del Código punitivo vigente, incluye en sus párrafos 2.º y 3.º dos figuras agravadas que, con la mayoría del sector doctrinal imperante en la materia y escasa doctrina de esta Sala, muy bien podemos enmarcar como agravación por “incumplimiento de obligaciones administrativas” (las del párrafo 2.º) y por creación de “un riesgo de especial deterioro” (las del párrafo 3.º), recogiendo en el primer grupo, que es el que interesa en el supuesto cuestionado, las acciones “cualificantes” y que son: “la clandestinidad”, es decir, el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia; “la desobediencia” a órdenes expresas de la Administración, relativas a suspensión de actividades o a la corrección de las mismas por razones de contaminación; a la aportación de “información falsa” sobre aspectos ambientales de la industria o, en fin, por “obstruccionismo” a la actividad inspectora de la Administración. Agravaciones que, en régimen “alternativo”, por su “especialidad”, deberán prevalecer sobre otros tipos penales, previstos en el Código Penal, que pudieran concurrir, así, *ad exemplum*, desobediencia (artículos 237 y 570.5 y 570.6), mientras que otros, como las falsedades documentales del artículo 303, podrían ocasionar no ya un concurso de normas, sino de delitos, a resolver conforme a lo previsto en el artículo 71 del Código Penal reiterado».

Ambas resoluciones estimaron la agravante de «clandestinidad» industrial a la actividad carente de licencia municipal, pese a haberse solicitado. Mucho más habrá de reputarse aquí, que la ocultación llega a no solicitar y operar con tales vertidos.

Concorre asimismo en la conducta del acusado el conocimiento del peligro grave que ello suponía por hallarse en una zona forestal a tan sólo dos o tres metros de la zona boscosa, por lo que no se respetaba la zona de seguridad y sin adoptar las medidas precautorias de aireación y humidificación para evitar la subida térmica del vertedero. La distancia la proclama otra normativa administrativa, cual es el art. 25 j) del Reglamento de Incendios Forestales de 23 de diciembre de 1972 que obliga a aislar de vientos y a un mínimo de quinientos metros (y no dos o tres como en este caso) del arbolado, si se hallaren en zona forestal y dotados de muros o zanjas cortafuegos.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

*Delito de peligro concreto: Elementos típicos: elemento subjetivo del injusto*

Primero.—(...) El tipo delictivo del artículo 325 del CP (anterior art. 347 bis) viene configurado por la concurrencia de una acción típica de carácter positivo, consistente en un hacer de «provocar» o «realizar». La acción positiva de «provocar» o «realizar» se proyecta, «directa o indirectamente» sobre una variedad de conductas que se especifican en el Texto Legal como son «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos».

Otro elemento del tipo exige que la acción positiva de realizar o provocar una o varias de aquellas conductas concretas, ha de efectuarse «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», debiéndose significar que la inclusión de este elemento propio de los llamados tipos penales en blanco, ha suscitado una cierta controversia doctrinal sobre el alcance que debe otorgarse a la expresión «disposiciones de carácter general». Por lo demás, el precepto exige también que la conducta típica se lleve a cabo en alguno de los lugares que señala el precepto.

A todo lo cual debe agregarse el elemento subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo, cuestión ésta que se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica del injusto, y que en el presente caso adquiere relevancia capital. «Se trata de una infracción de mera actividad que, mediante las actividades que se describen —que han de poner en peligro grave la salud de las personas o el mundo animal o natural que se indica— devienen en un delito de peligro concreto» (STS de 26 de septiembre de 1994). En definitiva, estaremos ante un delito de peligro concreto y grave que viene generado casualmente por la conducta del agente y cuya producción debe estar comprendida por la consciencia y la voluntad de éste. Este conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto.

No es necesario llegar al análisis del elemento subjetivo del injusto para rechazar el reproche del recurrente, según el cual, la conducta del acusado que describe el *factum* de la Sentencia (aun complementado con los datos referentes al «proceso único» necesario para la extracción de unas y otras sales, según los documentos señalados por aquél —Planes de Labores—) es constitutiva del delito previsto en el artículo 325 CP. Antes de llegar al estadio del dolo requerido por esta figura delictiva, surge con toda claridad la manifiesta ausencia en el caso considerado del requisito de que la acción del agente haya producido de manera efectiva un riesgo grave y concreto para los bienes jurídicos protegidos por el precepto. Los datos que con carácter fáctico figuran en la sentencia recurrida son suficientemente elocuentes al respecto al establecer que «no consta que se produjera daño, ni riesgo de daño, en base al informe ratificado y ampliado en el acto del

juicio, emitido por el señor C. C., ingeniero de Montes de la Consejería de Agricultura...», extendiéndose seguidamente en el análisis valorativo de la pericia practicada al efecto. Debe significarse al respecto que la ausencia de tan imprescindible elemento configurador del tipo delictivo imputado, no ha sido combatida por el recurrente por el cauce del artículo 849.2.º LECrim, pues el documento que aquél señala como «Planes de Labores» no alude a esta cuestión, y el de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo antes mencionada no sólo no constituye una prueba documental apta para demostrar error de hecho en la apreciación de la prueba —como ha quedado dicho—, sino que, además, las referencias que cita el recurrente de aquélla aluden a riesgos difusos y ambiguos, y no concretos, específicos y determinados como los que requiere el tipo; a lo que debe añadirse que, en todo caso, el Tribunal juzgador habría dispuesto de otros elementos de prueba —cual la pericial que se comenta— de sentido contradictorio de aquélla por lo que, en ningún caso podría prosperar el reproche del pretendido error en la valoración de las pruebas, ni, consecuentemente, la denuncia de infracción de ley por no haber sido calificados los hechos como constitutivos de un ilícito penal que, por las razones expuestas, no ha tenido lugar, tal y como, por otra parte, subraya el Ministerio Fiscal en sus alegaciones al recurso.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 334

*Delitos relativos a la protección de la fauna. Exigencia de catalogación como especie amenazada (peligro de extinción, sensible a la alteración de su hábitat o vulnerable), no como simple «de interés especial»*

Segundo.—El precepto penal sanciona al que cace especies amenazadas... contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre... que son la ya citada Ley 4/1989 y el RD 439/1990 que la desarrolla y establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, en cuyo Anexo II figura catalogado el «pico picapinos» como perteneciente a una especie de «interés especial», que es una de las cuatro categorías en que el artículo 29 de la ley clasifica a las especies, subespecies o poblaciones a que alcanza el ámbito de la misma. Además de la categoría de «interés especial», la ley establece estas otras: a) en peligro de extinción, reservada para aquellas especies cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando; b) sensibles a la alteración de su hábitat, especies cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado; c) vulnerables, referida a aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos; y d), la ya citada de interés especial, en la que se podrán incluir las que, sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, o por su singularidad.

Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción [art. 29 a)], bien de su hábitat [art. 29 b)], o bien porque por su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores [art. 29 c)]. En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquellas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad». Este análisis es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocu-

pado del estudio del artículo 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Éste ha sido también el criterio asumido por el Tribunal *a quo* que es compartido por esta Sala Segunda.

El ave muerta por el acusado está clasificada como de «interés especial» en el catálogo que regula el RD 439/1990, que es un registro público de carácter administrativo. Pero, según lo anteriormente argumentado, ninguna constancia existe de que el «pico picapinos» se encuentre catalogado en el tan repetido catálogo por razones que no sean las contempladas por la ley de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad, y tampoco de que se trate de una especie amenazada como ocurre con las otras tres categorías legalmente previstas. Entiende esta Sala que la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada. De lo contrario, como con algunas gotas de sorna destaca la doctrina, nos encontraríamos con que cazar algún ejemplar de las cinco especies de sapos, diez especies de lagartijas, nueve de culebras, veintiuno de murciélagos o cinco de ranas, serían constitutivos de un delito sancionable con hasta dos años de prisión.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

#### ARTÍCULO 364.1.º

*Administración de clenbuterol a ganado destinado a consumo humano: delito de peligro abstracto. Aplicación del llamado principio de precaución previsto en el ordenamiento comunitario*

Segundo.—Los motivos tercero y cuarto tienen, a pesar del distinto apoyo legal que en ellos se invoca, una materia común, pues, ambos se refieren a la tipicidad de la conducta. En primer término alega la defensa la inaplicabilidad del artículo 364.1 CP, pues dicha disposición «requiere que la conducta sancionada sea susceptible de crear un riesgo o peligro concreto, no siendo suficiente para la aparición (sic) del delito la mera realización de la conducta descrita». Sostiene el recurrente que el tipo penal requiere que las acciones «generen riesgo para la salud de las personas», citando jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995. No obstante reconoce que «la norma cuya aplicación se considera indebida es un precepto penal de reciente inclusión en nuestra normativa penal, sin antecedentes en anteriores normas punitivas y sobre la que, salvo error, no existen precedentes jurisprudenciales».

El motivo tercero se basa en el artículo 24.2 CE, aunque, en realidad, no es sino la reiteración, desde el punto de vista de la realización de la acción, de los argumentos de la tipicidad, pues se sostiene que ninguna de las acciones realizadas por los recurrentes se subsumen bajo el tipo del artículo 364 CP. En particular este punto de vista se apoya en la tesis sostenida por el perito don Miguel T. M., que sostuvo que las cantidades de clenbuterol halladas en los análisis no alcanza al 0,04 mg/día y en la consideración de que la sustancia está «autorizada con efectos terapéuticos» en dosis que no han sido superadas en este caso.

Ambos motivos deben ser desestimados.

a) El artículo 364 CP establece de una manera clara que la conducta peligrosa que en la primera alternativa típica consiste en «administrar a los animales cuyas car-

nes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas». Se trata, como se ve, de un supuesto de peligro abstracto, dado que lo incriminado es la realización de una acción que, por sí misma, es peligrosa, toda vez que el clenbuterol es una sustancia prohibida por el RD 1262/1989, de 20 de octubre. El artículo 364 CP es en este punto una ley penal en blanco referida a las normas que no permiten la administración de determinadas sustancias, precisamente por su carácter perjudicial para la salud humana.

La circunstancia de que el clenbuterol esté autorizado en dosis terapéuticas no tiene en este caso ninguna relevancia, dado que en el supuesto que juzgamos se deberían dar los presupuestos de una causa de justificación (RD 1373/1997, art. 3) que, en el caso, no concurren. En efecto, sería necesario que se hubiera acreditado la necesidad terapéutica de la administración de la sustancia, cosa que el hecho probado ha excluido: la Audiencia, por el contrario, ha comprobado que tales fines terapéuticos no existían, porque desaparecieron súbitamente después de las primeras inspecciones y porque los inculpados carecían de la receta veterinaria establecida por los artículos 80 y 82 del RD 109/1995, de 27 de enero.

En suma: los acusados administraron al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada, que genera riesgo para la salud de las personas.

En la STS 1397/1999, esta Sala ya sostuvo que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético y que, en consecuencia, «la perfección (del delito) se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas».

Esta interpretación del artículo 364.1.º CP tiene su fundamento, ante todo, en el texto de dicha disposición, dado que la ley distingue entre administrar sustancias no permitidas y hacerlo en dosis superiores. Por lo tanto, no es el exceso en la dosis lo único que se prohíbe, pues si así fuera, en el texto del artículo 364.1.º CP se superpondrían dos de las tres alternativas típicas de la acción.

La decisión en favor de la interpretación que aquí se propone tiene también un adecuado fundamento teleológico, dado que la protección a la salud pública constituye una de las materias de política social especialmente reguladas en el TCEE (Título XIII), en el que el artículo 152.1 (de los Tratados consolidados; antiguo artículo 129), establece que «se garantizará un alto nivel de protección de la salud pública». El Tribunal de Justicia de la CEE ha elaborado una jurisprudencia comunitaria de la que es preciso extraer conclusiones también para la interpretación del derecho interno en esta materia. En efecto, en su reciente Sentencia de 5-5-1998 («Reino Unido/Comisión», C-180/1996) el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución, que el TCEE prevé expresamente en el artículo 174 (tratados consolidados, antiguo art. 130R) en relación al medio ambiente. En dicho precedente el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas (en sentido amplio) en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun «cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados» (núm. 100).

b) Dicho lo anterior se presenta una segunda cuestión concerniente a si la cantidad comprobada es suficiente para generar el riesgo propio del delito. La Audiencia ha considerado los puntos de vista de los peritos oficiales y del perito de parte inclinándose por el de los primeros, en razón de la prohibición reglamentaria total del clenbuterol. Este punto de vista es correcto atendiendo al carácter de delito de peligro abstracto del tipo que hemos expuesto en el apartado a): lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud

pública. Pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que el problema planteado tiene una notoria similitud con la cuestión referente a si el veneno —contemplado como una circunstancia del asesinato en el artículo 406 CP/1973— requería conceptualmente que la cantidad administrada fuera mortal. Esta problemática fue tratada en la STS 1094/1977, de 5 de noviembre, a propósito de un hecho en el que la autora había dado a la víctima una cantidad de veneno inocua para producirle la muerte. En dicha Sentencia se citan antiguos precedentes de esta Sala de 21-11-1876, 26-11-1879, 7-11-1890 y 9-12-1895 en los que se sostuvo una tesis negativa y asimismo, otros de 29-7-1874, 16-4-1877, 11-8-1925, 2-10-1931, 1-2-1943 y 15-1-1947 en los que se estimó que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato. *Mutatis mutandis*, es decir, teniendo en consideración que el tipo del artículo 364 CP es un delito de peligro abstracto que, por lo tanto, no requiere la producción de ningún resultado, el criterio de la STS 1094/1977, es aplicable a estos casos. En consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma.

(Sentencia de 6 de noviembre de 1999)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas. MDA y MDMA: Sustancias que causan grave daño; irrelevancia como error de tipo del desconocimiento de este criterio jurisprudencial*

Tercero.—(.) A este respecto, la doctrina de esta Sala Segunda (véanse, entre otras las SSTs de 21 de febrero y 18 de marzo de 1997), establece que el tráfico ilícito de drogas de diseño como la MDA constituye la acción típica del delito, significándose que el MDA es más tóxico y potente que el MDMA, pues sus derivados presentan propiedades comunes a las anfetaminas y al alucinógeno mexcalina.

Por último, hemos de recordar la STS de 21 de noviembre de 1995, que, al aborzar una supuesta infracción del principio de legalidad por condenar por la tenencia de unas pastillas que contenían como principio activo metilendioxi-etilamfetamina (MDEA) que, según el entonces recurrente, no se encontraba en las Listas del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, esta Sala rechazaba la censura «porque en noviembre de 1994, cuando ocurrieron los hechos de autos, sí estaba tal sustancia (MDEA) incluida en la Lista I del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, como lo acredita el contenido de la Orden Ministerial española de 19 de octubre de 1990, publicada en el BOE del 29 de dicho mes y año en sus páginas 31830 y siguientes, concretamente la sustancia de autos es la 2.ª de las 3 que aparece en tal disposición administrativa, N-etil MDA o MDE, de fórmula (+)-N-etil-alfa-metil-3,4 (metilenedioxi) fenetilamina».

Cuarto.—El último motivo de este recurso se formula también por la vía procesal del artículo 849.1.º LECrim, y en él se censura la inaplicación por el Tribunal *a quo* del artículo 6 bis a) CP de 1973. Sostiene el recurrente que en el acusado concurría error de tipo, concretamente sobre que las drogas que le fueron intervenidas son de las que causan grave daño a la salud, dado que el acusado «no tenía posibilidad de conocer la orientación de la jurisprudencia» sobre la nocividad de las anfetaminas, que se estableció definitivamente en la STS de 1 de junio de 1994. El motivo debe ser rechazado.

En primer término, porque como insistentemente se ha dejado dicho por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, la alegación de existencia de error esencial, tiene que estar seriamente fundada y demostrada para que sea eficaz, no

siendo suficiente el mero y simple alegato, sino que se hace necesaria la acreditación de los elementos precisos de los que pueda deducirse la realidad del error invocado que, por otra parte, deberán estar incluidos en el *factum* de la sentencia, pues de otro modo se trataría de una alegación meramente retórica y huérfana de todo sustento objetivo que la avale. En nuestro caso, la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada no recoge ningún elemento que permita ni siquiera considerar la concurrencia de ninguna clase de error, y por ello, y por el absoluto respeto al relato histórico que exige el cauce procesal elegido, se hace del todo inviable la aceptación del motivo.

En segundo lugar, y con independencia de lo expuesto, esta Sala no puede admitir el error que se dice padecido sobre que el acusado desconociera que los productos anfetamínicos con los que traficaba fueran susceptibles de perjudicar gravemente a la salud de los consumidores. En el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las «drogas blandas», causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicótrpos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad a no ser que lo hubiera demostrado, lo que, como hemos visto, no ha hecho. Por lo demás, resulta irrelevante que aquél estuviera o no al tanto de la jurisprudencia de esta Sala respecto a las sustancias con componente MDMA o MDA y su calificación como drogas gravemente perjudiciales, porque, como decía la STS de 21 de noviembre de 1995, «para la exigencia de responsabilidad penal no es necesario que el reo conozca que la sustancia se halla incluida en alguna de las Listas del Convenio de Viena correspondiente. Si así fuera, sólo podría delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión, jurídica o técnica, tienen relación con esta clase de materias...».

En todo caso, todavía resta un argumento para rechazar el motivo, que no es otro que el dolo eventual trasladado al ámbito del error de tipo que analizamos, porque es de todo punto inasumible que el acusado, en posesión de casi tres mil comprimidos del derivado anfetamínico MDA dispuestos para su distribución, no hubiera previsto la contingencia de que los destinatarios de los mismos, o algunos de ellos, sufrieran graves perturbaciones en la salud que su consumo provoca, y que, a pesar de tal real probabilidad persistiera en su actuación ilícita. En este sentido, la STS de 11 de septiembre de 1996 recoge la de 28 de marzo de 1994 en la que se afirma que tanto el error de tipo como el error de prohibición «son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea creencia errónea vencible o invencible», que «el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse... a no ser que el supuesto error esté probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe». Y finaliza la STS primeramente citada recordando que esta Sala Segunda «ha admitido reiteradamente la virtualidad del dolo eventual en el campo del delito sanitario (SSTS de 14 de diciembre de 1985, 10 de abril de 1986, 20 de noviembre de 1990, 23 de septiembre de 1993 y 16 de marzo y 30 de junio de 1994, entre otras)».

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

*La no ocupación de la droga en poder del acusado no es obstáculo para la existencia del delito; dolo eventual en el error de la edad del comprador*

Cuarto.—(...) En el caso ya enjuiciado y traído ahora a la censura casacional por el recurso del acusado, ciertamente no fue encontrada droga en su poder. Mas la no ocu-

pación en poder del acusado o acusados no supone obstáculo para apreciar la existencia del delito. La Sentencia 26/1997, de 21 de enero, incardina la actividad de cobrar el precio convenido a los compradores de la droga que se acercaban al encausado en la autoría del núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal de 1973 –hoy artículo 28– que conceptúa autores materiales de un hecho punible a quienes concurran en su realización (en este caso venta de estupefacientes) con actos directos conducentes a su consumación, como son los que desarrolló el recurrente.

La no ocupación de sustancias en poder de los acusados –dice la Sentencia 28/1997, de 22 de enero no es obstáculo para apreciar la existencia de la conducta delictiva cuando existen declaraciones de los testigos que el recurrente les suministraba hachís.

La actividad de vender las sustancias prohibidas se ha estimado incardinada siempre en la tipicidad del artículo 344 (hoy 368) –ver por todas, Sentencias de 19 y 25 de mayo, 26 y 27 de junio de 1981, 1 y 4 de febrero, 25 de abril, 22 de junio, 6 de julio, 20 de septiembre, 11 de noviembre y 3 de diciembre de 1983, 20 de marzo, 7 de junio y 20 de septiembre de 1984, 28 de enero, 31 de mayo, 18 de octubre y 6 de diciembre de 1985, 14 de marzo, 22 de mayo y 28 de noviembre de 1986, 28 de mayo y 21 de julio de 1987, 22 de febrero, 27 de junio y 15 de julio de 1988, 28 de enero, 3 de febrero y 16 de octubre de 1989... y un largo etcétera.

En cuanto a la facilitación a un menor que el *factum* describe, la Sentencia de 5 de noviembre de 1986 señaló que cuando el traficante vende droga a quienes por su juventud pueden encontrarse en la línea fronteriza entre la mayoría y minoría de edad, asume el riesgo de difundir la droga entre menores e incurre en la modalidad agravada, utilizando el dolo eventual en el error de la edad del comprador –Sentencia de 5 de abril de 1993–. En cualquier caso, el Tribunal de instancia ha declarado con carácter de dato fáctico en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia, que el acusado conocía la minoridad de uno de los compradores y ha tomado en cuenta el aspecto del adquirente un año y medio después de los hechos y que revela su minoridad y además que no se trataba de un comprador ocasional, sino amigo del acusado y que compartían ambos, amigos y ocios comunes. Esta Sala ante tal utilización de datos indiciarios y del impecable razonamiento tiene que estimar acreditado que se suministró hachís conociendo su minoridad.

(Sentencia de 2 de febrero de 1999)

*Consumación del delito de tráfico de drogas: infracción de resultado cortado: intentar introducir droga en centro penitenciario, siendo sorprendidos por los funcionarios del mismo*

Tercero.–Como dice la Sentencia de 5 de diciembre de 1994, el delito contra la salud pública, como fiel exponente de una figura de riesgo o de peligro abstracto, se consume por la ejecución de cualesquiera de las conductas especificadas en el precepto sin necesidad de resultados lesivos concretos y muy especialmente sin necesidad de que se haya llevado a efecto la transmisión del alucinógeno. Se trata de infracciones de resultado cortado en las que basta un tráfico potencial, pues el tráfico real se sitúa más allá de la propia consumación (Sentencias de 26 de septiembre y 23 de febrero de 1994, 5 de julio, 14 de mayo, 4 de marzo y 19 de febrero de 1993). La punibilidad nace de la mera disponibilidad de la droga o del hecho de quedar ésta sometida a la voluntad del destinatario a través del artículo 438 del Código Civil cuando reconoce el denominado dominio funcional si los objetos están «sujetos a la acción de nuestra voluntad», aunque no haya existido tráfico ni posesión, siempre que

la preordenación al tráfico fuere patente, habida cuenta en último caso que la entrega de la cosa ofrece plurales formas muchas veces simbólica. Por consiguiente cualquier actividad tendente a promover, favorecer o facilitar, plasmada de manera concreta, supone la conclusión del delito que por ser de mera actividad se consuma anticipadamente.

Lo que realmente ha querido el legislador ha sido remarcar los dos momentos fundamentales de todo el círculo económico que va ínsito en la comercialización de la droga. De un lado, la producción agrícola o industrial (cultivo o elaboración), de otro la distribución a medio de múltiples maneras que van desde la transmisión por cualquier título o causa, como actividad ya exteriorizada *erga omnes*, hasta la mera posesión para tal fin, como proyecto ideado con intención de consumir la transmisión de la droga en general, lo que lejos de ser un acto preparatorio o impune, entra igualmente en la descripción legal. Queda así reflejada la característica más esencial, diríamos que diferenciadora, de estas infracciones como delitos que son de consumación anticipada.

Cualquier acto pues de tráfico, en sentido amplio (desde el cultivo a la donación al tercero), es suficiente para el delito. Es el tráfico en sentido vulgar, lo que significa incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto estricto de la comercialización o de la mercantilización, siempre y cuando se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal que se persigue (Sentencias de 29 y 3 de mayo de 1991).

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

*Delito provocado: delimitación conceptual; inaplicable a policías que compran droga a tercero que se la ofrece*

Primero.—La teoría del delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y reiteradamente consolidada en la doctrina de esta Sala Segunda que es la única que, al margen de la presunción de inocencia, puede y debe en legalidad ordinaria señalar los presupuestos, los requisitos, el ámbito y los efectos de tan controvertida figura jurídica (ver, entre las más recientes, las Sentencias de 13 de julio y 20 de enero de 1995, 11 de mayo de 1994, 22 de diciembre, 3 de noviembre, 14 de junio, 22 y 18 de mayo de 1993, 22 de diciembre, 17 de noviembre y 10 de julio de 1992).

Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención *ab initio* de la fuerza policial.

Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución. Mas ha de diferenciarse esta figura de lo que se denomina «actuación de agente provocador».

Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces

absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible.

Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En el primer caso no se da en los acusados una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición en este supuesto parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma.

Segundo.—Tal doctrina (ver además, las Sentencias de 3 de marzo de 1998, 21 de enero de 1997, 14 de noviembre y 13 de febrero de 1996) sirve ahora para aclarar el supuesto enjuiciado ya que de todas formas se trataría aquí de quien está cometiendo el delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, porque en la vía pública se está dedicando a la venta de papelinas de cocaína y heroína. Las características del tipo penal, como delito de resultado cortado o de consumación anticipada, evidencian que la intervención de quienes son policías como supuestos o posibles adquirentes de la droga, no implica la provocación de un delito inexistente hasta ese momento, sino la aportación en todo caso de pruebas que ayudan a probar una infracción precedente.

Mas si se examina el relato histórico de la Audiencia se observa que, como hecho probado, no se dice ni siquiera que los Agentes de la Autoridad preconcebidamente se hubieran prestado a esa intervención probatoria, en tanto que ese *factum* únicamente nos indica que el acusado «ofreció en venta» tres papelinas a aquellos como podía habérselas ofrecido a otras personas distintas.

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

### *Donación a consumidores: entrega por familiar o allegado de pequeña cantidad para ayudar a la deshabituación o impedir el síndrome de abstinencia versus entrega entre amigos para consumo compartido*

Primero.—En el caso de ahora el lacónico relato fáctico de la instancia, lacónico y escueto, habla de la entrega de dos envoltorios conteniendo, cada uno, 194 miligramos netos de heroína, acetilcodeína y monoacetilmorfina. En un caso para compartir el consumo tanto la acusada como el receptor, sin indicarse a cambio ninguna contraprestación económica. En otro el *factum* es aún más impreciso porque únicamente se dice que la acusada recibió, del receptor de la mercancía, encargo para que se la comprara. Plantéase así, una vez más, el problema de la donación entre adictos y consumidores de droga, en tanto que en algunos supuestos no existe tipicidad alguna, según la más reciente doctrina jurisprudencial.

No se trata, pues, del supuesto en el que el familiar o persona allegada suministra la droga gratuitamente a quien es ya drogadicto, con la única idea de ayudarlo en la deshabituación o para impedir los riesgos de un posible síndrome de abstinencia. De tal tema ya se trató, entre otras, en las Sentencias de 20 de julio de 1998 y 16 de septiembre de 1996. Conforme a las cuales, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia ori-

gina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código (hoy 368).

En esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho. No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias: *a)* que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros; *b)* que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; *c)* que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega; *d)* que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente; y *e)* que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

Segundo.—Mas, como se ha dicho, se trata ahora de una entrega de droga entre amigos para consumo compartido de pequeñas cantidades entre quienes son adictos al alucinógeno. A este respecto el motivo primero del recurrente, con base en el artículo 849.1 procesal, denuncia la indebida aplicación del antiguo artículo 344 del Código porque se cumplían los requisitos y exigencias acabadas de señalar, independientemente de que también se alega el principio *in dubio pro reo*. En conclusión se recurre porque se considera que la conducta enjuiciada es atípica en tanto ni existe difusión de la droga en estrictos términos penales ni, en consecuencia, riesgo o peligro para la salud.

Es cierto que respecto de la donación del estupefaciente ha variado sustancialmente la doctrina del Tribunal Supremo. Porque la antigua doctrina (ver las Sentencias de 28 de septiembre y 11 de junio de 1992) entendía que la reducción del tráfico ilegal a sólo aquellos supuestos en los que el autor recibiera un precio, carecía de sentido porque éste no constituye una condición esencial del bien jurídico lesionado que ha de protegerse, ni tampoco del reproche jurídico y penal de la conducta, razón por la cual la cesión gratuita de la droga era una de las modalidades del precepto legal.

En cambio, la doctrina ya vigente y unánime establece que la invitación gratuita al consumo es en principio delictiva, pues el bien jurídico protegido se ve afectado cuando se facilita y se favorece el ilícito consumo, sobre todo teniendo en cuenta que el reproche legal nada tiene que ver con el ánimo de lucro. Pero excepcionalmente, sin embargo, el consumo compartido entre adictos a la droga (igual si se trata de adictos que aportan lo necesario para formar un frente común destinado a la adquisición y consumo inmediato del estupefaciente) puede ser impune por la insignificancia penal de tal conducta y porque en estos casos se trata en realidad de una modalidad del autoconsumo no punible, aun a pesar de que fuere uno de los consumidores el donante de la droga (ver entre otras la Sentencia de 28 de marzo de 1995).

Tercero.—Se impone en consecuencia la mayor cautela y prudencia a la hora de enjuiciar estos casos para evitar la impunidad de hechos que claramente conculquen el Código (ver la Sentencia de 22 de diciembre de 1998).

La cautela lleva a la necesidad de remarcar rigurosamente los requisitos necesarios para tan excepcional conclusión, parecidos pero diferentes a los más arriba reseñados en el caso de donación entre parientes.

Estos son los siguientes, según la Sentencia de 31 de marzo de 1998): 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 344 del antiguo Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favoreci-

miento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995. 2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995. 3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (ver Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995). 4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social. 5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. 6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. Al «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia en las Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

Es por lo expuesto por lo que el motivo se ha de estimar, lo que hace innecesario tratar del segundo motivo que por el mismo cauce procesal del artículo 849.1, denunciaba la inaplicación indebida de artículo 8.1 en relación con el artículo 9 del mismo Código de 1973. Es decir se habla de la eximente completa y de la atenuante muy calificada, al estimarse que la acusada padecía, cuando los hechos, síndrome de abstinencia, circunstancia que por cierto en ningún caso aparece en los hechos probados asumidos por los Jueces de la Audiencia.

Y se ha de estimar el primer motivo porque, quíerese que no, concurren los requisitos antes expuestos, siquiera en el segundo supuesto del *factum* es más confuso el supuesto porque se refiere a un caso en el que, al parecer, la acusada actuó de intermediaria en una compra de droga. Pero el supuesto es tan lacónico y tan inexpresivo que se hace difícil, con base en el mismo, llegar a la importante condena acogida en el fallo aquí impugnado.

Por otra parte no se trata en este segundo supuesto de la actuación de un auténtico intermediario. Es cierto que como entre otras dice la Sentencia de 24 de marzo de 1995, todas las actividades de intermediación en el tráfico son conductas facilitadoras del consumo de drogas, incluso la compra de las mismas por encargo, y por tanto punibles. Pero también lo es que, en el contexto de un relato tan impreciso, el ambiente y las circunstancias concurrentes cuando los hechos caecieron (que este Tribunal puede conocer tras examinar las actuaciones con la autorización que proclama el artículo 899 procedimental) no permiten afirmar, fuera de toda duda racional, que se hubiera dado una actividad de verdadera intermediación.

Mas, sobre todo, es el relato el que lleva al *in dubio pro reo*, como principio, ya alegado en la instancia, en virtud del cual debe absolverse cuando no sea dable subsunir el hecho probado en el pertinente artículo penal.

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

### *Donación a consumidores: conductas típicas y atípicas*

Segundo.—En primer lugar, hemos de decir que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida no reproducen los supuestos, rigurosamente excepcionales, en que la donación de una pequeña cantidad de droga ha sido considerada atípica por la doctrina jurisprudencial en razón de la inexistencia de riesgo para la salud

pública. Estos supuestos son básicamente dos: los casos en que un familiar o persona allegada al adicto le proporciona pequeñas dosis de droga con la exclusiva y altruista finalidad de ayudarlo a la deshabitación —aunque es evidente que no es ésa la mejor manera de ayudarlo— o impedir las alteraciones propias de un síndrome de abstinencia, siempre en condiciones tales que no se cree peligro de difusión entre terceros —SS. entre otras, de 12-12-1994 y 12-1-1995— y aquellos otros en que dos o más adictos aportan lo necesario para formar un fondo común destinado a la adquisición y consumo inmediato de la droga, casos que se han considerado equiparables al del autoconsumo no punible puesto que en ellos se confunden los papeles de consumidor y donante —SS. entre otras, de 28-3-1995 y 23-5-1995—. Ninguno de estos dos supuestos, como hemos dicho, aparece reflejado en el *factum* de la sentencia recurrida que nos describe, pura y simplemente, un acto de donación de cocaína a una persona adicta al consumo del citado estupefaciente; una donación, debe añadirse, en cantidad no determinada —la bolsa intervenida por la Guardia Civil cuando la acusada intentaba transmitir la cocaína al donatario, de parte del donante, contenía 4,920 gramos de dicha sustancia con una pureza del 43 por 100— realizada en la calle y para que el adicto la consumiese en otro lugar naturalmente, lo que no eliminaba la posibilidad de una cierta difusión. Se trata, pues, de un hecho típico y subsumible en el artículo 368 CP toda vez que la ausencia de contraprestación no convierte la transmisión de la droga en un acto lícito —S. de 26-12-1996— ni lo es tampoco —S. de 14-10-1994— la entrega de la misma, desinteresada o no, al que la necesita más o menos imperiosamente por ser adicto. En la ocasión de autos, el acusado salió de su casa portando una cantidad indeterminada de cocaína de la que consumió parte en los diversos establecimientos en que estuvo durante la noche, accediendo, ya en la mañana del día siguiente, a invitar a un amigo que se lo pidió, sirviéndose para ello de la acusada que fue sorprendida cuando, en la vía pública, manipulaba en la bolsa que el primero le había entregado. En modo alguno dicha conducta puede ser considerada consumo compartido sino simple acto favorecedor del consumo ajeno, ciertamente en pequeña cantidad y referido a una persona dependiente del producto que recibió, pero tales circunstancias no pueden impedir, habida cuenta del carácter gravemente perjudicial de la co-caína y de ser el acusado reincidente en este delito, que su acción sea reputada típica y que la pena que le ha sido impuesta sea la mínima legalmente posible.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

### *El Rohipnol es sustancia que no causa grave daño a la salud*

Segundo.—(...) El Rohipnol, es una sustancia médica llamada flunitrazepam, con eficacia terapéutica beneficiosa, que como otras benzodiacepinas, permite reducir las manifestaciones psicósomáticas de la angustia y ansiedad. Sólo un uso abusivo de dicho fármaco, puede resultar nocivo para quien lo consume. Un uso ordinario no tiene otro efecto que el de producir adicción, parecido al que produce la nicotina. El abuso, dependerá ya del propio comportamiento de quien lo consume, y no debe ser atribuible al sujeto que lo vende o lo entrega. La cualidad, pues, de gravemente dañosa para la salud, debe deducirse de los efectos que necesariamente produce la sustancia, y no del modo o manera, en que el receptor de ella decida consumirla. En todo caso, la entrega de una cantidad moderada, y así lo es en el caso que se examina, era insuficiente para un consumo abusivo, que es lo que produce efectos nocivos para la salud.

Este criterio es el mantenido por el Pleno de esta Sala de 23 de marzo de 1998, para unificar las posturas divergentes de la jurisprudencia, y el seguido ya por las recientes Sentencias de 27 de abril y 4 noviembre de 1998. Dicha resolución ahon-

dando en lo expuesto, afirma que: La literatura mundial apenas sí recoge casos de fallecimientos tras la ingesta o administración por cualquier vía de benzodiazepinas, 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 mg 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.).

Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiazepinas 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 benzodiazepinas es, sin embargo, parecida a la que produce la nicotina.

En un estudio comparativo entre pacientes dependientes a las benzodiazepinas y un grupo de pacientes con síntomas de ansiedad aguda, se comprobó que no existía diferencia significativa en los tests de función psicomotora entre los dos grupos, pero que los dependientes presentaban, sin embargo, una mayor sensación de tranquilidad.

Puede, pues, llegarse a la conclusión de que el fármaco Rohipnol, consumido en la fórmula autorizada por las autoridades sanitarias es un psicotrópico, que no causa grave daño a la salud.

(Sentencia de 25 de febrero de 1999)

*Desembarco de droga que no llega a producirse por intervención policial: delito consumado para quien transporta la droga en la barca y tentado para quienes esperan en la playa para realizar un desembarco que no se produce*

Quinto.—En el motivo 2.º del recurso de C. (el 1.º fue renunciado) y en el 4.º de los formulados por Práxedes, Salvador y Alfonso, también por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega que para ellos cuatro el delito no debió considerarse consumado, sino sólo en grado de tentativa con aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 52 CP/1973. Sobre esta materia ya hay una abundante jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14-11-1984, 4-2-1985, 3-6-1986, 27-2-1990, 4-6-1990, 27-6-1991, 16-10-1991, 21-10-1993, 23-11-1994, 27-2-1995, y 4-11-1997, entre otras), cuyo contenido exponemos a continuación.

Dada la forma (consumación anticipada) en que se encuentran definidas las conductas de los artículos 344CP/1973 y 368 CP/1995, es difícil que puedan existir formas imperfectas de ejecución.

No obstante, en los casos en que se castiga por la tenencia de la droga con ánimo de destinarla al consumo ajeno, es posible que, antes de iniciarse esa tenencia, en todo el período de tiempo que transcurre desde que se acuerda la adquisición de la droga hasta la entrega de la misma, pueden existir conductas de estos adquirentes respecto de los cuales haya de entenderse que el delito no se ha consumado.

Si sólo ha habido un acuerdo para la transmisión de la mercancía ilícita sin iniciarse la ejecución de la actividad destinada a la toma de posesión, puede haber responsabilidad penal por conspiración, como ocurrió en el caso de la citada STS de 14 de noviembre de 1984.

Si ya hubiera comenzado la ejecución por medio de actos dirigidos a la mencionada adquisición, a través de una actividad unívoca y próxima que habría de conducir a la tenencia de la droga de continuar hasta su final sin interrupción, nos hallaríamos ante una tentativa inacabada, por ejemplo cuando ya se ha iniciado el traslado de los adquirentes al lugar donde la droga habría de entregarse y ello no se consuma porque la Policía detiene a los vendedores de la mercancía que así queda ocupada.

Y si toda esa ejecución se hubiera terminado y, pese a ello, la posesión no hubiera llegado a adquirirse, nos encontraríamos ante un caso de frustración del Código anterior o de tentativa acabada en el nuevo.

La consumación se produciría en el momento en que ya se tiene la posesión de la cosa de modo pacífico, es decir, con una posibilidad de disposición de la misma. Por ejemplo, la citada STS de 4 de noviembre de 1997 consideró frustrado el delito en un caso de droga controlada por la Policía (entrega vigilada del art. 263 bis LECrim) cuando ya la destinataria del paquete postal la había recogido de la oficina de Correos e inmediatamente después fue detenida por los agentes que allí se encontraban.

Son varias las resoluciones de esta Sala que han apreciado la tentativa en los casos en que ya se había concertado la operación e iniciado el traslado al lugar donde habría de realizarse la entrega: SS. 4-2-1985, 3-6-1986, 27-2-1990, 4-6-1990, 27-6-1991, 16-10-1991 y 23-11-1994.

Hay una en concreto, la de 27-2-1995, que contempla un caso muy semejante al presente, espera en una playa de una embarcación con droga, en el que se aprecia tentativa.

A la vista de tal jurisprudencia, en un caso como el que aquí examinamos en el que las personas, que iban a ayudar al desembarco de las mercancía y ya se encontraban en las proximidades del lugar donde luego llegó la barca que esperaban con 527 kilogramos de hachís, al ver a la Policía intentaron huir sin ni siquiera haber iniciado la referida maniobra de desembarco, hemos de entender que la ejecución se había iniciado y que ya estaba cerca el momento de la consumación cuando fue interrumpida. Es decir, hubo una tentativa casi acabada, lo que aconseja bajar un grado y no dos la pena señalada en el artículo 344, conforme a lo previsto en el 52 en relación con el 3, todos del CP anterior.

Sin que esta apreciación pueda beneficiar al otro condenado Francisco R., pues éste ya había consumado la actividad delictiva por la que fue condenado: había transportado (y, por consiguiente, había tenido en su poder, aunque fuera destinada a que otros la comercializaran) en su barca el hachís hasta su llegada a la playa donde la Policía lo aprehendió.

En estos hechos de tracto sucesivo, aunque todos se refieran a un mismo alijo de droga, pueden existir delitos diversos, cada uno con su propia dinámica y la consiguiente responsabilidad penal individualizada. Por ello han de ser castigados como autores de delitos distintos los directores y jefes máximos de la operación (véase el art. 370 CP/1995 y art. 344 bis b CP/1973), los mandos intermedios de la organización y los meros subalternos, así como quienes, sin pertenecer a la organización, participaron con actividades concretas contratadas para el caso de que se trate, como ocurrió aquí, por un lado, con Francisco R. que intervino como transportista de la droga con la barca de su propiedad –delito consumado– y, por otro lado, con la actividad concertada con los otros cuatro que iban a ayudar a la descarga de la mercancía sin que pudieran comenzar esa operación –tentativa.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

*Cantidad necesaria para delimitar cuando la droga es para el autoconsumo y cuando para el tráfico: reglas de aproximación debiendo tenerse presente las circunstancias personales de cada caso*

Primero.—El problema traído ahora a colación por el Fiscal, como parte recurrente en contra de la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, se refiere al supuesto en que el consumidor habitual, en este caso de cocaína, puede poseer legítimamente una cantidad determinada de droga para su propio consumo, sin que se considere entonces que tal detentación estuviera destinada al tráfico con terceros. En relación con ello se encuentra el problema de los límites cuantitativos, en cierto modo también cualitativos, del estupefaciente poseído, para juzgar a partir del momento en que se puede inferir, en un racional juicio de valor, que la cantidad detentada lo es para el tráfico, según los hábitos de cada uno, según la frecuencia del consumo y, finalmente, según las ansias y las necesidades que alrededor del poseedor se producen.

Con lo dicho se está proclamando la dificultad de establecer criterios generales. Con lo dicho se está proclamando la posibilidad de agravios comparativos a la hora de juzgar los casos concretos. Como se dirá más adelante.

Segundo.—Efectivamente, y como recuerda el Ministerio Fiscal, la fijación de límites cuantitativos que sirvan para fundamentar el juicio de valor sobre la intención del acusado en orden a distinguir la tenencia para el consumo, la tenencia delictiva para traficar o la tenencia delictiva de notoria importancia, la fijación de tales límites, se repite, es una cuestión ciertamente irritante por los agravios comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los supuestos de caso concreto (ver Sentencias de 5 de octubre de 1993, 15 de octubre de 1992 y 12 de junio de 1991). Siendo ello no obstante necesario para orientar la justa inferencia de los Jueces, se ha hablado, en cuanto a la cocaína, de unos ocho gramos como cantidad que en término medio podría estimarse propia para el consumo durante tres o cinco días. Siempre serán reglas discutibles, sólo orientativas.

Eso dice la Sentencia de 17 de enero de 1997. La abundante doctrina de esta Sala refuerza no solamente la peculiaridad de cada caso sino también el peligro de establecer unas reglas estáticas, rígidas e inamovibles.

Tercero.—Hemos pues de insistir en ello. La cantidad cualificadora de la notoriedad o, simplemente, de la posesión o disponibilidad para el tráfico a terceros, supone establecer reglas de dudosa eficacia si se quieren implantar de modo genérico. Cuando se está juzgando a quienes son a la vez consumidores, el problema adquiere mayor dificultad a la hora de discernir lo que es cantidad para el consumo de aquella otra que al tráfico se destina. La fijación de cantidades rígidas generará siempre irritantes desigualdades cuando no evidentes injusticias. Siempre serán conceptos necesariamente indeterminados porque la distinta potencia farmacodinámica de los estupefacientes en general, cuya relación nunca podría ser taxativa ni exhaustiva, obligaría a la Ley Penal a un contenido muy prolijo y también complejo, sin olvidar que, en el supuesto de traficante y consumidor, las necesidades de cada individuo/a son distintas en orden a lo que su organismo precisa para satisfacer la drogodependencia a la que está sujeto (ver la Sentencia de 19 de febrero de 1993).

Son «reglas por aproximación» las que servirán para cada supuesto de caso concreto. Tales apreciaciones (Sentencia de 5 de octubre de 1990) pertenecen a la libre valoración de los Jueces según el razonamiento indiciario que lógicamente, por las vías del artículo 1253 del Código Civil, conduce a la formación de lo que debe ser siempre un justo equilibrio judicial, sin quebranto alguno del principio de legalidad.

Cuarto.—No se olvide que nos movemos, subjetivamente, en el área de lo volitivo, intelectual o anímico a la hora de juzgar sobre los hábitos personales o sobre la drogodependencia. De ahí, insistimos, el peligro de las conclusiones inamovibles.

Piénsese sobre todo en que las posibilidades económicas del consumidor y las posibilidades de conservación de la droga sin detrimento de su calidad pueden dar lugar a juicios distintos que nunca serían por ello contradictorios.

Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala (ver las Sentencias de 5 de octubre y 30 de abril de 1993, 7 de octubre de 1992 y 4 de mayo de 1990) hablaron de cantidades y días concretos. Se dijo así que podía admitirse la guarda de droga para el autoconsumo durante un período de tres a cinco días, como podía hablarse, dentro de la relatividad de la cuestión, de unos ocho gramos de cocaína como cantidad máxima a guardar para ese consumo en ese período de tiempo.

El problema es difícil. Ahora se trata de poco más de veintiséis gramos de cocaína, con una pureza media del 70 por 100, poseída para el autoconsumo de los dos acusados absueltos, los cuales son consumidores habituales en los fines de semana, en la ciudad en la que pacífica y laboralmente conviven, ciudad tan alejada de la capital del Estado como para justificar el viaje realizado a ésta para hacer acopio del alucinógeno. De otro lado no existen indicios de clase alguna que de alguna manera señalen cualquier clase de actividad delictiva, en el mundo de la droga, por parte de los acusados.

La resolución de la cuestión debatida estaría en el análisis del razonamiento llevado a cabo por los jueces de la Audiencia que vieron y oyeron lo que otros ojos y oídos no van a percibir después. Ese razonamiento, lógico, racional, completo y sensato, lleva a una conclusión absolutoria que, en base a lo expuesto y atendiendo al supuesto de caso concreto, lejos de la rigidez y de la inmovilidad, este Tribunal no considera justo su rectificación.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

### *Delito provocado: concepto. Diferencias con conductas de descubrimiento del delito*

Primero.—En el primer motivo del recurso interpuesto por la representación procesal de Enrique G. N., que está residenciado en el artículo 5.4 LOPJ, se denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE, por haber sido obtenidas ilegítimamente las pruebas en las que se ha basado su condena toda vez que el delito, según se alega en este motivo de impugnación, fue provocado por la actuación de la Policía. El delito provocado es aquel que llega a realizarse como consecuencia de la inducción engañosa, generalmente de miembros de la Policía, que hace nacer el propósito de perpetrar la infracción en quien anteriormente no lo abrigaba, originando así un comportamiento aparentemente criminal que de otra forma no hubiese tenido realidad y que, en rigor, no llega a tenerla porque, estando controlada la operación en todo su desarrollo por quien la ha puesto en marcha, el delito es desde un principio de imposible comisión. Tal forma de proceder, se ha dicho reiteradas veces por la jurisprudencia de esta Sala —véase, por todas, la Sentencia de 13-2-1996— desconoce los principios del Estado democrático de Derecho y lesiona tanto el principio de legalidad consagrado por el artículo 25.2 CE como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el artículo 9.3 de la misma Norma. El delito provocado, pues, no debe ser punible, pero no exactamente porque en su descubrimiento se haya utilizado pruebas ilegítimas, sino porque es delito sólo en apariencia. Una cosa, sin embargo, es el delito provocado, en el que no existe culpabilidad y sólo cabe apreciar una sombra de tipicidad, por lo que la acción

que lo sustenta debe quedar impune, y otra muy distinta –aunque el deslinde entre ambas plantee a veces problemas de no fácil solución– es la conducta encaminada al descubrimiento de delitos ya cometidos, o que se están cometiendo por ser de tracto sucesivo, porque en estos casos los agentes buscan sólo las pruebas de un delito del que tienen sospechas y en cuyo desenvolvimiento pretenden irrumpir para impedir que se continúe cometiendo. En este segundo supuesto, la actuación de la Policía no tiene la finalidad de «inventar» un delito para incorporar su falso descubrimiento a la lista de sus éxitos profesionales, sino la de descubrir un delito real y romper el tracto de su comisión, forma de proceder de todo punto legítima de la que, lógicamente, no puede pretenderse derivar la impunidad de la infracción descubierta e interrumpida. Si en un caso como el que ahora se somete a nuestra censura, en que se realizó una acción de apariencia inequívocamente típica, cual es la posesión y el ofrecimiento en venta de una importante cantidad de cocaína, pretende el autor que su acción fue producto exclusivo de la provocación de otro u otros, debe probar que así aconteció en efecto puesto que la provocación alegada sería, en su caso, un hecho impositivo. Así como a la acusación incumbe la prueba del hecho punible y de la participación en el mismo del acusado, a éste corresponde probar los hechos con los que aspira a desvirtuar, por ejemplo, el significado antijurídico de los que la acusación ha probado, como sería en el caso presente la inducción falaz de los agentes de la Policía. La defensa de este recurrente alegó ante el Tribunal de instancia la existencia de indicios en los que se basó para sostener que el delito que se imputaba a su defendido había sido provocado por la Policía. En el acto del juicio oral se celebró una amplia prueba testifical que versó, entre otros extremos, sobre la forma como actuaron los agentes de la Policía en el seguimiento de la operación investigada hasta la detención de Enrique G. N. y la intervención en su poder de la droga que, sin lugar a dudas, se proponía vender. El Tribunal vio y oyó tanto a los procesados como a los funcionarios y pudo ponderar la credibilidad que merecían las declaraciones de unos y otros. La presunta provocación, en consecuencia, como hecho impositivo que es, fue objeto de prueba y debate a cuyo término el Tribunal obtuvo una convicción sobre la misma que expresó y razonó en la sentencia recurrida. Dicha convicción, que fue la contraria a la pretendida por la defensa, no puede ser combatida ante esta Sala por la sencilla razón de que nosotros no hemos presenciado, con la imprescindible inmediatez, la práctica de la prueba en la que aquella convicción se asentó. Lo único que se nos puede pedir, en el limitado contexto de este recurso, es que analicemos el razonamiento que llevó al Tribunal de instancia a rechazar que los indicios alegados por la defensa constituyesen, en verdad, una prueba de que la acción de este recurrente fue sólo el producto de una provocación policial. Sobre dicho punto hemos de decir que el razonamiento, al que el Tribunal dedica buena parte del fundamento jurídico primero de su resolución, no es ilógico ni arbitrario. Hemos de concluir, por ende, que no estamos en condiciones de rectificar la afirmación con que concluye dicho fundamento jurídico, a cuyo tenor «no existe prueba alguna que permita afirmar o de la que se pueda deducir inequívocamente que existió delito provocado sino, por contra, una satisfactoria y correcta actuación de los agentes de la Autoridad». Todo lo cual conduce necesariamente a la desestimación de este primer motivo.

(Sentencia de 16 de abril de 1999)

*Delito provocado: delimitación frente a simple supuesto de investigación policial*

Primero.–(...) El examen de las actuaciones revela que las diligencias policiales se inician por denuncia de un comprador de sustancia tóxica que pone en conocimiento

de la Policía un acto de tráfico realizado por dos personas. Las sucesivas investigaciones conducen, primero a dos personas y a la hoy recurrente, quien suministraba a los otros dos sustancia tóxica por dinero. Se averigua cómo contactaba con los otros acusados y la forma empleada para realizar actos de tráfico. Después de estas investigaciones, que consistieron en vigilancias de domicilios, detenciones y declaraciones, la instrucción policial, como quiera que se desconocía el domicilio de la imputada en el tráfico que hoy recurre, decide llamarla al teléfono móvil que los otros habían participado y requiere de la acusada la entrega de sustancia tóxica para lo que concierta una cita en la que es detenida.

3. No estamos en presencia de lo que jurisprudencialmente ha sido denominado delito provocado. La jurisprudencia de esa Sala (SSTS 27-6-1967, 18-4-1972 y 18-4-1975) lo definió como «el que surge por obra y estímulos de un agente provocador» quien toma la iniciativa a consecuencia de la que el provocado se decide a delinquir. La distinción entre el delito provocado y una intervención policial dirigida a descubrir un delito, se manifiesta en que la actuación policial se realice sobre personas que, en principio, no tenían intención de delinquir o, por el contrario, el descubrimiento de una situación o actividad preexistente y hasta entonces oculta. Así cuando «la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto un hecho, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía» o cuando «la interferencia de los funcionarios de policía no fue una inicial tentación criminógena, aunque sí de descubrimiento» (STS 18-4-1972), nos encontramos ante una actividad de investigación.

La línea divisoria ante el agente provocador y la investigación de un hecho delictivo radica en la existencia, o no, de una actuación inductora que juegue al margen de la ley procesal penal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la realización de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad policial dirigida al descubrimiento de un hecho delictivo, el agente policial levanta una situación delictiva preexistente y se persigue un delito ya cometido (cfr. STS 4-3-1992).

«Delito provocado, en términos de la STS 30-9-1998 citando la de 9-10-1987, es sólo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis*, y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no sólo la casi segura detención del incluido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.»

En este breve repaso jurisprudencial destacamos cómo la impunidad del delito provocado se fundamenta tanto en criterios propios de la dogmática penal, ausencia de dolo y, consecuentemente, de tipicidad, como en criterios nacidos del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de los límites de actuación de los aparatos represivos en un Estado democrático.

4. La dedicación a una ilícita actividad, concretamente al tráfico de drogas, por la acusada que hoy recurre, existió con anterioridad a la actuación policial y era objeto de investigación. Así se conocía su actividad, hubo una denuncia, unos seguimientos y unas declaraciones con un sentido indudable de cargo dirigido a la acreditación de una conducta típica. El hecho de llamar al número de teléfono para concertar una entrega de droga y proceder a la detención, no supuso al nacimiento en la acusada de una voluntad de delinquir traficando con sustancias tóxicas, sino que permitió, una vez

investigada la existencia de una actividad delictiva, su detención y la localización de su domicilio.

(Sentencia de 13 de mayo de 1999)

*Requisitos para atipicidad de donación a consumidores. Constituye en todo caso delito la actuación de una madre que intenta introducir pequeña cantidad de droga para sus hijos que están en prisión: ni el consumo se produce ante quien es donante y consumidor ni menos aún consta que no haya difusión de droga a otros internos*

Segundo.—La doctrina que a continuación se consigna es de aplicación al supuesto de ahora, aunque en este caso no se trate exactamente de una donación para evitar un mal en la persona del donatario. Es verdad, sin embargo, que la expresión del *factum* recurrido en el sentido de que los destinatarios de la heroína la precisaban para su consumo, deja la puerta abierta para toda suerte de consideraciones.

La cuestión que aquí se plantea, con las matizaciones dichas, gira alrededor de la donación desinteresada, desde el punto de vista económico, realizada en favor de un drogadicto por sus allegados, con una loable finalidad de ayuda humanitaria en su favor. En tal problema la doctrina de la Sala Segunda ha venido acogiendo un supuesto de excepción a la regla general que conforma la amplia autoría acogida en el artículo 368 del vigente Código. El bien jurídico protegido por dicho precepto es la salud pública como bien colectivo, razón por la cual se sancionan los distintos supuestos que el mismo reseña en cuanto a la difusión del consumo ilegal de las drogas en general, por promoción, por favorecimiento o por facilitación, porque así se hace frente a un peligro común. Ello quiere decir, según la última corriente jurisprudencial, que no se afecta al bien jurídico protegido, es decir, la salud colectiva, cuando el riesgo o peligro a la salud de terceros no concurre.

Pero la cuestión, eminentemente de técnica jurídica, requiere determinadas puntualizaciones. De un lado es necesario distinguir entre la donación o entrega desinteresada de droga sin participar en su posterior consumo, que sería el supuesto de ahora, de aquella otra donación que se hace para compartir de algún modo su posterior y también inmediato consumo (ver la Sentencia de 25 de mayo de 1993). Ambas posibilidades son distintas aún con numerosas connotaciones comunes. Ambas han originado distintas resoluciones judiciales de esta Sala Segunda.

De otra parte, en referencia sólo al primero de los aspectos indicados, tampoco es unánime el criterio jurisprudencial. La entrega del estupefaciente, la droga tóxica o la sustancia psicotrópica, según la Sentencia de 16 de marzo de 1995, aun sin contraprestación, es delito porque una reducción de la figura penal sólo a aquellos casos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido si éste no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico ni del reproche jurídico penal de la conducta.

Pero concretando más la cuestión y pormenorizando al detalle el debate, fuera pues de ese planteamiento genérico, otras resoluciones (ver las Sentencias de 14 de octubre y 23 de junio de 1994) afirman categóricamente que la entrega de sustancias de esa naturaleza a persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la preceda, incluso la de ayudarla para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal definido en el Código en cuanto denota una conducta favorecedora del consumo, pues no se auxilia a quien vive momentos de anormalidad por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, haciéndole entrega de la droga, sino sometiéndola al correspondiente tratamiento médico, ya que lo primero representa un

aumento de la drogodependencia, un aumento del consumo ilegal y un aumento del deterioro de la personalidad de aquel a quien se quiere ayudar.

Tercero.—Mas el criterio contrario, como dice la Sentencia de 16 de septiembre de 1996, proclive a la admisión de los supuestos excepcionales al principio referidos, es manifiestamente mayoritario (Sentencias de 28 de marzo de 1995, 20 y 12 de septiembre, 17 de junio y 27 de mayo de 1994 y 27 y 16 de septiembre de 1993, entre otras). La Sala Segunda ha evolucionado en esta cuestión por la obligación legal que a la casación corresponde para perfeccionar conceptos, amoldándolos a la evolución de la doctrina y a las ideas que el sentido lógico y la Justicia más eficaz y efectiva imponen.

La terminología utilizada en la postura adversa a la doctrina de la Audiencia no se ajusta a la realidad a pesar de su encomiable construcción jurídica. Porque el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos. Otra cosa es que agotada esta vía excepcional, facilitando un «consumo curativo o paliativo del mal», no se aborden después los medios que la medicina ofrece al respecto.

En consecuencia, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código.

En esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro más arriba dicha. No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias: a) que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros; b) que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; c) que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega; d) que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente; y e) que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

Cuarto.—El presente supuesto se presta al análisis, ciertamente peculiar, del caso concreto. En primer lugar es de indicar, dentro de la atenuante asumida por la instancia, que la Audiencia impuso el mínimo de la mitad inferior de la pena privativa de libertad, de acuerdo con los artículos 368 y 66.2 del Código Penal, soslayando la gravedad que el subtipo penal del artículo 369.1 de igual Ley pudiera haber representado, si se tiene en cuenta que la infracción se materializó en el Departamento de comunicaciones y paquetes, del Centro Penitenciario que se indica.

Hecha tal matización, y aun reconociendo se trata de situaciones límite, resulta altamente difícil aplicar a este supuesto de ahora la tesis exculpatoria proclamada en la doctrina precedente. Los presuntos destinatarios se sabía habían sido condenados precisamente por traficar con droga, como se sabía, según el dictamen pericial, que con la heroína intervenida cabrían hacerse veintitrés dosis. Si a ello se une la ausencia de datos concretos que, desde la excepcionalidad, acrediten los datos o requisitos fácticos necesarios para llegar a la eliminación de la antijuridicidad, fácil es colegir la responsabilidad del acusado. Los datos propios para asumir la tesis condenatoria están

suficientemente acreditados, en tanto que, de contrario, sólo las suposiciones o presunciones atrevidas podrían en su caso justificar una conducta que, por lo probado, está lejos de las exigencias exculpatorias indicadas.

El motivo se ha de desestimar. Se trata de una conclusión difícil pero aquí necesaria. Los matices y peculiaridades del supuesto de caso concreto, tan sutiles pero significativas, son ciertamente elocuentes.

No estamos hablando de una donación, sin contraprestación económica, entre un grupo, para compartir su consumo (ver la Sentencia de 28 de marzo de 1995). De entre los requisitos que la doctrina de esta Sala declara precisos para estimar impune la donación hecha con el fin de facilitar el consumo de un grupo determinado de personas, figuran dos exigencias ahora no concurrentes. Ni el consumo se produce a presencia de quien a su vez es donante y consumidor, ni menos aún consta que no haya difusión de la droga entre algún sector de público. Razones que evidencian, desde esta segunda perspectiva, la razón del criterio condenatorio asumido por los Jueces de la Audiencia.

(Sentencia de 14 de mayo de 1999)

*Reducido ámbito de la complicidad en delitos de tráfico de droga: quien guarda la droga tiene consideración de autor*

Segundo.—Se alega en el segundo motivo casacional, al amparo del artículo 849.1 LECrim, la inaplicación del artículo 29 CP, entendiendo que la actividad desarrollada —guardar la droga del otro acusado— se describe como de carácter auxiliar.

Existe, en el caso, no sólo el acuerdo previo o *pactum scaeleris* entre los coacusados, sino asimismo la propia posesión o tenencia de la droga, en cuanto a la disponibilidad para la entrega, aunque se realice en ejecución de lo previamente acordado. La posesión del recurrente se patentiza y proclama al tener en su casa la droga intervenida, con el propósito de efectuar su entrega al otro de los partícipes para su posterior tráfico y distribución. También habría que adicionar que la acusada poseía el dominio finalista del hecho, sin que quepa duda que con su conducta y actuación voluntaria facilitó el consumo potencial de las drogas intervenidas. Se ha producido, pues, una aportación no reemplazable en el sentido de la moderna dogmática, y ello convierte a la acusada en coautora o cooperadora necesaria —distinción irrelevante a efectos punitivos.

En efecto, una constante jurisprudencia (vid., por todas, S. 28 de febrero de 1998 [RJ 1998\1746]) ha puesto de manifiesto (SS. 18 de septiembre y 24 de junio de 1996 [RJ 1996\4728], entre otras) la dificultad de estimar la figura de la «complicidad» en los delitos de tráfico de drogas, por la amplitud de los términos en que está redactado el artículo 344 CP (cfr. TS 2.ª SS. 24 de junio y 18 de septiembre de 1996), y sólo se ha aplicado en casos de colaboración mínima de «favorecimiento al favorecedor» del tráfico, tales como la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía la droga (cfr. TS 2.ª S. 9 de julio de 1987 [RJ 1987\5301]), pero no cuando existe un previo acuerdo para delinquir, que convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico, cualquiera que sea su rol concreto, siempre que su colaboración contribuya, como establece el citado precepto, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (cfr. TS 2.ª SS. 15 de julio, 8 y 11 de noviembre y 3 de diciembre de 1994 [RJ 1994\6451, RJ 1994\8797, RJ 1994\8915 y RJ 1994\9365] y 16 y 24 de junio de 1995 [RJ 1995\4577 y RJ 1995\4849]).

En el caso, partiendo de la narración fáctica en la que se recoge que la acusada guardaba la sustancia estupefaciente anteriormente mencionada, no puede apreciarse

su participación en la categoría de complicidad y sí en la de autoría, por cuanto «...todos los que se conciertan en una operación de esta naturaleza, cualquiera que sea la actividad desplegada, son autores, esto es, toda persona que colabora en el tráfico —la expresión tiene una proyección amplísima, no coincidente con el afán de lucro—, con conocimiento de dicha conducta, finalísticamente contemplada, se convierte en coautor (cfr. TS 2.ª SS. 9 y 19 de febrero de 1993 [RJ 1993\950 y RJ 1993\1370])» (TS 2.ª S. 13 de julio de 1994).

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 885.1.º y 2.º LECrim, procede acordar la inadmisión del motivo casacional alegado.

(Auto de 19 de mayo de 1999)

*Diferencias entre cómplice y cooperador necesario (autor): Es cooperador necesario quien realiza la función esencial de poner en contacto a compradores y vendedores*

Primero.—(...) Se defiende en el motivo que el recurrente no es cooperador necesario sino cómplice del delito contra la salud pública que se le imputa al considerar que su intervención fue prescindible.

El motivo no puede ser estimado.

La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

Esta Sala viene declarando que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar a la acción del autor principal, frente a la condición de necesidad a la producción del resultado del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte, la de la *conditio sine qua non*, para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos, cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción realizada retirando su curso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro del marco de la coautoría.

En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible (Cfr. Sentencia de 17 de marzo de 1992).

En el supuesto objeto de nuestro examen, ceñido a la situación que se describe en el relato histórico, del que el cauce procesal esgrimido en el motivo no nos permite salir, se aprecia un aporte trascendente, difícilmente reemplazable y, por ende, necesario para la realización de los dos hechos básicos que conforman el delito realizado por el coencausado.

El recurrente se encarga de poner en contacto a los acusados Mateo y Francisco H. D. así como a otros que les acompañaban, que habían llegado a Algeciras procedentes de Barcelona con el propósito de adquirir una importante partida de hachís, con la persona que estaba en condiciones de venderles la sustancia estupefaciente como

así ocurrió, y ese aporte realizado por el recurrente a dicho tráfico de drogas indudablemente resulta trascendente y difícilmente reemplazable, dada la naturaleza de la sustancia y cantidad que pensaban adquirir.

El Tribunal de instancia, razona con acierto, que la conducta desarrollada por el recurrente ha contribuido eficazmente, calificando su cooperación como necesaria, en cuanto además de poner en contacto a compradores con vendedor, como se recoge en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia impugnada, acompaña a los compradores cuando fueron a contactar con el coacusado R. así como durante todo el tiempo en que se desarrolla la operación, participando activamente en las negociaciones con el mencionado R., siendo precisamente en el vehículo del recurrente en el que huyeron algunos de los compradores después de producirse el pago con dinero falso y efectuarse los disparos.

La calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia ha sido correcta y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 11 de junio de 1999)

### *Consumo compartido entre adictos: requisitos para la atipicidad de la conducta*

Tercero.—(...) Es cierto que existe una corriente jurisprudencial consolidada —*ad exemplum*, Sentencias de 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992, 335/1993, de 22 de febrero, 1339/1993, de 3 de junio, 1345/1993, de 7 de junio, 1627/1993, de 25 de junio, etc.— que ha entendido que el bien colectivo de la salud pública no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros, que constituye el sustrato de la antijuricidad del delito, no concurre, que es el caso del consumo entre adictos, pero —para considerar impunes determinados supuestos de consumo compartido— se cuida de añadir presupuestos muy precisos que resume la Sentencia de 31-3-1998:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 344 del CP ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en «lugar cerrado», y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995.

c) La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (cfr. Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (cfr. Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas «ciertas y determinadas», único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. A «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia. Así Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

(Sentencia de 20 de julio de 1999)

*El acusado que está de acuerdo con remitente de la droga para recibirla aunque no llegue a tener la posesión material de la misma consuma el delito*

Segundo.—El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia aplicación indebida de los artículos 16.1 y 62 del Código Penal.

Entiende el Ministerio Fiscal que la Sentencia de instancia ha infringido tales preceptos penales porque «la estimación de tentativa en el tipo que la Sentencia aprecia no es conforme con la doctrina de esta Excm. Sala», según la cual «quien se concierta con otros para recibir el ilegal producto ya tiene la disposición sobre la droga y el delito es consumado», pues «hay consumación cuando el acusado se pone de acuerdo con el remitente, con lo que adquiere la posesión remota desde que la droga sale de la disponibilidad del remitente».

La Sala de instancia, por su parte, ha estimado que el delito de tráfico de drogas únicamente debía apreciarse «en grado de tentativa», «porque los inculpados en ningún momento tuvieron la posibilidad aun remota de tener la más mínima posesión de la sustancia intervenida porque la misma era controlada por las autoridades desde mucho antes que los procesados la pudieran recibir, ..., nunca tuvieron la posibilidad de detentar físicamente la sustancia que (se) les remitía por causas independientes de su propia actuación voluntaria...».

La Jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente que el delito de tráfico de drogas, por lo general, sólo admite formas consumadas, por tratarse de un delito de mera actividad que, por ello, no requiere un resultado que supere la conducta típica, definida en términos sumamente amplios en el artículo 368 del Código Penal; de tal modo que solamente en casos excepcionales se han admitido la formas imperfectas de ejecución de este delito, pero exigiendo en todo caso que el acusado «no le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad». A este respecto, debe destacarse que en los supuestos de «envíos de droga», tiene declarado también esta Sala que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, «en cuanto que la droga —en virtud del acuerdo— quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detentación física del producto, si es patente su preordenación al tráfico» (v. SS. de 12 de septiembre de 1994 y de 4 de noviembre de 1997, entre otras). «El tráfico —se dice en la Sentencia de 21 de junio de 1997— existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido». Por todo ello, es patente que el tráfico real y efectivo queda situado más allá del área de la consumación, que se produce con el simple peligro eventual que nace de cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal. En cualquier caso, es indudable que se comete este tipo delictivo mediante acciones de facilitación y favorecimiento, y, desde este punto de vista, no ofrece dudas —como se pone de manifiesto en la Sentencia de 12 de febrero de 1997— «que haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga al autor... para la introducción de la misma, implica una colaboración que facilita la comisión del delito y, a través de éste, el consumo de drogas tóxicas». En suma, como se ha dicho repetidas veces, no es preciso la detentación material de la droga para que se entienda consumado este delito, pues con tal exigencia podrían eludir el peso de la ley los grandes traficantes de la droga, que suelen serlo sin estar en contacto físico con ella.

Es evidente que la participación de los acusados, en la presente causa, era necesaria, desde el comienzo de la operación abortada por haberse descubierto en el desarrollo de la misma el contenido de los paquetes remitidos a los mismos, para poder introducir la droga en España.

En conclusión, es menester reconocer la razón que asiste al Ministerio Fiscal y en consecuencia apreciar la consumación del delito de tráfico de drogas por el que han sido condenados los acusados.

(Sentencia de 11 de noviembre de 1999)

## ARTÍCULO 369.2

*Carácter personal de esta agravación: su fundamento no está en el lugar donde se realiza la acción sino el que la misma la realicen empleados o responsables del establecimiento*

Quinto.—Los dos motivos de error de derecho, del núm. 1.º del artículo 849 de la Ordenanza Procesal Penal, tercero y quinto y último, aducen la aplicación indebida de los artículos 368 y 369.2 del Código Penal. El primero de ellos, el tercero, es subsidiario de los precedentes, por tanto, al quedar intangibles los hechos declarados probados, el motivo tiene que perecer inexcusablemente porque los hechos declarados probados por la resolución de instancia son subsumibles en dicha tipología. No merece más ocupación por esta Sala porque el propio recurrente condiciona el motivo al acogimiento de los precedentes.

También con carácter subsidiario se formula el quinto motivo, si bien se añade en él que algunos efectos intervenidos lo fueron en la cocina y la agravación de «establecimiento público» debe entenderse por lugar en que indiscriminadamente puede estar cualquier persona y cita al respecto la Sentencia de esta Sala de casación de 28 de septiembre de 1996.

El motivo tiene que perecer. En base al intangible relato de hechos probados, consta que en el local «Parrillada Pardo», sito en la localidad de Lamera-Silleda, se encontró en el registro acordado por el Juzgado de Instrucción de Lalín, «en una alacena, próxima a la cocina de dicho establecimiento, una bolsa plástica, conteniendo en su interior 10 bolsitas pequeñas y otras tres bolsitas en una caja de cartón (conteniendo todas ellas una sustancia blanca, una bolsa de aluminio de pequeño tamaño conteniendo un trozo de una sustancia harinosa, así como una balanza de precisión...).». Tal sustancia resultó contener 7,656 gramos de cocaína con una riqueza del 77,40 por 100 y 18,019 gramos de cocaína con una riqueza del 75,8 por 100.

Como señaló la sentencia de este Tribunal, con referencia al artículo 344 bis a).2.º del Código Penal de 1973, «si los hechos descritos en el artículo 344 fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos, requiere, como su propia dicción indica, tres requisitos fundamentales: 1.º) La ejecución del hecho típico de cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con dichos fines; 2.º) Que la realización de tal hecho tenga lugar en establecimiento abierto al público, esto es, aquellos en que pueda entrar libremente cualquier persona sin impedimento alguno, y 3.º) Que sean los responsables o los empleados de los mismos quienes participen o intervengan en las acciones ilegales reprimidas en el precepto mencionado».

La doctrina jurisprudencial excluyó tal agravación porque del relato de hechos probados no se desprende que la acusada haya vendido el hachís a clientes o personas que acudían al bar con tal finalidad y además la mayor parte de la droga la tenía la recurrente en un almacén o bar no abierto al público, circunstancia esta última que no lleva el subtipo agravado —Sentencia de 27 de julio de 1992—, añadiendo que tal agravación se produce en «establecimiento abierto al público», esto es, aquellos en que

indiscriminadamente puede entrar cualquier persona y que sean los responsables o los empleados de los mismos quienes participen o intervengan en las acciones legales –Sentencia de 30 de octubre de 1992.

La circunstancia agravante prevista en el artículo 344 bis a).2.º del anterior Código Penal no se fundamenta exclusivamente en el lugar en el que se realiza la acción, sino esencialmente en el carácter de «responsables» o «empleados» del mismo. Ello demuestra que para su aplicación no es necesario que se demuestre la realización de actos de difusión en el lugar público. Por el contrario, cualquiera de las acciones prohibidas, incluida la tenencia, resulta más punible, si ha sido realizada por quienes tienen la responsabilidad de un establecimiento público o son empleados del mismo, dado que tales personas tienen mayores posibilidades de difundir la droga y ello, en la medida en la que aumenta el peligro de difusión derivado de su posición, justifica un aumento de la intensidad de la prohibición y de la pena.

Por lo tanto, el artículo 344 bis a).2.º CP se debe entender como una circunstancia de carácter personal y no, como parece sostenerlo la defensa, como una agravante que tiene su fundamento exclusivo en el lugar en el que se realiza la acción –Sentencia 840/1994, de 5 de mayo.

Resulta paradigmática la Sentencia 118/1996, de 12 de febrero, pues recoge un supuesto muy parecido al traído ahora a la censura casacional: «La narración fáctica expresa que “practicando el registro del establecimiento y sus dependencias, se encontró lo siguiente: En la cocina, 10 bolsitas con cocaína, con un peso de 13,85 gramos, dos botes de latón conteniendo 314.000 ptas. en distintos billetes, y recortes de plástico para la confección de papelinás. En el patio exterior del local y en el interior de una bolsa de basura, recortes de plástico para la confección de papelinás, pinzas, pesos y medidas y una balanza de precisión y junto a unas cajas de cerveza, también en el patio exterior, dos bolsas conteniendo 23,10 y 48,67 gramos de cocaína respectivamente”; y de estas afirmaciones fácticas es obvio que el acusado hoy recurrente tenía dentro del establecimiento y preparada para su difusión a terceros la sustancia tóxica, lo que integra el subtipo especialmente agravado previsto en el precepto penal que se dice vulnerado, al ser la disponibilidad la esencia de tal agravación, como expresan, entre otras, las Sentencias de 15 de abril y 19 de diciembre de 1991; y al ser el delito contra la salud pública un delito de resultado cortado o consumación anticipada es obvio que carecen de relieve las alegaciones del recurso en orden a la no constancia concreta de operaciones de tráfico realizadas dentro del establecimiento, ya que para la existencia del tipo complementado basta con la tenencia de la sustancia preordenada al tráfico ulterior».

Por tales razones debe ser desestimado el motivo y con él el recurso.

(Sentencia de 12 de marzo de 1999)

### ARTÍCULO 369.3

*Notoria importancia de hachís: criterio flexible sin que haya de tenerse en cuenta el contenido de THC (Tetrahidrocannabinol): para su determinación ha de restarse la cantidad que fuera para el autoconsumo*

Primero.—(...) Ciertamente que en relación al hachís, la doctrina jurisprudencial no suele tener en cuenta el contenido de THC (Tetrahidrocannabinol) en orden a determinar la cantidad de sustancia estupefaciente, y en base a ese «neto» determinar el peso de droga sin adulterantes para determinar la concurrencia del subtipo agravado

de notoria importancia como se hace con las drogas vulgarmente llamadas «duras» y en la terminología legal como aquellas que causan grave daño a la salud.

En relación al hachís, o a las formas más pobres de consumo índico como la griffa o la marihuana se tiene en cuenta el peso total perdido interés el dato de la concentración, que con frecuencia no viene determinada en el examen del laboratorio, aunque de alguna forma la mera expresión en que se encuentre el producto ocupado ya es indicativo del contenido del THC, que en hachís suele situarse en el 4 por 100 y el 12 por 100 y porcentajes más bajos para la griffa o marihuana —alrededor del 2 por 100—, sin que tan baja calidad de sustancia activa les prive de su condición de drogas incluidas en las listas I y IV de la Convención Única de Ginebra. STS de 9 de mayo de 1994, 19 de enero de 1995, 16 de marzo de 1995, 29 de marzo de 1995. El peso total sólo es relevante para la determinación del subtipo de notoria importancia que como ya se ha dicho se sitúa a partir del kilo en hachís, cinco veces más en griffa o marihuana —sobre 5 kilos—; o alrededor de los 200 gramos, en el aceite de hachís en atención a que su concentración suele ser cinco veces superior al hachís —STS 29 de marzo de 1995 y la jurisprudencia en ella citada y Sentencia núm. 1135/1997, de 12 de septiembre.

En el presente caso, se trata, como ya se ha dicho de 1.634 gramos de hachís, con una concentración en THC que puede situarse como alta, si bien se mantiene dentro de los parámetros usuales situados entre el 4 por 100 y el 12 por 100 —en el caso de autos se está alrededor del 13 por 100, folio 199, informe analítico.

La Sala de instancia no aprecia el subtipo de notoria importancia por estimar que parte del hachís aprehendido lo era para el consumo de ambos recurrentes, estando acreditado tal consumo —en relación a Miguel Ángel M. A. se confirma un consumo repetido de hachís a lo largo de los tres meses anteriores al corte de mechón de cabello examinado habiéndose llevado a cabo dicho corte con su consentimiento como se acredita al folio 72—. La Sala sentenciadora, calcula cuando menos que cincuenta gramos estaban destinados al autoconsumo por cada recurrente, estimando que en todo caso, la cantidad aprehendida no excede de los dos kilos, cantidad que ha venido a sustituir en algunos casos el tope del kilo de hachís antes indicado.

Tiene razón el Tribunal sentenciador cuando se refiere a la flexibilización que en relación al hachís ha venido confirmándose en recientes resoluciones. Es evidente que lo relevante son las concretas circunstancias de cada caso, ya que todo enjuiciamiento es, por definición, un concepto individualizado, pero del análisis de recientes sentencias, puede extraerse que en casos de hachís destinado parte al autoconsumo atípico, y parte a la venta, si la cantidad estimada a la venta se sitúa entre el kilo sin rebasar los dos kilos, no debe aplicarse el subtipo agravado.

De análoga manera, cuando la droga es ocupada a dos personas, salvo que se acredite otra cosa, y en virtud del principio «favor rei», puede estimarse que la droga aprehendida debe ser dividida entre ambas, y será en atención al cociente resultante, que se podrá determinar si procede o no la aplicación del subtipo agravado.

En tal sentido, las Sentencias de 17 de mayo de 1994 y de 5 de diciembre de 1996 —929/1996— rechazan la aplicación del subtipo agravado en una aprehensión de 1.300 gramos de hachís, estando destinada parte de ella al autoconsumo del inculpado.

Y las Sentencias núm. 890/1997, de 20 de junio y la núm. 461/1997, de 12 de abril con una aprehensión de 1.240 gramos de hachís y 2.506 gramos, respectivamente, ambas sentencias con dos condenados cada uno, rechazan la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia en base a que parte de la droga estaba destinada al autoconsumo, y que tratándose de dos condenados, puede estimarse que cada uno era propietario de la mitad al no constar otra cosa de los autos.

Desde esta flexibilización de los límites máximos a partir de los cuales debe operar la agravante de notoria importancia, siempre justificada a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, en el presente recurso aparecen los siguientes datos:

a) Los adquirentes son dos personas, que según sus propias declaraciones, cada uno con dinero propio, compraron hachís, Michael P. adquirió 800 gramos —declara en el folio 67—, y el resto Miguel Ángel M. Cada uno reconoce haber pagado 75.000 pesetas, sin que existan datos que contradigan tal versión.

b) Ambos son consumidores de hachís, estando destinados al consumo atípico una parte no precisada de la droga.

De estos dos datos, puede colegirse que además del argumento relativo al autoconsumo de ambos recurrentes, al que se refiere la sentencia de instancia y que la Sala comparte, se constata, de forma acumulativa otra línea argumental que lleva a la misma conclusión, y que es la relativa a la propiedad compartida de toda la droga, o a la fijación de cuotas entre ambos condenados. En el presente caso, lejos de hablarse de una propiedad compartida de la totalidad del hachís, cada uno era propietario de una parte, pudiéndose afirmar la existencia de actos de compra separados, y así lo reconocieron ambos en sus declaraciones sumariales y se deriva de la diligencia de entrada y registro, así a Miguel Ángel M. le pertenecía la droga ocupada en el interior de una bolsa rubricada «farmacia Lda. Natividad Combarro» en la que habían diversos óvulos con hachís, en tanto que la droga ocupada en una bolsa de «El Corte Inglés» pertenecía a Michael, reconociendo que él compró un total de 800 gramos, folio 67. Ello permite afirmar que prácticamente, la mitad del hachís pertenece a cada condenado, lo que sitúa su propiedad alrededor de los ochocientos gramos, si a ello descontamos la cantidad destinada para el autoconsumo atípico, se podrá concluir que en el presente caso, no se supera el kilo de hachís por cada condenado, ni menos se aproxima a los dos kilos que también en ocasiones ha sido fijado como tope a partir del cual operaría el subtipo agravado —en tal sentido STS núm. 775/1997 de 31 de mayo.

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

Primero.—(...) Numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala tienen señalado que la cantidad de notoria importancia de la droga está en proporción a la mayor o menor concentración dentro del producto o sustancia que la contenga y a su pureza o calidad, que, en el caso de los derivados cannábicos, es el principio alucinógeno tetrahidrocannabinol (THC), que varía en su concentración según se trate de hachís, con un porcentaje que oscila entre un 4 y un 12 por 100, asciende en el caso del aceite de hachís, y se reduce alcanzando entre el 0,5 y el 4 por 100 en la marihuana y sus equivalentes la griffa y el kiff marroquí, producidos a partir de las hojas y sumidades florales del cannabis (STS de 28 de abril de 1995 y las que en ésta se citan); y, en el mismo sentido, la STS de 17 de octubre de 1996, que reitera el criterio de que para la determinación de la «notoria importancia» en los derivados cannábicos, no importa la pureza, sino el grado de concentración del principio activo THC, que no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a la obra humana, sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la selección de las partes componentes de la misma —tallos, hojas, flores...— (ver STS de 1 de marzo de 1996), de manera que para la marihuana y griffa, la concentración oscila entre el 0,30 y el 2 por 100. Y para estas sustancias la notoria importancia comienza a partir de los cinco kilogramos, reiterando una corriente doctrinal de la que es exponente, entre

otras, la STS de 13 de febrero de 1996, puesto que surgiendo el subtipo agravado para el hachís a partir de un kilogramo de esta sustancia, cuando se trata de marihuana —que tiene de ordinario un componente activo de THC cinco veces menor que aquél— la agravación se establece cuando su peso exceda cinco veces aquella cantidad.

Ya en fecha más reciente, la Sentencia de esta Sala, de 20 de noviembre de 1997 evocando las de 6 de noviembre de 1995 y 30 de octubre del mismo año, nos recuerda que, «a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o “cannabis sativa”, son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite) y por ello esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa, sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas. En cualquier caso, no es el porcentaje de THC el que hay que tomar como base para determinar si alcanza o no el kilogramo que marca la línea divisoria [se refiere al hachís], sino el peso bruto de la sustancia aprehendida, cualquiera que fuese su grado de concentración». En el mismo sentido, las SSTS de 22 de diciembre, 20 de junio, 13 de febrero, 17 de febrero de 1997, en las que también se coincide en la cifra de cinco kilogramos en el caso de marihuana o griffa, para la apreciación de la agravante específica de «notoria importancia», junto a las SSTS de 23 de julio y 12 de septiembre de 1997 respecto a este último dato cuantitativo.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

### *Mantenimiento por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 de los criterios para determinar la cantidad de notoria importancia*

Cuarto.—Resulta indudable que, por razones de seguridad jurídica y por la propia naturaleza de la función casacional, el cambio de criterio interesado exigía una resolución adoptada en reunión plenaria de la Sala para unificación de criterios, como previene el artículo 264.1 de la LOPJ, y como ya anunciaba la Sentencia núm. 1524/1998, de 4 de diciembre, dictada en relación con esta misma cuestión.

Celebrada esta Sala General con fecha 5 de febrero de 1999, se estimó mayoritariamente que debía mantenerse subsistente la doctrina jurisprudencial sostenida hasta la fecha sobre esta materia, por no apreciarse razones suficientes para su modificación. Este criterio ha sido ya recogido en diversas Sentencias de esta Sala como las de 18 de febrero de 1999 (núm. 212/1999), 3 de marzo (núm. 371/1999) o 17 de marzo (núm. 149/1999) de este mismo año, que aplican el acuerdo mayoritariamente adoptado por el referido pleno, estimando deben mantenerse los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial consolidada, por subsistir las razones fundamentadoras de dicha doctrina.

El motivo, en consecuencia, debe ser estimado, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS 4-12-1998, 20-11-1998, 29-12-1997, etc.), la cantidad de cocaína ocupada, más de ochocientos gramos de una pureza aproximada del 80 por 100, tiene necesariamente que ser considerada como de notoria importancia.

(Sentencia de 18 de mayo de 1999)

### *Posibilidad de sumar las cantidades de drogas diferentes ocupadas a un acusado*

Segundo.—La cuestión es ciertamente interesante porque se plantea un supuesto singular, en tanto los distintos estupefacientes o drogas tóxicas intervenidos, individualmente considerados no superan los límites establecidos por la doctrina jurisprudencial para constituir el repetido subtipo agravado, sin perjuicio de lo cual una consideración conjunta, según el Fiscal, supondría ya un porcentaje incurso en las cantidades estimadas por la Sala Segunda como de «notoria importancia».

Las cantidades intervenidas fueron 41,05 gramos de heroína pura y 63,37 gramos de cocaína pura, adquiridas que fueron, para su venta, por la acusada, no consumidora.

Se trata de un supuesto en el que, más que en ningún otro caso, ha de ponderarse con extrema cautela y prudencia el problema jurídico traído a colación. Y no ya por las encomiables reservas con que los Jueces en general hacen frente a los límites cuantitativos, también cualitativos, que configuran la tenencia simple para el tráfico o la tenencia cualificada por la notoria importancia, sino por la peculiaridad de este problema de ahora en el que la acusada, que hay que suponer se aquietó con la resolución condenatoria, se limita a rebatir las argumentaciones de la parte recurrente para evitar lo que podría ser una pena privativa de libertad de hasta doce años de prisión mayor, que sería el máximo del grado medio [artículos 61.4 en relación con el 344 bis a).3].

Tercero.—La Sentencia de 12 de febrero de 1993, número 288/1993, afirma que sería injusto y carente de sentido no agravar la conducta de tan ilícito y perjudicial comercio, en el traficante que poseyera pluralidad de sustancias prohibidas por el artículo 344 del Código Penal y los Acuerdos Internacionales, porque cada una de ellas no alcanzara el *quantum* señalado por esta Sala para cada concreta droga, y «haría de peor condición al que poseyera 60,05 gramos de heroína que al que en tal sustancia no alcanzara los 60 gramos pero tuviera 100 de cocaína y unas dosis de LSD», en referencia al supuesto concreto que se examinaba.

Tal doctrina es evidentemente expresiva, viniendo a señalar, en ese caso concreto, la irritante desigualdad que podría generarse con grandes dosis de injusticia.

Cuarto.—No se trata pues del caso en el que, desde otra perspectiva jurídica, se discute si se pueden sumar las distintas cantidades de droga intervenida en un mismo acto a diversos acusados, para calificar el delito teniendo en cuenta esa cantidad total. Problema en el que, según acoge la Sentencia de 18 de junio de 1994 (número 1242/1994), no es posible esa consideración global del *quantum*, a no ser que previamente hubiera existido entre los distintos acusados un acuerdo previo o *pactum sceleris* (en igual sentido la Sentencia de 20 de junio de 1997). Las Sentencias de 22 de enero de 1997 y 16 de mayo de 1994 llegan sustancialmente a la misma conclusión.

Ahora se trata, como se ha dicho, de sumar las diversas drogas poseídas por un mismo acusado. Doctrina, la acogida en la citada Sentencia de 12 de febrero de 1993, acorde con los más elementales principios de justicia material, siempre que se asuman, como hay que asumir, todo cuanto sobre las denominadas «reglas de aproximación» está dicho por esta Sala Segunda. De no seguirse esta tesis se provocaría una simulación jurídica y una impunidad parcial ficticia e irreal.

Quinto.—Mas, entonces y una vez recogida la doctrina defendida por el Fiscal, el problema estriba en determinar si la misma ha de ser ahora aplicable en este supuesto. Por de pronto hay que recordar que los límites cuantitativos de la notoria importancia vienen reiteradamente fijados por la doctrina de la Sala a través de innumerables resoluciones, cuya cita resulta aquí innecesaria. Son sesenta u ochenta gramos para la heroína, y ciento veinte gramos para la cocaína, límites cuantitativos que la Sentencia de 7 de junio de 1999, entre otras, siguiendo el Acuerdo de la Sala General de esta

Sala Segunda de 5 de febrero de 1999, declaró deben continuar incluso dentro de los parámetros jurídicos del nuevo Código de 1995.

Sentado lo anterior, y meditada con la serenidad necesaria el problema, estimamos que el recurso debe ser desestimado. Y debe ser desestimado porque esa doctrina ahora no tendría un exacto encaje, salvo que se quisiera llegar a una dura interpretación en claro perjuicio de la acusada, sin un firme asentamiento técnico.

Efectivamente. Cualquier criterio que se adopte para estimar superados los límites antes dichos, supondría una más que dudosa argumentación. Es difícil afirmar que se poseía más de sesenta u ochenta gramos de heroína cuando en la realidad se había sobrepasado ligeramente los cuarenta y un gramos, como lo sería el decir que la cocaína detentada excedía de ciento veinte gramos si únicamente se había llegado a poco menos de sesenta y cuatro gramos. La cantidad de cocaína, por su menor toxicidad, no puede servir para completar el límite de la heroína, aunque, por el contrario, ésta sí podría producir ese efecto en cuanto a la cocaína, siempre y cuando la suma total en este caso excediera de ciento veinte gramos, y ahora acontece que esa suma total es sólo de ciento cuatro gramos con cuarenta y dos centigramos. Evidentemente es una cantidad importante pero, de acuerdo con la más estricta legalidad, sin llegar a los límites fijados judicialmente.

(Sentencia de 22 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 369.6

### *Organización delictiva para difusión de droga: requisitos*

Tercero.—El correlativo tiene su sede adjetiva en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su base sustantiva en haberse aplicado indebidamente el artículo 344 del Código Penal (De 1973) en lo relativo a la agravante específica de «organización».

Como señalan diversas Sentencias de este Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar las de 3 de mayo de 1994, 14 de febrero de 1995 y 2 de abril, y 12 de noviembre de 1996, para que se pueda apreciar la existencia de la agravación específica derivada de la organización es necesario la concurrencia de una pluralidad de personas que, aunque no constituyan una organización formalizada, dispongan de medios idóneos para desarrollar un plan de actuación con finalidad de difundir la droga, en el que los asociados han repartido las tareas a realizar, precisándose, además, una cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase un simple y ocasional consorcio para delinquir, o, lo que es lo mismo, la organización a estos efectos agravatorios requiere la actuación a través de una determinada estructura caracterizada por la existencia de una especie de agrupación jerarquizada respecto a las funciones a desarrollar por cada uno de sus miembros. En cambio, esta figura jurídica no depende del mayor o menor núm. de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente. Es decir, y según indica la Sentencia de 2-4-1996, «la doctrina jurisprudencial contiene en este sentido un amplio concepto definidor que abarca una serie amplia de posibilidades dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consentida fuera desde luego del mero concierto ocasional, pues no puede confundirse la organización con la coautoría o con la coparticipación».

En el caso concreto que nos ocupa entendemos que se dan los requisitos que este subtipo agravado requiere, ya que: a) dentro de una organización perfectamente lícita

cual es la Unidad Central de Investigación Fiscal Antidroga de la Guardia Civil (UCIFA) se creó un grupo organizado del que formaban parte alguno de los mandos de esa Unidad, entre los que se encontraba el recurrente en su calidad de Teniente Coronel, con la idea, no de investigar el tráfico de drogas en sí mismo considerado y el descubrimiento de sus autores, sino de importar grandes cantidades de ese producto estupefaciente empleando para ello colaboradores previamente contratados y a quienes se pagaba sus servicios, también previo acuerdo, no en metálico, sino con parte de la droga así obtenida, parte de cuya droga entraba inmediatamente en el comercio ilícito; b) aunque no se alcance a comprender con verdadera exactitud cuál fuera el móvil de ese grupo o subgrupo ilícito, a no ser, como se dijo en el acto de la vista, el afán de conseguir méritos ante los superiores, la realidad es que los medios empleados para conseguir su fin estaban previamente acordados y tenían un carácter puramente delictivo cual era el tráfico de drogas a través de un método indirecto (el pago con drogas) pero igualmente tipificado en el artículo 344 del Código Penal (de 1973); c) a ello debemos añadir que ese grupo estaba, no sólo organizado, sino también jerarquizado, con previo reparto de papeles entre sus integrantes y cuyas actividades tuvieron una dilatada duración temporal.

(Sentencia de 11 de enero de 1999 )

*Requisitos para apreciar la existencia de organización para la difusión: jerarquía, medios y permanencia de la actividad*

Tercero.—En el cuarto de los motivos, nuevamente por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del artículo 369.6 del Código Penal, agravación derivada de la existencia de una organización dedicada al tráfico de drogas.

La conducta típica del delito de tráfico de drogas, sanciona la conducta de quienes ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o los posea con aquellos fines, aparece agravada cuando, el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviera como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional (art. 369.6 Código Penal).

Para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización—dado el carácter ocasional y transitorio que se requieren para la agravación— esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.

Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa «establecer o reformar una cosa, sujeto a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo».

La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.

Así la STS de 12 de julio de 1991 (siguiendo el criterio de otras precedentes) nos dice que: «Como ha dicho reiteradamente esta Sala (SS. 16-21988, 20-10-1988, 6-7-1990 y otras) no basta que haya una codelincuencia, es decir, varias personas responsables de este delito por su acción conjunta, para que tenga que aplicarse esta agravación. Es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la drogas se encuentren coordinadas entre sí (normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente (LO 1/1988, de 243 en el nuevo art. 344 bis]) con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen porqué ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo, pues no basta una o muy pocas actuaciones esporádicas, requisito este último atenuado en la norma penal actual que trata de ampliar el ámbito de aplicación de esta agravación específica al haber añadido las expresiones “incluso de carácter transitorio” y “aun de modo casacional”».

Debe añadirse que aunque por desgracia sea frecuente y ello constituya la forma más grave en esta modalidad de delito, no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, a veces con conexiones a nivel internacional o mundial, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo “mafia”, ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique, además, a otras actividades lícitas. Pero, precisamente por la clandestinidad con que normalmente se actúa en estos casos, el problema fundamental no radica en la fijación de unos criterios, más o menos amplios y flexibles, necesarios para precisar este concepto, por su propia naturaleza indeterminado, sino en lo concerniente a su prueba, para cuya solución obviamente habrá de estarse a las particularidades de cada caso, si bien teniendo en cuenta que, desde luego, no puede exigirse que quede acreditada la forma concreta en que aparece cada uno de los elementos que, conforme antes se ha dicho, delimitan este concepto.

Ha de considerarse bastante con que quede de manifiesto por los medios de prueba utilizados la realidad de cada uno de tales elementos definidores (pluralidad de personas, coordinación ente ellas y una cierta duración o permanencia), aunque su concreción en el supuesto específico de que se trate no sea posible precisamente por el cuidado de todos los partícipes en no dejar huellas de su actividad delictiva».

En este repaso a los pronunciamientos jurisprudenciales destaca la Sentencia 864/1996, de 18 de diciembre, al señalar:

«La organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, mas no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación.

El amplio concepto con que se configura el supuesto supone que en el mismo se acoja a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en el que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional “consorciabilidad para el delito”. Entonces la organización lleva

consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización».

Finalmente, la 867/1996 de 12 de noviembre, entiende «que el concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo, mas en cambio no depende esa figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integren, de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas, o normaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente».

A la vista de dicha doctrina resulta obligada la desestimación del motivo. El hecho probado proclama una planificación, reparto de papeles y cometidos y una cierta supervisión de las actuaciones personales, así como la nota de permanencia a través de varias operaciones que se recogen en la sentencia de instancia que esta Sala acepta por su razonable criterio y sintonía con la doctrina casacional al respecto.

A tenor de lo anteriormente expuesto, es llano afirmar que entre los acusados existió una estructura organizativa, con una jerarquía y disposición de medios para la realización del hecho delictivo para lo cual todos los intervinientes dirigen su actuación a la consecución del fin de la organización.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 370

### *Necesidad de no confundir conductas de «extrema gravedad» con «extrema cantidad»*

Único.—El Ministerio Fiscal alega un solo motivo de casación al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado el artículo 344 bis b) del Código Penal de 1973 (hoy 370 CP 1995), es decir, porque en los hechos existan datos que demuestren la «extrema gravedad» del tráfico de drogas enjuiciado.

Aunque la aprehensión de algo más de 34 kilos de heroína supone una cantidad importante de droga no hay que confundir «extrema cantidad» con «extrema gravedad», pues como señalan, entre otras, las Sentencias de 17 de julio de 1993, 30 de noviembre de 1994, 29 de diciembre de 1995 y la más reciente de 16 de octubre de 1998, el legislador, tanto en el Código de 1973 como en el vigente de 1995, ya ha previsto una agravación importante de la pena por la llamada agravación de primer grado, es decir, «la notoria importancia», y la agravación de segundo grado sólo puede referirse a casos extremos en que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, «ciertamente extrema o absolutamente excepcional». Incluso esta hiperagravación no puede basarse únicamente en la cantidad objeto de tráfico, sino que requiere otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta examinada en su globalidad, o lo que es lo mismo, hay que fijarse en «el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado».

También, y en segundo lugar, puede añadirse que la doctrina jurisprudencial expresada en las referidas sentencias insiste en que la propia indeterminación del concepto «extrema gravedad» exige una interpretación restrictiva y de minucioso examen en cada caso concreto. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 1995, cuya doctrina se repite en la ya mencionada de 16 de octubre de 1998, se señala que el carácter «sumamente indeterminado» del concepto suscita dificultades en relación a las exigencias

propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa* por lo que sin llegar a plantear su inconstitucionalidad (según ha propugnado un sector doctrinal) sí se puede afirmar «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal». En esta línea restrictiva la jurisprudencia señala como elementos que han de tomarse en consideración los siguientes: el criterio de la cantidad como ineludible aunque no único; la concurrencia simultánea de varias de las agravaciones que se recogen en el precepto; y el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para el tráfico ilícito (*fletaje de barcos, camiones de un cierto tonelaje, etc.*).

En tercer lugar, y según esa línea jurisprudencial, dada la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante y el propio sentido gramatical de la expresión utilizada por el legislador, determinan que la «extrema gravedad» debe situarse «en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas».

En el supuesto que nos ocupa, si bien la cantidad de droga aprehendida y objeto de tráfico no es nada despreciable, la verdad es que ese dato por sí solo no sirve para medir una conducta excesivamente grave de los inculpados, ya que ese dato objetivo de la cuantía no va acompañado de otros que hacen o pudieran hacer más peligrosa su actividad. Así tenemos que no existe ningún tipo de organización, esa actividad ha de entenderse, al menos en el hecho enjuiciado, como totalmente esporádica, y el medio de transporte es un simple automóvil que, a pesar de lo manifestado en el escrito de formalización del recurso, no parecía estar especialmente preparado para el evento, pues el hecho de estar la droga escondida en uno de los depósitos de carburante no hace deducir esa especial preparación, sino que supone simplemente un escondrijo más de los múltiples que los traficantes emplean siempre para evitar su descubrimiento. Tampoco puede llegarse a esa exacerbación de la peligrosidad de los encausados por el dato de que hubieran alquilado un chalet para sus operaciones y que estuvieran en posesión de cantidades de dinero de una cierta, pero no excesiva, importancia.

(Sentencia de 20 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 380

*Delitos contra la seguridad del tráfico. Delimitación frente a la mera infracción administrativa: negativa a prueba de alcoholemia sin presentar signos de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas*

Segundo.—En trance de calificar jurídicamente la conducta descrita en el anterior relato fáctico, parece oportuno poner de manifiesto que el tipo penal que el Ministerio Fiscal imputa al acusado —un delito de desobediencia grave del artículo 380 del Código Penal— constituye una polémica figura penal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el vigente Código Penal, la cual ha sido objeto de fundadas críticas desde que se inició la andadura parlamentaria de dicho Código, habiendo dado lugar a intensos debates en el Parlamento, donde distintos Grupos Parlamentarios formularon distintas enmiendas, tales —entre otras— como la número 88 del Grupo Parlamentario Vasco (por entender que la negativa a someterse a la prueba del alcohol en sangre debe reputarse acto de autoencubrimiento impune), la número 195 del Grupo Parlamentario Mixto-ERC (por estimar que, al reunir los requisitos del delito de desobediencia grave, la remisión es innecesaria, y que, en todo caso, la regulación administrativa de estas situaciones es suficientemente satisfactoria, ya que, de lo contrario,

se castigaría más gravemente la negativa a efectuar una comprobación de una conducta peligrosa que la propia conducta), la número 414 del Grupo Parlamentario Popular (por entender que no resulta lógico considerar este supuesto como desobediencia grave, porque además podría vulnerar el derecho a la defensa y a no declararse culpable), y la número 795 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-IC (por entender que estas conductas no deben sancionarse penalmente, siendo suficiente la sanción administrativa).

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, el citado precepto dio lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, en referencia fundamentalmente a los derechos de todo acusado a no declarar y a no confesarse culpable, y más en general al derecho de defensa y a la presunción de inocencia y al principio de la proporcionalidad de la pena; cuestiones que han sido rechazadas por el Tribunal Constitucional (v. Sentencia del Pleno, de 2 de octubre de 1997).

En el campo doctrinal, se han mantenido igualmente encontradas posiciones. Se destaca así la inadecuada ubicación del precepto examinado entre los delitos contra la seguridad del tráfico, por no ser éste el bien jurídico protegido. Se habla también de autoencubrimiento impune e incluso del carácter superfluo de este precepto penal, dada la existencia en el propio Código del delito de desobediencia; y también de atentado al principio de proporcionalidad, al castigarse con pena más grave el acto de desobediencia que el mismo delito cuya comisión se trata de prevenir con dicho precepto, e incluso al de igualdad, por el diferente trato dispensado a los conductores embriagados frente a los drogados.

Llegados a este punto, importa destacar también que la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece –en relación con esta materia– que «todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol», y que «dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico» (art. 12.2); considerándose infracción «muy grave» –entre otras conductas– «incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas...» [art. 65.5.2 b)]; por lo que dichas conductas pueden ser sancionadas con multa de hasta 100.000 pesetas y suspensión del permiso de conducción hasta tres meses (art. 67.1). Por su parte, el artículo 21 del Reglamento General de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero), dispone que «los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, podrán someter a dichas pruebas a: 1. Cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo, implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación. 2. Quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas. 3. Los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en el presente Reglamento. 4. Los que con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad».

A la vista de esta dualidad de preceptos sancionadores –penales y administrativos– parece obligado deslindar ambos campos, lo que habrá de llevarse a cabo desde la perspectiva de la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal (art. 4.2 del Código Civil) y del principio de intervención mínima, inherente al Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE).

La simple lectura del artículo 380 del Código Penal permite constatar la directa relación del mismo con el precedente, en cuanto habla de «someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior», es decir, los supuestos de conducción de vehículo a motor o de ciclomotor «bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas»; debiendo significarse al respecto que, para la comisión del delito previsto en el artículo 379 del Código Penal, no basta conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es menester que el conductor lo haga «bajo la influencia» del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo, ya que el mismo no es una norma penal en blanco y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa. No basta, pues, para que deba entenderse cometido el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del Código Penal, que el conductor del vehículo rebase las tasas establecidas (v. art. 20.1 del Reglamento General de Circulación), sino que es preciso —como se desprende del tenor literal del precepto— que conduzca «bajo la influencia» del alcohol, o de las otras sustancias legalmente previstas, en su caso, de modo que lo haga con indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción. De ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas de alcoholemia, deba reconocerse a otros elementos de prueba, tales como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse el conductor de que se trate, particularmente el de los agentes de la autoridad que hayan practicado la correspondiente prueba. Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.).

La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: *a*) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del artículo 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del artículo 380 del Código Penal; y *b*) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: *b.1*) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y *b.2*) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2 b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial].

En el presente caso —de acuerdo con los anteriores principios— procede destacar: *a*) que la detención del vehículo conducido por el acusado para la práctica de la prueba de alcoholemia tuvo lugar en el curso de un control preventivo, de modo que la elección del mismo fue puramente aleatoria; y, *b*) que, tras la reiterada negativa del interesado a someterse a dicha prueba, el jefe de la patrulla de la Guardia Civil que se hallaba realizando dicho servicio, tras consultar el caso con el Juez de Instrucción de Guardia, advirtió al señor B. que se le instruirían diligencias por presunto delito de desobediencia y le dejó continuar viaje, al no haber observado en él síntomas de embriaguez. Por tanto, de acuerdo con aquellos principios, debe considerarse que la conducta enjuiciada no ha rebasado el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Consecuentemente, procede la libre absolucón del acusado y la remisión de los

antecedentes precisos al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los efectos legalmente procedentes (v. art. 68.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y disposición adicional 4.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado); debiendo darse cuenta de la presente resolución al Congreso de los Diputados (v. art. 14.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

(Sentencia de 9 de diciembre de 1999)

## ARTÍCULO 381

### *Conducción con temeridad manifiesta: requisitos*

Noveno.—En el motivo 2.º, al amparo del artículo 849.1.º, se alega infracción de ley por haberse aplicado indebidamente al caso el artículo 381 Código Penal.

Nos encontramos ante un delito que exige la concurrencia de dos elementos objetivos:

1. La conducción de un vehículo a motor o de un ciclomotor con temeridad manifiesta.
2. Que con tal modo de conducir se ponga en peligro concreto la vida o la integridad de las personas.

Para ver si concurren aquí estos dos requisitos hemos de partir del relato de hechos probados que nos hace la sentencia recurrida, sin que podamos tener en cuenta las alegaciones que hace el recurrente en cuanto se aparten de tal relato, porque, como antes se ha dicho, así lo exige el artículo 884.3.º LECrim.

Es claro que concurrió el primer elemento. Ha de calificarse como una temeridad el conducir a gran velocidad un coche por las calles de una ciudad populosa como Valencia e introducirse en una calle peatonal en marcha rápida, tanto que una persona que llevaba a su nieta en un cochecito, al ver cómo el vehículo se acercaba, sacó a la niña, y pudo ver instantes después que el vehículo que conducía José Luis J. golpeaba ese cochecito.

Pocos casos pueden presentarse en la práctica en que con mayor claridad pueda concurrir el segundo elemento antes referido. Hubo un concreto peligro de causar la muerte o lesiones graves a la niña que iba en el cochecito luego atropellado, tan próximo y cierto que muy probablemente se hubiera producido uno u otro resultado si el abuelo que la guardaba no hubiera actuado con tanta diligencia.

(Sentencia de 2 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 386. 2.º

### *Falsificación de moneda. Requisitos: elemento subjetivo de tener conocimiento de la falsedad de la moneda que se adquiere: criterios*

Quinto.—(...) En efecto, después de la modalidad típica constituida por la acción de expender o distribuir moneda falsa en connivencia con los falsificadores o introductores (art. 381, párrafo primero, número 3.º), el legislador adelanta en su párrafo

segundo la barrera penal incriminando lo que serían, respecto a la expendición y distribución, actos de imperfecta ejecución y actos preparatorios: la tenencia, y la adquisición de moneda falsa con el propósito de expendirla o distribuirla. Y lo hace mediante dos tipos penales, muy semejantes, equiparados en la penalidad, con la exigencia, en el de tenencia para expendir o distribuir, de una connivencia con falsificadores o introductores, que no se precisa en el segundo, integrado éste por la acción de adquirir moneda que se sabe falsa con el fin de ponerla en circulación (inciso segundo).

3. Son exigencias de este último tipo penal del artículo 386 párrafo segundo, inciso segundo, los siguientes:

A) Como elemento negativo la falta de connivencia por parte del sujeto activo con los autores mencionados en el párrafo primero (falsificador, introductor, y expendedor o distribuidor).

B) En lo objetivo, la adquisición de moneda falsa, acción comprensiva de cualquier actividad que lleve a alcanzar su posesión, sea a título oneroso o lucrativo, o incluso por medio de conducta delictiva como la receptación (Sentencia de 25 de febrero de 1993).

C) Como elemento subjetivo del tipo, el propósito de ponerla en circulación, que se exige como ánimo tendencial del adquirente sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva.

D) El dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición. En efecto, de ser una conciencia sobrevenida, que surgiera durante la tenencia subsiguiente a una adquisición de buena fe, la barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expendición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida. Modalidad típica que como delito recoge el párrafo tercero del referido artículo 386, si la cantidad supera las 50.000 pesetas; y como falta el artículo 629 cuando no se supera ese valor.

Sexto.-1. Del relato fáctico de la sentencia de instancia de obligado respeto en este cauce casacional, no resulta la concurrencia de todas las exigencias típicas del delito apreciado. Se afirma el porte de las monedas falsas «constándole la falsedad». Pero en cuanto al momento en que surgió en los acusados esa conciencia, la sentencia de instancia utiliza un juicio de inferencia, incorrecto: En efecto, dice el fundamento de derecho primero que «el requisito de la buena fe resulta palmario que no concurre en el supuesto examinado», rechazando por ello el tipo penal del párrafo tercero del artículo 386 y la falta del artículo 629. Ahora bien: tal negación de la buena fe al adquirir la moneda se sustenta en una deducción expresada de la siguiente manera: la ausencia de buena fe al adquirir «se deduce —dice la sentencia de instancia— de que en ningún momento ha sido alegado ni probado por los interesados, que se han limitado a negar que conocieran la existencia de los billetes falsos, el que los billetes los hubiesen recibido de buena fe de manos de un tercero».

2. Sabido es que los juicios de inferencia sobre elementos subjetivos del tipo son casacionalmente revisables por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es precisamente el cauce impugnatorio empleado por el recurrente; facultad revisora en cuyo ejercicio el juicio de inferencia referido no puede aceptarse: no se hace derivar la conclusión —negación de la buena fe al adquirir que es lo mismo que afirmar la mala fe en ese momento— de datos objetivos o materiales pertenecientes al relato histórico de lo acontecido, sino de dos incorrectas premisas procesales:

A) En primer lugar porque si, como la sentencia expresamente reconoce, los acusados negaron que conociesen la falsedad de los billetes que poseían, es obvio que

en tal alegato está necesariamente implícita la afirmación de que los adquirieron de buena fe. No puede decirse, pues, que los acusados no alegaron esto último.

B) Porque siendo la mala fe en el momento mismo de adquirir un elemento del tipo penal imputado, no es a los acusados a quienes corresponde probar la ausencia de tal requisito subjetivo y cronológico demostrando positivamente su buena fe al adquirir. Entender lo contrario como hace la Audiencia supone inferir que un elemento subjetivo del tipo concurre (la mala fe al adquirir) del hecho de no demostrarse lo contrario, pues en definitiva la buena fe al adquirir no es otra cosa que lo contrario de la conciencia de la falsedad de la moneda al recibirla. Tampoco, pues, es correcta la segunda premisa del juicio de inferencia.

3. Siendo falsos los presupuestos procesales de la deducción, mal puede calificarse de racional y lógica la conclusión finalmente obtenida, cuando ésta no tiene más asiento que aquéllos y carece de apoyatura en otros datos objetivos y materiales bien del hecho sucedido o bien del comportamiento observado según el *factum* de la sentencia.

4. Rechazada por lo expuesto la inferencia sobre el momento o tiempo en que los acusados supieron, conocieron, fueron conscientes de la falsedad de los billetes que portaban, sólo queda la realidad objetiva de la falsedad de los billetes, y su posesión por los acusados; y la subjetiva de su conciencia sobre la inautenticidad de lo que poseían. En tales condiciones no cabe estimar el delito por el que han sido condenados, cuyos elementos y requisitos quedaron ya expuestos. Es decir, no es delictiva su adquisición ni su posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y de decidir expenderla. Y no lo es porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición. Otra cosa es que la infracción se cometiera después con el hecho de expenderla sabiendo ya que era falsa. Comportamiento expendedor que queda reflejado en el relato histórico: en efecto, además de afirmar que ambos acusados así lo acordaron «mediante el sistema de compra de escaso valor y su posterior cambio», se declara probado que «en el hecho intervinieron personas cuya identidad no ha podido concretarse»; lo que se complementa con la afirmación fáctica del fundamento de derecho segundo de que dos jóvenes, con dinero falso entregado por los acusados, compraron tabaco y revistas en diversos establecimientos mientras aquéllos les esperaban en el interior de un automóvil. Tales compras en este caso representan actos de efectiva puesta en circulación de moneda conociendo su falsedad. Pero no se dice que superara la moneda expendida las cincuenta mil pesetas (50.000). De ahí que los hechos probados integren la falta prevista y penada en el artículo 629 del Código Penal como postula el recurrente. Y no el delito apreciado en la instancia.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 390

### *Falsedad documental. Consideración del bien jurídico protegido*

Sexto.—(...) Según doctrina jurisprudencial que expone la Sentencia de 21-11-1995, tenida en cuenta, entre otras, en las Sentencias de 15-3-1955, 21-1-1960, 8-4-1968, 21-5-1974, 28-6-1988, 17-12-1990, 12-12-1991, 21-1-1994, 22-4-1994 y 18-5-1994, basada en el brocardo *non punitar quae non solum non nocet, sed non erat apta nocere*, los tipos de falsedad son de restrictiva hermenéutica y exigen que a la simple descripción típica se sobreañada un plus constituido por la consideración de los bienes

jurídicamente protegidos y subyacentes al documento protegido por la fe pública, estimándose por ello carentes de antijuricidad material, pese a su adecuación típica, aquellos comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o al menos de peligro para aquéllos.

Esta doctrina, también recogida en la Sentencia 247/1996, de 3 de abril y en la 242/1998, de 20-2, es aplicable al supuesto de la manipulación de la firma del Secretario en el mandamiento 61 de 30 de septiembre de 1989, en cuanto tal falseamiento no supuso incidencia en la vida jurídica en forma de lesión o de peligro para los bienes protegidos y subyacentes al documento.

(Sentencia de 11 de febrero de 1999)

### *Documento mercantil: concepto*

Segundo.—(...) La Sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1990, hace una enumeración enunciativa —con base a las declaraciones jurisprudenciales anteriores—, estimando como documentos mercantiles:

a) Los que, dotados de *nomen iuris*, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas-orden de crédito, acciones y obligaciones emitidas por sociedades de responsabilidad limitada, libretas de ahorro, pólizas bancarias de crédito, tarjetas de crédito, cartas de porte, pólizas de fletamento, conocimientos de embargo, pólizas de seguro.

b) Todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en derecho; y

c) Finalmente, aquellos que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas o recibos, libros de contabilidad.

Con arreglo a esta doctrina, aceptado mayoritariamente por la jurisprudencia de esta Sala, el motivo debe desestimarse, ya que tanto el contrato de 4 julio de 1996, como el de 23 de octubre de 1996 deben estimarse mercantiles.

El documento de 4 de julio de 1996 debe reputarse mercantil, en cuanto, además del contrato privado de venta del ciclomotor, recoge también una relación de crédito de naturaleza bancaria, nacida formalmente de la cesión por el vendedor a la Caja de Ahorros del crédito sobre el precio de la venta y por la asunción por el comprador de las obligaciones derivadas de tal cesión. Tal relación crediticia bancaria integra indudablemente una operación mercantil, según la jurisprudencia antes citada y dota de tal carácter al documento en que la operación se crea y refleja.

El documento de 23 de octubre de 1996, también debe reputarse mercantil, en cuanto refleja un contrato de depósito en el que concurren las condiciones para caracterizarle de mercantil, según lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Comercio, ya que la depositante —la titular del estanco— y el depositario —el acusado, que explotaba el negocio de cafetería— eran comerciantes, las cosas depositadas —labores de tabaco destinadas a la venta— eran objetos de comercio, y el depósito estaba constituido en función y para facilitar la operación mercantil de venta de tales labores de tabaco.

(Sentencia de 10 de marzo de 1999)

*No es delito de propia mano: Supuestos de coautoría*

Cuarto.—(...) La autoría en el delito de falsedad —como recoge la Sentencia de este Tribunal 609/1993, de 16 de marzo— no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma u otro elemento mendaz, en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría del artículo 14.1.º del Código Penal (anterior) en todos aquellos supuestos en que, previamente concertados, tomen parte directa en la falsedad, repartiéndose los papeles, proporcionando unos los medios y practicando otros, en función de su mayor habilidad, la actividad material de alteración, imitación y simulación. Como cabe también la autoría extensiva de carácter moral del artículo 14.2.º, cuando alguien induzca eficazmente a otro a cometer la falsedad y la del núm. 3.º del propio artículo a quien, proporcionando los documentos en los que la falsedad va a realizarse, coopera eficazmente a su ejecución.

En la misma línea la Sentencia 1245/1994, de 15 de junio añade «La falsedad documental no es necesariamente un tipo de propia mano, de modo que pueden participar en el delito varias personas, ya realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector del tipo, ya tomando alguna parte en la ejecución, ya participando idealmente en la misma, ya auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios. En definitiva, la participación criminal es admisible en el delito de falsedad en cualquiera de las formas propias del concurso de delincuentes —Sentencias de 16 de marzo y 29 de mayo de 1993, por ejemplo—».

(Sentencia de 7 de abril de 1999)

*El dictamen de arquitectos sobre la ruina de un edificio es una valoración técnica, no una constatación de hechos, por lo que no constituye falsedad la incorrección de la valoración*

Tercero.—(...) Sin perjuicio de lo anterior, sin embargo, es preciso poner de manifiesto que los informes de los arquitectos que obran a los folios 2 y 25 del expediente de ruina —Antigua Ciudad Juvenil— parque recreativo (que la Sala ha podido ver con apoyo en el artículo 899 LECrim) no contienen una descripción de hechos, sino una valoración del estado del inmueble. Por lo tanto, mal pueden faltar a la verdad en la narración de los hechos las declaraciones de un funcionario que no describen hecho alguno, pues éstas surgen de las fotografías que se encuentran en el expediente y que no forman parte del dictamen. Si la valoración no fuera adecuada ello no podría dar lugar a ninguna de las hipótesis de falsedad documental, pues los delitos de falsedad documental protegen los documentos como medio de prueba de hechos. Los documentos en los que se expresen dictámenes, aunque tengan otro tipo de relevancia jurídica, por el contrario, no son objeto de protección de los tipos de los artículos 390 y ss. CP, sino de otros tipos penales (por ejemplo art. 320.1 CP). Es erróneo suponer que el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental estaría determinado por el concepto de documento del artículo 26 CP y considerar que al referirse éste a «cualquier otra relevancia jurídica» junto a la eficacia probatoria, los delitos de falsedad documental tienen por objeto proteger la corrección de las valoraciones técnicas documentadas. En realidad, lo cierto es que en el Código Penal no sólo se protegen los documentos como objetos de los delitos de falsedad documental, sino también en otros ámbitos que nada tienen que ver con su falsedad; por ejemplo: en el artículo 413 (infidelidad en la custodia de documentos) o en el citado artículo 320.1 en los que el bien jurídico protegido es bien diferente del de los artículos 390 y ss. y en el que los documentos protegidos no tienen por qué tener eficacia probatoria. No es una casuali-

dad que el artículo 26 CP se encuentre en la parte general y no entre los artículos de la falsedad documental. El legislador era consciente de que en la parte especial existía más de un concepto de documento.

Sentado lo anterior, es claro que los informes de los arquitectos en los que se hace una calificación valorativa sobre el estado ruinoso de un inmueble no implican una constatación de hechos sino, una valoración de los mismos. Como consecuencia de ello, no tienen eficacia ni para probar el estado ruinoso del inmueble, que no es un hecho, sino una valoración, ni para determinar el significado jurídico de tal valoración que está fuera de la competencia de los arquitectos. Por lo tanto, no es posible afirmar que los arquitectos han faltado a la verdad en la narración de los hechos (arts. 302.4.º CP 1973 y 390.1.4º CP), toda vez que en este caso concreto, como se ha dicho, sus dictámenes sólo contienen una valoración de hechos pero no contienen una narración de los hechos como tales.

(Sentencia de 20 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 390.1

### *Falsedad documental: la firma es elemento esencial del documento*

Primero.—El inicial motivo de casación se ampara procesalmente en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 302.1.º, 2.º y 7º del Código Penal, (390.1 CP 1995) ya que, la falsedad sólo puede existir cuando la simulación concurre sobre «elementos esenciales» del documento, requisito que según su tesis no concurre en el supuesto de autos.

En el desarrollo de este motivo lo primero que se aprecia es que no se aceptan los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, tratando de modificarlos o alterarlos en su propio beneficio, circunstancia ésta que debió determinar en su día una resolución inadmisoria *a limine*, con arreglo a lo establecido en el artículo 884.3.º de la indicada Ley procesal.

Con independencia de ello, y con sede fundamental en la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local, trata de demostrarse que el encausado obró correctamente, tanto en la redacción de las correspondientes actas, como en su trámite y el posterior envío al Gobierno Civil de la provincia. Ello indiscutiblemente es cierto, pero tal obrar correcto desde el punto de vista administrativo y del procedimiento seguido, no evita que cometiera una acción falsaria al simular en unos casos las firmas de los concejales y en otros las firmas del propio Alcalde, según se desprende de la narración fáctica de la sentencia, de las pruebas practicadas en autos e incluso del propio reconocimiento del imputado.

Por otra parte, entender que esa falsedad no incide sobre elementos principales de los respectivos documentos es totalmente inaceptable, pues de todos es sabido que uno de los requisitos más importantes de todo documento (quizás el más importante) es el de su firma o firmas por ser el que le refrenda y da validez de su autenticidad. Si faltan las firmas el documento carece de validez y si son falsas deviene también inocuo por simulado. Y esto es lo que ocurrió en el caso enjuiciado por mucho que se quiera aparentar la legalidad de las actas con apoyo en la citada Ley de Bases y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 28 de noviembre de 1986. Esa legalidad, insistimos, puede referirse al trámite adecuado pero no evita la existencia de la falsedad o falsedades denunciadas.

(Sentencia de 8 de febrero de 1999)

## ARTÍCULO 390.4

*Falsedad ideológica: requisitos; criterios jurisprudenciales*

Quinto.—La falsedad ideológica del artículo 302.4, que se corresponde con el artículo 390.4 del vigente Código de 1995, ha venido de siempre planteando toda clase de problemas y, lo que es más importante, la desconfianza de la doctrina y de la jurisprudencia. Ya se decía en la Sentencia de 30 de enero de 1993 que tal falsedad, cometida mediante la aseveración falaz de ser ciertos unos determinados hechos, tiene como orientación finalista producir un determinado efecto en el tráfico jurídico al que va destinado el documento artificialmente creado, hasta conseguir una serie de derechos y obligaciones.

Ahora bien, es indudable que para que exista esa falsedad ideológica, quien ha de faltar a la verdad en la narración de los hechos es el emisor del documento que como tal es el responsable de su veracidad. Al pretender extender esta modalidad falsaria a los terceros que comparecen ante el funcionario, para narrar hechos o hacer manifestaciones jurídicas de voluntad, lo que se hace es no sólo trasladar a ese tercero el deber de veracidad que sólo incumbe a quien lo emite, sino también atribuir la falsedad a lo que únicamente sería un falso testimonio caso de producirse ésta ante un Juez y en determinadas circunstancias. La no extensión del tipo delictivo a esos particulares venía siendo excepcionalmente rectificado, para su inclusión en el artículo 303, cuando las manifestaciones de voluntad tenían por sí mismas eficacia probatoria y a la vez eran creadoras de situaciones o estados de derecho porque la falsedad, apartándose de la verdad, afectaba a elementos esenciales de lo documentado.

En la tipología penal del Código de 1995 tiene encaje la falsedad ideológica no sólo en el artículo 390.4, como ha sido dicho, sino en el 390.3 según algunos. Si la falsedad ideológica es «aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho», es también indudable el grave problema probatorio que tal cuestión encierra. Desde el punto de vista jurídico la importancia de la falsedad ideológica se impone a las demás falsedades materiales en cuanto que éstas ofrecen menos riesgos para el tráfico jurídico porque pueden ser técnicamente detectadas. En cualquier caso, y en base a las consideraciones que fueron procedentes, el legislador del Código de 1995 decidió que la falsedad del artículo 302.4, ahora 390.4, sólo fuere típica cuando se realizare en documentos públicos, oficiales o mercantiles, por parte del funcionario público, mas no en la redacción de documentos privados o en cuanto a la intervención de particulares en aquéllos. Las faltas a la verdad, insistiendo en lo dicho más arriba, sólo son punibles cuando exista un deber de veracidad, únicamente concurrente en los documentos acabados de referir. (Ver a estos efectos las Sentencias de 1 de abril de 1997 y 17 de noviembre de 1995.)

(Sentencia de 25 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 392

*La alteración del bastidor y la limadura del número de motor así como de la certificación de matriculación son constitutivos de delitos de falsificación de documento oficial*

Tercero.—(...) 3. La alteración del bastidor y la limadura del número del motor así como de la certificación de matriculación, son acciones que se imputan directa e ine-

quívocamente al acusado, por lo que no existe inconveniente alguno para considerarle como autor de un delito de falsedad en documento oficial.

Tradicionalmente nuestros Códigos no han desarrollado, como es lógico, un catálogo de documentos oficiales, habiendo sido la jurisprudencia la que ha completado este elemento normativo del tipo, comprendiendo en su concepto todos los expedidos por autoridades o funcionarios públicos, en relación con las actividades o funciones que le están específicamente atribuidas. No existe inconveniente alguno para considerar como documento oficial, el certificado de matriculación que corresponde expedir a las Jefaturas de Tráfico. También ostentan esta condición, los troqueles en los que se insertan en el motor de los automóviles los números de motor y bastidor porque se trata de verdaderos soportes materiales que incorporan datos para la identificación del vehículo y cuya autenticación corresponde a los organismos oficiales, no autorizándose la circulación de un vehículo sin que los servicios oficiales correspondientes incorporen en facsímil dichos números a las tarjetas en los que figuran estos datos. La falsedad se comete tanto si se falsea el bloque metálico como si se manipulan los certificados correspondientes.

Como ya se ha dicho la imputación de estas manipulaciones y alteraciones se realiza respecto de los dos acusados por lo que la autoría aparece incuestionablemente delimitada por la Sentencia recurrida.

(Sentencia de 8 de noviembre de 1999)

*Suponer en un impreso de Correos que una persona autoriza a otra a recoger paquete, simulando la firma del autorizante: no es un documento oficial, sino privado que no se oficializa por la llamada «doctrina de la incorporación». Inexistencia de lesión a bien jurídico alguno*

Sexto.—En el segundo motivo, también formalizado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una nueva infracción de ley, esta vez por aplicación indebida a los hechos declarados probados de los artículos 392 y 390.1.º y 3.º CP. También este motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y también, de acuerdo con su criterio y por otras razones complementarias, debe ser acogido. En la Sentencia de instancia se ha considerado subsumible en los mencionados preceptos penales el hecho de que Antonio O. escribiese, en el impreso de autorización expedido por la oficina de Correos que tenía en su poder, el nombre del supuesto destinatario del paquete postal Alfredo S. R. y simulase su firma como si efectivamente el mismo hubiese autorizado a Antonio O. a retirarlo, entendiendo el Tribunal *a quo* que, con dicha manipulación, un particular cometió en un documento oficial las alteraciones de la verdad previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 390 CP. Varias objeciones han de oponerse a la tesis sustentada por la Sentencia recurrida. En primer lugar, debe decirse que el escrito en que consta la supuesta autorización de un particular a otro para que se haga cargo de una mercancía consignada a nombre del primero es, en principio, un documento privado cuya falsificación sólo es típica, según lo que dispone el artículo 395 CP, cuando la finalidad del falsificador es «perjudicar a otro», ánimo que en el presente caso indiscutiblemente no concurre. El hecho de que la simulación, tanto de la firma del que aparece como destinatario, como de la intervención de éste en el acto de la autorización, se produzcan en un impreso del servicio oficial de Correos no convierte el documento en oficial puesto que la finalidad de tal impreso —que podría ser sustituido por un papel cualquiera— no es otra que facilitar a los particulares la correcta expresión de la autorización. Otra cosa sería que la conceptualización de la autorización de referencia como documento oficial tuviese su origen en la conocida doctrina de la

«oficialización del documento privado por incorporación», es decir, por producir efectos en un expediente oficial que en este caso sería el instruido por la recepción y entrega a su legítimo destinatario del paquete transportado por el servicio oficial de Correos. Aunque así fuese, habría que tener en cuenta la más reciente Jurisprudencia de esta Sala, emitida a partir de las SS. de 11 y 25 de octubre de 1990, a cuyo tenor lo determinante para distinguir entre un documento privado y uno oficial al efecto de tipificar su falsificación, es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manipulaciones o acoger un contenido inveraz. Aunque se aceptase que el documento privado se transmuta en oficial al ingresar en una oficina pública, lo que no cambiaría nunca es la realidad de que lo falsificado fue, en el momento de la consumación de la alteración o mendacidad, un documento privado. Con independencia de lo anterior, el obstáculo mayor con que tropieza la incardinación en el delito de falsedad —en cualquiera de sus tipos— de las manipulaciones realizadas por Antonio O. en el impreso de autorización para la recógida del paquete, es la inexistencia, en el caso, de lesión alguna para el bien jurídico protegido mediante este delito. Como es sobradamente sabido, la antijuricidad de las acciones tipificadas como infracciones falsarias está constituida por el ataque a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos, una de cuyas dimensiones es acreditar la identidad de las personas que intervienen en el acto documentado. En el supuesto relatado en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, la simulación de que el aparente destinatario del paquete postal autorizaba a Antonio O. para retirarlo y el fingimiento de su firma no podían engañar al funcionario de Correos que accedió a entregarle el paquete, por la sencilla razón de que ya estaba advertido por la Policía de que el verdadero destinatario del mismo no era la persona consignada como tal y de que el paquete había de ser entregado, sin oponer dificultades, a quien presentase cumplimentado el impreso de autorización, pues de lo que se trataba ya era de controlar e interceptar la recepción de la droga. Puede decirse, en consecuencia, que el documento falsificado no era idóneo para quebrantar la confianza depositada en su contenido, porque *a priori* dicha confianza era radicalmente inexistente. No se cometió, pues, por este recurrente el delito de falsificación de documento oficial por el que ha sido condenado, debiendo ser estimado el segundo motivo de su recurso.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

## ARTÍCULO 400

*Tenencia de útiles destinados a la falsificación: el vigente CP exige que estén específicamente destinados a la falsificación, requisito que ya se exigía antes jurisprudencialmente*

Segundo.—El primer motivo del recurso de la representación de Jesús G. C., por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, interesa que se declare la destipificación en el nuevo Código de la conducta objeto de sanción en la sentencia revisada (tenencia de útiles destinados a la falsificación), y en consecuencia se dicte sentencia absolutoria. Alega el recurrente que si bien la pena establecida para dicha conducta en el artículo 400 del nuevo Código Penal es más grave que la que se derivaba de los artículos 314 y 315 del Código Penal anterior, sin embargo debe estimarse que supone una despenalización de los hechos realizados por el acusado ya que el tipo actual exige que los útiles estén «específicamente destinados» a la falsificación, lo que no se establecía anteriormente.

El nuevo Texto no despenaliza las conductas de tenencia de útiles destinados a la falsificación, que es por lo que fue condenado el recurrente, sino que se limita a utilizar una técnica más depurada para su tipificación, pero, en cualquier caso, ya con anterioridad al nuevo Código el precepto anterior debía ser interpretado conforme a la Constitución, lo que exigía poner en relación los artículos 314 y 315 del Código Penal anterior, entendiéndose que solamente la tenencia de útiles «destinados conocida o exclusivamente» a la falsificación (art. 314) pudiesen ser objeto de condena. En definitiva si la conducta del recurrente fue objeto de sanción, con posterioridad a la Constitución, y en dicha sanción no se señaló vicio alguno en trámite de recurso, ha de estimarse que era conforme a la Constitución, es decir que el Tribunal sentenciador ya estimó que los útiles ocupados no sólo eran hábiles para la falsificación sino que estaban destinados a ella.

(Sentencia de 26 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 404

### *Prevaricación. Doctrina general*

Decimocuarto.—(...) Como ha señalado la Sentencia 2607/1993, de 22 de noviembre, «El delito de prevaricación descrito en el artículo 358 del Código Penal es un delito especial en cuanto sólo puede ser cometido por quien sea funcionario público en el sentido amplio que, a efectos penales, establece el artículo 119 del Código Penal, debiendo además tener el funcionario funciones decisorias. Como requisitos objetivos del delito se precisan la existencia de una actuación positiva consistente en una resolución o declaración de voluntad de carácter decisorio, dictada en asunto administrativo, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, y que esa resolución sea injusta por falta absoluta de competencia del sujeto agente para adoptar la resolución, carencia de elementos formales absolutamente indispensables, o contenido sustancialmente injusto, para lo que es preciso que exista una contradicción patente, notoria, e incuestionable con el ordenamiento jurídico, sin que baste la mera ilegalidad que pueda remediarse y depurarse en otra vía distinta de la penal y, como requisito subjetivo del delito, se requiere que la resolución se dicte “a sabiendas” de ser injusta, con conciencia de dolo y con malévola intención de torcimiento del Derecho, elemento doloso que ha de deducirse existente cuando entre la resolución dictada y la que procedería dictar exista tal diferencia que cualquiera pueda apreciar que su única explicación es deberse a motivaciones torticeras —Sentencias de 26 de marzo, 25 de mayo y 10 de diciembre de 1992, y 8 de febrero y 10 de mayo de 1993—. Ha de tenerse en cuenta para que sea procedente apreciar la existencia de este delito que la necesidad de defensa social mediante el ejercicio del *ius puniendi* es una *ultima ratio* a la que hay que acudir sólo subsidiariamente cuando no basten los remedios administrativos, según criterios que señalan el principio de intervención mínima —Sentencia de 18 de junio de 1992—».

En la misma línea, la 2635/1993, de 23 de noviembre, recoge que «La sola y pura ilegalidad de un acto administrativo no entraña por sí mismo un ilícito penal o infracción punible, como ya decíamos al inicio de nuestro fundamento de derecho segundo, pues no toda infracción de las normas legales, bien en la decisión o en la tramitación de un asunto, acarrea de inmediato la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que el elemento normativo del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal. Hay un concepto de justicia, cuya lesión es la esencia del delito de prevaricación, dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1992, más amplio que el de legalidad,

y al que se llega valorando la antijuridicidad material de la resolución adoptada de la que no se puede separar su aptitud para producir lesividad social, traducida en una situación de perjuicio. El reproche, pues, que la sanción penal entraña, no se manifiesta por la mera infracción de la ley, sino en la consciente aplicación torcida del Derecho, o en la negligencia inexcusable, que perjudica o beneficia a alguien. Por tanto, aunque los actos administrativos fuesen inválidos, por infringir el ordenamiento jurídico, y en este aspecto podrían haberse utilizado los correctivos que el propio ordenamiento confiere, si además concurren los requisitos exigidos por el Derecho penal, como presupuestos indispensables para la existencia del tipo penal, descrito en el Código punitivo, en este caso, los elementos subjetivo y objetivo del mismo, resoluciones manifiestamente injustas, dictadas, además, por negligencia o ignorancia inexcusable, la conducta del recurrente, como la del otro acusado, entran de lleno en el ámbito de aplicación del precepto penal».

También la 877/1995, de 14 de julio ha sostenido al respecto que «Por lo que se refiere al delito de “prevaricación” del párrafo 1.º del precepto antes reseñado, modalidad “dolosa”, objeto de enjuiciamiento y atención de la Sala, conviene resaltar y hacer las siguientes precisiones: 1.º), el “bien jurídico” protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurados en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican –Sentencia de 17 de septiembre de 1990–; 2.º), el tratarse de un “delito especial propio”, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de “funcionario público” del agente, cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular –último párrafo del artículo 119 del Código Penal– (Sentencia de 25 de abril de 1988); 3.º), a dicha cualidad de funcionario público se sobreañade la existencia de tener el mismo “facultades decisorias”; 4.º), la infracción sólo puede cometerse mediante una “actuación positiva”, no siendo posible la comisión por omisión, cual se deriva de la propia literalidad del precepto, que en su primer párrafo emplea la locución “dictare” –Sentencia precedentemente citada, de 25 de abril de 1988; 5.º), en cuanto a la “resolución” viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos o de gobierno; 6.º), respecto a la “injusticia” de la resolución (elemento fáctico y “normativo”) y que puede ser referido a la falta absoluta de “competencia” jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los “elementos formales” indispensables o a su propio “contenido” sustancial –Sentencias, entre otras, de 7 de noviembre de 1986, 25 de abril de 1988, antes citada, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992 y 21 y 15 de febrero de 1994–, para que se aprecie no basta con que la resolución no sea correcta en Derecho, sino que exige que vaya más allá de la simple ilegalidad –Sentencias de 18 de junio de 1992 y la ya referida de 21 de febrero de 1994–, entrando así en los términos de la injusticia, que existe siempre que se dé una patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, por lo que la infracción desborda la legalidad vigente, pues constituyendo el Derecho penal, en cuanto al *ius puniendi*, la última *ratio sancionadora*, en virtud del principio de “intervención mínima”, sólo debe actuar cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios para corregir el error producido

en la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave, que ineludiblemente haya de apreciarse el “plus” de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal –Sentencia de 5 de abril de 1995–, quedando de tal forma excluidos del ámbito punitivo actuaciones político-administrativas –Sentencia de 8 de noviembre de 1994–, y 7.’), la resolución ha de dictarse por el funcionario “a sabiendas” de su injusticia, lo que ha de entenderse como “conciencia y voluntad” del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del “dolo” –Sentencias de 29 de enero de 1883, 23 de marzo de 1896, 22 de noviembre de 1901, 16 de mayo de 1910, 17 de septiembre y 22 de noviembre de 1990 y 26 de marzo y 27 de mayo de 1992, citadas en la de 8 de febrero de 1993–».

Finalmente, la 148/1998, de 3 de febrero, expresa que «El vigente Texto Penal de 1995 utiliza el calificativo de “arbitraria” en su artículo 404, mientras que en el Código de 1973 empleaba el de “injusta” en el artículo 358, que fue interpretado por la doctrina de esta Sala como algo más que meramente ilegal. En definitiva, las meras ilegalidades administrativas se hacían desaparecer por la vía de los recursos administrativos o, en su caso, contencioso-administrativos, dejando el tema de la resolución injusta cuando fuere notoria, patente y manifiesta en su contradicción con el Derecho, presentando una completa, patente y absoluta contradicción con el ordenamiento jurídico y, en tal sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1992, que señala como *ultima ratio* el Derecho penal y que la necesidad de defensa social no surge de la mera ilegalidad administrativa, siendo preciso que incida significativamente en los administrados o en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública; existe entonces la resolución injusta, primero exigiría, que cuando se dicte “a sabiendas” provoca los efectos sancionadores del Derecho penal. En la misma línea la 2635/1993, de 23 de noviembre, mantiene y repite que la sola y pura ilegalidad del acto administrativo no entraña el ilícito penal, sino exige la consciente aplicación torcida del Derecho. Asimismo repite la 2715/1993, de 3 de diciembre que no puede ser equiparado a un abuso genérico de la autoridad. Si existiera alguna duda razonable de que la resolución fuera manifiestamente injusta desaparecería el aspecto penal de la infracción –Sentencia 2435/1993, de 28 de octubre.

En la actual tipicidad del artículo 404 del Código Penal de 1995 ha de mantenerse la misma hermenéutica, pues arbitrario en la actuación de la autoridad o del funcionamiento de la Administración es equivalente a contrario a la justicia.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

*No todo dictado de resolución administrativa ilegal supone la comisión de un delito de prevaricación: la ilegalidad ha de ser evidente, patente, flagrante y clamorosa*

Tercero.–En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 358 CP 1973, aunque también se menciona el artículo 404 CP vigente, por entender el recurrente que los hechos declarados probados debieron ser considerados constitutivos de un delito de prevaricación administrativa. El motivo no puede ser estimado aunque su desestimación requiere una detenida fundamentación. En todo Estado constitucional inspirado en el principio clásico de división de poderes se establece un sistema de controles y contrapesos mutuos para garantizar la limitación del poder, el sometimiento de su ejercicio al ordenamiento jurídico y los derechos y libertades de los ciudadanos. Una manifestación, entre otras, de esta carac-

terística del Estado constitucional es el artículo 106.1 CE en el que se dice que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», precepto que reside en los Tribunales el control para que la actuación de la Administración Pública se realice «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» tal como lo exige el artículo 103.1 CE. Este control, sin embargo, no está atribuido a todos los Tribunales indistintamente sino de forma exclusiva a los del orden contencioso-administrativo, a los que el artículo 24 LOPJ declara competentes para conocer de las pretensiones que se deduzcan frente «a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas», así como «de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las Leyes». En consecuencia, el control de legalidad de los actos –concreción que ya es necesario realizar a los efectos de esta resolución referida al enjuiciamiento de un acto– de los órganos de la Administración Pública corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento, por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que, ocupando o desempeñando las funciones propias de órganos de la Administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los Jueces y Tribunales penales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecida en el artículo 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los Jueces y Tribunales el artículo 117.3 CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de igual sometimiento de ciudadanos y poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» que establece y proclama el artículo 9.º1 CE. Los Jueces y Tribunales penales no controlan, pues, a la Administración Pública sino que, sencillamente, declaran cuando procede ejercer el *ius puniendi* del Estado contra la persona –autoridad, funcionario o ciudadano no investido de autoridad alguna– que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando un hecho penalmente típico.

Cuarto.–La claridad teórica de la distinción que acaba de ser trazada –control de legalidad de la actuación administrativa por una parte, control de legalidad penal de la actuación de personas cualesquiera por otra– puede oscurecerse en la práctica cuando la ilegalidad de un acto administrativo supone, en quién o quiénes lo han realizado, es decir, en el titular o los titulares del órgano administrativo que ha producido el acto, la comisión de un hecho en apariencia penalmente típico. Y el problema es especialmente delicado cuando el delito de que puede ser constitutivo el acto es, precisamente, un delito de prevaricación que está legalmente definido, desde un punto de vista objetivo, como el hecho de dictar un funcionario público una resolución injusta. Si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad vigente, sea la legalidad sustantiva, sea la adjetiva, es evidente el riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa para que el ejercicio del poder ejecutivo y la actuación de la Administración se mantenga dentro del marco constitucionalmente establecido y el control de legalidad que, con respecto a todos los ciudadanos, debe ejercer la jurisdicción penal. Llevando a sus últimas consecuencias dicha identificación, podría llegar a sostenerse que detrás de todo órgano administrativo que hubiese dictado un acto contrario a derecho habría una autoridad o funcionario autor de una resolución injusta que, de haberse dictado a sabiendas, habría de ser calificada como un delito de prevaricación. A nadie puede ocultarse que es éste un resultado a que no debe llegarse por más de una razón. Entre otras, porque ni tendría sentido que en el sector administra-

tivo del ordenamiento jurídico el Derecho penal dejase de ser la última *ratio* para convertirse en la primera —dando al olvido en este ámbito el principio de «intervención mínima»—, ni es buena la judicialización de la vida política a que inevitablemente conduce la derivación hacia el orden jurisdiccional penal de cualquier enjuiciamiento que haya de hacerse en relación con la conducta observada por las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Un claro indicio de que no puede ser confundida la ilegalidad administrativa con el delito de prevaricación lo tenemos en la enumeración que se hace en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los casos en que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho. Encontramos en dicho precepto, por ejemplo, junto a los actos «que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», junto a los «dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio» y junto a los «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», a los «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta», lo que parece indicar que para la ley es admisible la hipótesis de que un acto administrativo lesione el contenido esencial de un derecho fundamental, sea dictado por un órgano manifiestamente incompetente o producido prescindiendo por completo del procedimiento establecido —que son indudablemente supuestos de máxima ilegalidad— y que el acto en cuestión no sea, sin embargo, constitutivo de infracción penal.

Quinto.—De lo expuesto en el fundamento jurídico anterior se deduce con suficiente claridad que no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un «plus» de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha repetido últimamente —SS. 20-4-1995, 1-4-1996, 23-4-1997 y 27-1-1998— que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». Hay que reconocer que con ello se ha rectificado una doctrina anterior excesivamente extensiva en la conceptualización de lo injusto administrativo, pero acaso sea necesario dar un paso más. El Código Penal de 1995 se ha situado en la línea restrictiva que marcaron aquellas sentencias y ha asociado, en su artículo 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad. Pero no es del todo exacto que, con esta matización, se haya limitado la nueva ley a ratificar la última doctrina elaborada por la jurisprudencia en torno al artículo 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución con la mera evidencia de su ilegalidad puso el acento en el dato, sin duda importante, de la potencia y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Pero el artículo 404 CP vigente ha puesto el acento en el elemento más objetivo y de fondo del «ejercicio arbitrario del poder» proscrito por el artículo 9.3 CE. Pues bien, se ejerce arbitrariamente el poder, dicen las recientes Sentencias de esta Sala de 23-5-1998 y 4-12-1998, «cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico —a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el artículo 9.1 CE— sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho —si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano— o del interés colectivo —si es éste el que está en juego— se “pone” el elemento objetivo de la prevaricación». Y como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», que elimina del

tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 CP vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

(Sentencia de 18 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 410

### *Delito de desobediencia. Requisitos: doctrina jurisprudencial*

Tercero.–(...) En cuanto al delito de desobediencia, no se niegan los requerimientos de remoción que constan acreditados en el *factum*, pero sí el incumplimiento deliberado de tal mandato judicial, que en modo alguno pudo ser cumplido por carecer de toda disponibilidad sobre lo embargado y ello se recoge en el hecho probado y no puede alterarse aquí a capricho del recurrente, por prohibirlo el artículo 884.3.º de la LECrim. Y como no se ha producido la negativa abierta, el delito no puede reputarse cometido.

Como ha recogido la Sentencia de este Tribunal de casación 1203/1997, de 11 de octubre, «En la interpretación que de ese vocablo ha hecho la jurisprudencia, en relación naturalmente al artículo 369 del antiguo Código, que también la emplea, hemos de destacar las Sentencias de 9 de diciembre de 1964, 16 de marzo de 1993 y la muy reciente de 18 de abril de 1997. Todas ellas, en su conjunto, nos enseñan que la palabra “abiertamente” que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte “una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden”, es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de “omisión”), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer».

Han señalado asimismo las Sentencias 578/1993, de 16 de marzo y 1322/1995, de 28 de diciembre que «los elementos estructurales del delito de desobediencia cometido por funcionario y tipificado en el artículo 369, párrafo primero del Código Penal son: a) Un elemento objetivo constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento a un mandato judicial dictado dentro de su competencia *ratione materiae* y revestido por las formalidades legales. Negativa abierta, que tanto quiere decir como patente y categórica, desoyendo el funcionario los requerimientos que se le hicieron para el cumplimiento del mandato (judicial) –Sentencia de 5 de diciembre de 1990–, sin que al respecto pueda tacharse de contradictoria la jurisprudencia recaída en el tema, pues “el delito de desobediencia se caracteriza, no sólo porque aquella desobediencia adopte una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde” –Sentencia de 9-12-1964–. No se trata de confundir la desobediencia con meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia –Sentencia de 7 de noviembre de 1944–. En suma, la expresión “negativa abierta”,

como dice la doctrina científica, excluye la comisión culposa en delito esencialmente intencional –Sentencia de 15-2-1990–. Y lo cierto es que la oposición clara a un mandato, bien puede deducirse de la repetida no ejecución. *b)* Un elemento subjetivo que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato, sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar a confusión o mala inteligencia –Sentencia de 5 diciembre de 1990–, y asimismo la de esta misma Sala de 14 de octubre de 1992: Lo primero que destaca en la redacción del precepto es que el comportamiento del sujeto activo ha de consistir en una negativa abierta: “Se negaren abiertamente, dar el debido cumplimiento a sentencias, decisión u órdenes de la Autoridad Superior” dice el artículo 369 del Código Penal. Lo que el legislador quiere es separar aquellas situaciones de incumplimiento o inejecución expresas, claras y terminantes, de aquellas otras en las que, por la propia complejidad del problema, no se exterioriza esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o ejecución que trae el eco de la interpretación que al artículo 1124 del Código Civil ha hecho la Sala Primera de este Tribunal Supremo».

Ello con independencia de la posibilidad ya apuntada de la remoción forzosa, que no se realizó.

En cuanto al delito de malversación, al no existir en el hecho probado referencia alguna a la apropiación o disposición sobre los bienes embargados resulta estéril cualquier esfuerzo para encajar en tal tipicidad lo relatado en el *probatum*.

El recurrente, inasequible al desaliento, pretende que al desaparecer algún bien, por la negligente conducta de los acusados, se incurre en el delito con lo cual pretende un delito culposo de malversación, que no tiene cabida en el sistema del Código Penal de 1973, ni en el vigente.

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

*Delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario: elementos. Delimitación con mera dilación irregular e indebida*

Tercero.–(...) El delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra por los siguientes elementos:

*a)* La emisión, pronunciamiento o dictado de una sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por autoridad o funcionario administrativo, y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas autoridades y funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico extrapenal del delito de desobediencia.

*b)* Que la Autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obliga la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohíban tales resoluciones. El Código actual en el artículo 410, como el anterior en el 369, exige que la autoridad o el funcionario se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio, y la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 16-3-1993 que cita la de 9-12-1964 y 516/1997, de 18-4), ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora; y

*c)* El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del

Tribunal o del superior administrativo, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que admita la jurisprudencia (SS. 5-12-1990 y 16-3-1993 y 2813/1993, de 13-12) la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia.

Con arreglo a la doctrina expuesta, los motivos tercero y cuarto deben ser desestimados, por no evidenciar los hechos probados que concurriera en el comportamiento de Fernando G. L. el elemento volitivo, consistente en el propósito de incumplir la Resolución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25-10-1994, según se razonó en los Fundamentos Segundo y Tercero de la sentencia impugnada, y se informó por el Ministerio Fiscal en trámite de instrucción, puesto que el retraso de dos meses, desde el pronunciamiento del auto, o de un mes desde el requerimiento practicado por el Juzgado de Instrucción de Daroca, puede estimarse como dilación irregular e indebida, pero no como actitud de recalcitrante y obstinada resistencia al cumplimiento de la orden de reposición del secretario suspenso; habiendo además de ponderarse, según se argumentó en el precedente fundamento de derecho, que en la comunicación de la Delegación del Gobierno de 29-6-1994, se trasladó la información de que los Alcaldes de la Agrupación tenían un plazo de dos meses para hacer efectiva la suspensión judicial del acuerdo administrativo de suspensión del secretario recurrente, por aplicación del artículo 105.1 de la Ley de 27-12-1956.

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 413

*No hay daño a tercero o a la causa pública en Policía que no da curso de parte médico de lesiones constitutivo de falta ante el deseo del perjudicado de no denunciar*

Tercero.—Alega el Ministerio Fiscal que cabe apreciar un daño para la causa pública por el hecho de que cuando el lesionado decidió, seis meses más tarde, denunciar la falta, ésta ya se encontraba prescrita, lo que podía haber evitado el acusado desatendiendo las insistentes solicitudes del perjudicado y remitiendo al Juzgado el parte médico de lesiones (que debió haber sido remitido directamente desde el centro médico).

Dicho criterio no puede ser aceptado, desde una doble perspectiva. Desde la necesaria exigencia de culpabilidad (en sentido clásico) pues no es concebible que el dolo del autor, que debe abarcar el presumible resultado de daño para la causa pública, pudiese contemplar dicha remota posibilidad (que el lesionado cambiase de idea y decidiese denunciar la falta seis meses después, cuando ya se encontraba prescrita, pudiendo haberse evitado la prescripción desatendiendo su inicial manifestación de que no deseaba la incoación de procedimiento alguno por sus leves lesiones). Y desde la de la tipicidad pues ha de estimarse que el resultado de daño para la causa pública debe tener la relevancia proporcionada a la sanción de la conducta como infracción delictiva, no pudiendo estimarse que el hecho de que no sea penalmente perseguida una falta, por respeto a la voluntad del propio perjudicado, provoque un daño mínimamente relevante para la causa pública, suficiente y proporcionado para justificar la sanción delictiva de la conducta enjuiciada.

En definitiva y, sin perjuicio de reiterar que el deber del acusado era dar el curso debido al parte médico recibido, no cabe estimar que su decisión en el conflicto de

intereses planteado entre su deber funcional y la insistente solicitud del propio perjudicado, pueda revestir los caracteres de una infracción penal, dada la necesaria relativización del principio de persecución de oficio en las simples contravenciones o faltas.

(Sentencia de 5 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 426

*Cohecho pasivo impropio: no incluye castigo de particulares que remuneran a funcionario para la realización de acto no prohibido por hallarse esta conducta incluida en el artículo 423.1*

Séptimo.—El motivo cuarto del recurso de O. se articula al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim y denuncia la indebida aplicación del artículo 423.1 del CP de 1995 a la conducta del acusado descrita en el apartado 2 de la narración histórica, de entregar dinero a un funcionario público en contraprestación a una acción de éste no integrante de delito, ni de indebida abstención, ni injusta, ni prohibida legalmente.

Entiende el recurrente que ya fue cuestionada la aplicabilidad del cohecho activo, a los comportamientos de particulares de remuneración a funcionarios públicos por acciones propias del ejercicio de sus funciones, no antijurídicas, y fue controvertida jurisprudencial y doctrinalmente la posibilidad de extender la figura de corrupción por los particulares a los funcionarios, del artículo 391 del CP de 1973, a los supuestos del artículo 390, en que se remunera un acto del funcionario no prohibido legalmente.

En el nuevo Código la implicabilidad de la figura del cohecho activo a los supuestos de premio al funcionario por actos conformes al ordenamiento, se deduce, a juicio del impugnante, de la situación del precepto sancionador del cohecho activo dentro del Capítulo V del Título XIX del Libro II, regulador del cohecho, en cuanto que dicho tipo se contiene en el artículo 423, y hace referencia, desde el punto de vista activo, a los de cohecho pasivo definidos y sancionados en los artículos 419, 420 y 421 (referentes a la comisión de actos integrantes de delito, a la perpetración de actos injustos o a la indebida abstención del funcionario).

A juicio del recurrente, no es comprensible en la figura de cohecho activo del artículo 423, la remuneración para los fines tipificados en el artículo 426 —es decir, para premiar un acto del funcionario no prohibido legalmente—. Al haberle sido aplicado al funcionario público Luis Carlos G. T. la figura del cohecho pasivo impropio del artículo 426 CP de 1995, la conducta de los particulares que remuneran a tal funcionario resulta impune.

Con arreglo a los hechos declarados probados en la sentencia, el motivo no podría prosperar, ya que la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 7-10-1993 y 115-1994 y acuerdo del Pleno de 10-5-1994) estimó que, tras la reforma introducida por la LO 9/1991, de 22-3, la figura del artículo 391 del CP comprendía tanto al cohecho activo propio, como el impropio a que se refiere el artículo 390 del mismo Cuerpo Legal, y en relación al Código de 1995, la Sentencia 692/1997, de 7-11, entendió que habría que entender comprendido en el cohecho activo del artículo 423, los supuestos tipificados en el artículo 426.

(Sentencia de 13 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 432

*Malversación de caudales públicos. Elementos: doctrina jurisprudencial*

Segundo.—El delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432 CP de 1995, apreciado en la sentencia impugnada, está integrado por los siguientes elementos, que enumera la Sentencia de esta Sala 2/1998, de 29 de julio, dictada en el caso «Marey»:

1.º El autor ha de ser una autoridad o funcionario público, entendidas tales categorías jurídicas de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 24 CP de 1995.

2.º La autoridad, o el funcionario responsable del delito habrá de tener a su cargo, por razón de sus funciones, los caudales o efectos que se sustraen.

3.º Objeto de este delito habrán de ser necesariamente caudales o efectos públicos. Según el criterio de la Sentencia 250/1994, de 7-2, se consideran efectos públicos los bienes muebles que se hallan integrados en el patrimonio del Estado o de las Administraciones.

4.º La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción o en el consentimiento de que otro sustraiga los caudales o efectos públicos; y

5.º Por último, esa sustracción ha de ser realizada con ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo Código Penal.

Deberá concurrir también en el delito de malversación de caudales públicos el elemento subjetivo del dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

*Naturaleza y bien jurídico del delito de malversación de caudales públicos: delito pluriofensivo*

Cuarto.—Ambos motivos deben desestimarse aunque no por las mismas razones expresadas en la sentencia de instancia. No existe unanimidad doctrinal sobre la verdadera naturaleza jurídica del delito de malversación de fondos públicos y el bien jurídico que en él se protege; pero la jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y de otra parte en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública (vid. SS. de 10 de octubre de 1989; 5 de febrero de 1993; y 1 de febrero de 1995, entre otras). Sin desconocer las más recientes concepciones, que desde una perspectiva funcional del patrimonio público y de la Administración como garante y agente de la capacidad prestacional del Estado, justifican la mayor protección material del Erario público en función de los intereses generales (Sentencia de 21 de junio de 1990), la dimensión patrimonial propiamente dicha de la malversación ha llevado a esta Sala a someter la continuidad delictiva de esta infracción a las reglas penológicas de los delitos contra el patrimonio, atendiendo para determinar la pena

del delito continuado no a la infracción más grave de las cometidas en continuidad, sino al importe total de lo malversado, pues como dijo esta Sala en su Sentencia de 26 de junio de 1989 «sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad tiene un indudable carácter patrimonial, incluso como una modalidad del delito de apropiación indebida, cualificado por la misma cualidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído —cfr. STS 29-2-1988—». En análogo sentido la Sentencia de 20 de mayo de 1993 declara que la malversación, además del plus importante que significa la deslealtad grave de autoridad o funcionario, participa de la naturaleza de las infracciones contra el patrimonio debiéndose imponer la pena del delito continuado «teniendo en cuenta el perjuicio total causado»; criterio que asimismo proclama la Sentencia de esta sala de 13 de febrero de 1997; y más recientemente la Sentencia de 10 de febrero de 1998.

(Sentencia de 10 de mayo de 1999)

#### ARTÍCULO 435.1.º

*Exigencia de que los fondos malversados sean enteramente públicos; en otro caso estaremos a presencia de delito de apropiación indebida*

Quinto.—(...) La Sala de instancia expone en el fundamento jurídico primero las razones que abonan su opción calificadora en favor de la figura delictiva ahora cuestionada y lo hace en los siguientes términos:

«Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado por los artículos 435.1 y 432 del CP de 1995, (...) ya que la condición de funcionario público en el sujeto activo del delito desaparece en aquellos supuestos en que la sustracción se refiera a fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas cuando éstos se hallen encargados por cualquier concepto a alguien que no ostente la cualidad funcional, figura a la que ya aludía el artículo 399 del derogado CP y que concreta el núm. 1 del artículo 435 del vigente Texto punitivo en quienes resulten encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. La calificación jurídica de los hechos que nos ocupan depende exclusivamente en este segundo supuesto del carácter público de estos fondos, rentas o efectos. Éste no puede venir determinado por otra cosa que por su propia procedencia, encontrándonos, pues en forma diáfana ante el supuesto de autos. En efecto, tal y como se desprende del discurso fáctico precedente, una gran parte de las partidas que integraban los ingresos del ente corporativo del que el acusado ostentaba la cualidad de Presidente tenían una clara procedencia pública: así, la de mayor entidad por importe de 2.872.938 ptas. provenía de una subvención otorgada por la Diputación Foral de Álava, existiendo otras procedentes tanto del Ayuntamiento de esta misma localidad de Vitoria como de otros Ayuntamientos distintos, así como otra subvención otorgada por la “Federación Vasca de Badminton”, corporación de carácter público al igual que lo es la propia entidad constituida en acusación particular, segundo de los argumentos hecho valer por el Ministerio público en apoyo precisamente de la prosperabilidad de esta calificación alternativa a la inicialmente formulada provisionalmente en el sentido de encontrarnos en exclusiva ante un delito de apropiación indebida».

La precitada transcripción significa que el Tribunal *a quo*, reconociendo que el acusado no tenía la condición de funcionario público al no poder ser incluido entre las personas mencionadas en el artículo 24.2 del Texto punitivo vigente, mantiene, sin embargo, que debe condenársele por un delito de malversación de caudales públicos,

habida cuenta de que los fondos de que se apropió, tenían naturaleza pública al tratarse de subvenciones otorgadas por Organismos Autonómicos o Locales.

Sin embargo, tal afirmación acerca del carácter público de los fondos federativos no puede sostenerse con la contundencia mencionada, por cuanto del propio relato de hechos probados se desprende que no todo lo apropiado tenía dicho origen dado que en dicha premisa del silogismo judicial se detallan cantidades procedentes de cuotas de asociados, clubes provinciales y agrupaciones deportivas y otros ingresos no identificados de importante cuantía.

En su consecuencia, si expresamente se descarta que el Presidente de la Federación Deportiva tenga condición de funcionario o asimilado y la cualidad de caudales públicos, no puede asignarse, por procedencia ni por destino a una parte sustancial de los fondos manejados por el acusado, resulta extremadamente forzada la fórmula calificadora asumida por la Audiencia ya que la propia dicción del artículo 435 del Código Penal exige, por su estructura extensiva, una interpretación restringida que, en consonancia con el principio de legalidad, se acomode a estrictos criterios estimativos de tipicidad, hace inviable la aplicación de la figura de la malversación impropia a un supuesto tan peculiar, especificidad que se resalta expresamente para excluir criterios generalizantes con los que propiciar –invocándolos en otros procesos– cuotas de impunidad inadmisibles.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

## ARTÍCULO 435.3.º

### *Quebrantamiento de depósitos: doctrina general*

Tercero.–(...) 2. El artículo 432 del vigente Código Penal, cuya aplicación se pretende, castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero con igual ánimo, sustraiga caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. El precepto mencionado, después de contemplar las modalidades agravada y atenuada del delito base, debe remitirse al artículo 435.3.º en el que se establece que las disposiciones del Capítulo son extensivas, entre otros, a los depositarios de bienes embargados por autoridad pública aunque pertenezcan a particulares.

Esta modalidad delictiva que tenía sus antecedentes en el Código derogado (artículos 394 y 399), también conocida como quebrantamiento de depósitos, exigía como requisitos los siguientes: *a)* un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes realizados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; *b)* que una persona sea designada como depositaria de los bienes, adquiriendo por ello el ejercicio de una función pública que le equipara a la condición de funcionario; *c)* la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservar los bienes, desde el momento en que los recibe en custodia o depósito; *d)* un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que ha acordado el depósito; y *e)* como requisito añadido por el nuevo Código Penal es necesario un ánimo tendencial de lucro.

3. Como elemento complementario del tipo penal, la jurisprudencia ha venido exigiendo, con reiteración, que la persona nombrada depositaria conozca perfecta y detalladamente las obligaciones del cargo para el que ha sido nombrada. Se precisa la formal y expresa aceptación de la persona designada una vez que ha sido minuciosamente informada de las obligaciones que contrae y de las responsabilidades en que puede incurrir. Se ha dicho reiteradamente por nuestra jurisprudencia, que la mera for-

malidad de un nombramiento no puede arrastrar tan graves consecuencias como las que pueden derivarse de la aplicación de las previsiones del tipo penal aplicable.

Por ello las informaciones puramente rutinarias, genéricas e imprecisas no pueden llevar ligadas, como efecto añadido, la exigencia de responsabilidad penal.

El requisito de la información previa se transforma, en el caso de que no exista en la debida forma, en un elemento negativo del tipo que produce en el sujeto un error invencible de prohibición que excluye la responsabilidad criminal.

4. En el caso que nos ocupa, el relato fáctico se limita a decir que la acusada aceptó el nombramiento y se hizo cargo de los bienes, sin especificar si fue informada detalladamente de sus obligaciones y responsabilidades, si bien en el fundamento de derecho primero se precisa que la diligencia de nombramiento de depositaria se llevó a cabo, sin que se hiciera constar siquiera ni de forma genérica, la advertencia de que contraía las obligaciones legales, lo que obliga la libre absolución de la acusada.

En relación con el acusado, el relato fáctico se limita a constatar que era deudor a la Tesorería General de la Seguridad Social y que le fueron embargados diversos bienes muebles por la Unidad de la Recaudación Ejecutiva, añadiendo que era administrador único de la sociedad deudora. A partir de esta referencia inicial, la narración fáctica no contiene ninguna otra mención a la intervención del acusado en todas las vicisitudes posteriores, que llevaron a la adjudicación de los bienes embargados y a su entrega fallida a los adjudicatarios. Nos encontramos ante un delito denominado especial propio, en cuanto que su comisión sólo puede llevarse a cabo por la persona que ostenta la condición de depositario, aunque no es descartable la participación de extraños en forma de inductores, cooperadores o cómplices. No existe en el relato ninguna base fáctica que nos permita considerar, aunque sólo sea a efectos puramente dogmáticos, la posible integración del acusado en alguna de las modalidades de participación que hemos mencionado, por lo que su absolución es una consecuencia ineludible, que se deriva del silencio de hechos probados sobre su colaboración en los acontecimientos que se describen en la narración histórica.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 450.2

### *No acudir a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito: Doctrina general*

Tercero.—La redacción típica del vigente artículo 450 CP es semejante a la figura delictiva contenida en el anterior 338 bis, a pesar de la variación derivada de su ubicación sistemática, ahora entre los delitos contra la Administración de Justicia. Destaca, por otra parte, que en el párrafo segundo la omisión típica es aquella consistente en no acudir a la Autoridad o sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el párrafo anterior. Con ello se consagra en el tipo penal la interpretación realizada según la cual no bastaba, para realizar la conducta típica, omitir la denuncia sino sólo aquella denuncia que pudiera evitar —impedir— la realización del delito.

El bien jurídico protegido, en la vigente redacción del delito es la Administración de Justicia, en un sentido amplio. Las conductas descritas en el tipo protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la Autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. Además mediante el tipo se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto.

Cuarto.—El tipo penal objeto de la condena corresponde a un delito de omisión cuya estructura responde a los patrones de ese tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica; la ausencia de una conducta determinada; y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura al delito objeto de la condena, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; no impedir la comisión del delito; y posibilidad de actuar inmediatamente y sin riesgo propio o ajeno.

Estos elementos, como se ha dicho, que configuran el tipo omisivo aplicado necesitan de la necesaria actividad probatoria para satisfacer el derecho fundamental en el que apoya la impugnación.

(Sentencia de 4 de febrero de 1999)

## ARTÍCULO 455

*De la realización arbitraria del propio derecho. Doctrina general: novedades del CP 1995 y requisitos exigidos por la jurisprudencia; delimitación frente a delito de coacciones*

Único.—(...) El delito de realización arbitraria del propio derecho es un delito pluriofensivo, que atenta contra el bien jurídico de la Administración de Justicia, y contra el patrimonio del deudor atacado (así se reconocen en las Sentencias de esta Sala de 15-3-1991, 27-10-1992 y 23-1-1998).

El Código Penal de 1995 ha modificado la figura en el sentido de extenderla a la realización de cualquier derecho, de suprimir la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y de admitir que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia de esta Sala, desarrollada básicamente en relación a la figura del artículo 337 CP de 1973, ha analizado los requisitos de la misma:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 30-9 y 25-11-1985).

Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el artículo 455 CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los reales.

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del artículo 337 CP de 1995, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SS. 14-11-1984, 15-3-1988, y 27-4-1992), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (S. 3-2-1981).

Con la nueva redacción, y si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del artículo 455.

En el artículo 455 se prevé la comisión, no sólo mediante violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia exigía el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SS. 12-2-1990).

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-1981 y 26-2-1982) ha entendido que el

mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el artículo 455 CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Pues bien, este elemento básico del delito del artículo 337 CP de 1973 y del artículo 455 CP de 1995, del ánimo de realizar y hacer efectivo el propio derecho, concurre también en los supuestos en que el despojo de la cosa y la violencia y la intimidación, se llevan a efecto, no en la persona del deudor, sino en la de un tercero que posea y detente el bien mueble, perteneciente al deudor, si el expoliante se apropió de la cosa para hacerse pago de un crédito contra el dueño de la misma o por tener derecho a que la cosa le sea entregada, en virtud de un contrato; por lo que debe estimarse que en tales casos debe aplicarse también el artículo 455 CP de 1995 ya que tal precepto, no exige que el acto coactivo se perpetre con el deudor.

Estima la Sala por ello que la conducta enjuiciada se ajusta mejor al tipo de realización arbitraria del propio derecho que al de coacciones del artículo 172 CP de 1995, en el que, según el Tribunal de instancia, encajaban más correctamente los hechos, ya que en esta figura delictiva no está previsto ningún elemento subjetivo del injusto, ni por tanto el propósito de restaurar derechos patrimoniales del forzador de la voluntad ajena.

Con arreglo a lo precedentemente expuesto, el recurso del Fiscal debe prosperar, por ser subsumibles los hechos declarados probados en la figura de realización arbitraria del propio derecho, puesto que concurrieron los elementos que caracterizan a la misma ya que:

a) el acusado Iván G. M. tenía derecho a que le fuese entregada la camiseta que había comprado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1461 del Código Civil;

b) para hacer efectivo tal derecho, Iván G. M. requirió al poseedor de la prenda de vestir, Iván B. S., que no era el que se la había vendido, para que se la diese;

c) ante la negativa del requerido, el acusado exigió la entrega, amenazando al poseedor de la camiseta con una navaja, consiguiendo de esta forma que Iván B. S. le diese la prenda de vestir.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 464

*Obstrucción a la justicia. Artículo 464: elementos típicos. No es exigible que ya exista un proceso judicial abierto bastando las diligencias policiales (atestado)*

Primero.—(...) Segundo motivo, por idéntico cauce por indebida aplicación del artículo 464.2.º del Código Penal.

Estima el recurrente que exigiendo el tipo penal que las represalias se hayan efectuado abierto ya el procedimiento judicial, al no concurrir este dato en el caso de autos, ya que sólo se había efectuado una denuncia en la Policía, devendría en inaplicable el tipo penal por falta de apertura del proceso judicial.

Fue en la reforma urgente y parcial del Código Penal aprobado por LO 8/1983, de 25 de junio que se introdujo el tipo penal del artículo 235 bis, antecedente del actual artículo 464 del vigente Código que estableció un régimen de específica tutela del derecho de cualquier persona a acudir en cualquier condición ante los Tribunales de Justicia. Tal tutela no era sino la consecuencia lógica del deber de colaboración con los Jueces y Tribunales previsto en el artículo 118 de la Constitución, tutela que se ha

visto ampliada en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.

La estructura del artículo es idéntica a la de su precedente legislativo en el citado artículo 325 bis del anterior Código Penal, ya que las diferencias entre uno y otro precepto se limitan a una mayor sencillez del texto vigente, así como a una mayor claridad en la finalidad perseguida en cuanto atentatoria contra la normalidad en toda actuación procesal; la inclusión de los abogados y procuradores como posibles sujetos pasivos sólo responde a la conveniencia de explicitar el término «parte» anteriormente utilizado evitando toda ambigüedad al respecto.

La protección penal del tipo que se comenta da lugar a dos figuras distintas. La del párrafo primero se refiere al castigo de los intentos violentos de influir en quien tiene que hacer alguna actuación procesal, en tanto que el párrafo segundo recoge las represalias efectuadas por las personas protegidas con ocasión de una actuación procesal ya realizada. Se trata de dos tipos penales con sustantividad propia como seguidamente se verá.

En relación al párrafo primero, debe decirse que tipifica un delito de peligro –también calificado de «emprescindimiento» por la doctrina alemana–, que se consuma con la sola realidad de la violencia o intimidación ejercidas con la finalidad de coartar la libertad de quien intervenga en un procedimiento –ya sea civil o penal–, por ello no caben las formas de ejecución imperfecta, de suerte que si el autor consigue su propósito, se da lugar al tipo agravado previsto en el inciso último del párrafo primero; finalmente, dado el dolo específico de intentar una modificación de una actuación procesal y el «modus operandi» a través del cual se persigue aquel fin, es obvio que no caben las formas de ejecución culposa. En tal sentido SSTS de 11 de abril de 1996 y 18 de diciembre del mismo año.

En relación al apartado segundo, por el que ha sido condenado el recurrente, tiene como elemento subjetivo que le da autonomía a este tipo delictivo, el ser la expresión de un ánimo de venganza –inexistente en el párrafo primero–. En todo caso la realización de tales represalias deben ser subsumibles en un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes de las personas, por lo que consumado el ataque contra tales bienes, puede entrar en concurso con el delito contra la Administración de Justicia, concurso que, a la vista del último inciso del párrafo 2.º del artículo 464 «... sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos...» habrá de estimarse como concurso real, con punición independiente por cada delito con la única limitación temporal prevista en el artículo 76 del Código Penal.

En los casos en los que la represalia se haya sólo explicitado sin llevarla a cabo, como es el caso de autos en el que, según el *factum*, el recurrente «... sacó una navaja del bolsillo y se encaró hacia Mustapha al tiempo que le decía por qué le había denunciado...» se está en presencia de una amenaza si bien no se sanciona como tal sino en el delito que se comenta por haberse emitido en el contexto de un proceso y como represalia a una actuación ya realizada por el amenazado, pero esta situación no altera la estructura propia de la amenaza considerada reiteradamente por la doctrina de esta Sala –entre las últimas STS núm. 832 de 17 de junio de 1998– como un delito de mera actividad que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario y que descansa en la efectiva conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, por lo que al igual que se razonaba en relación al delito del párrafo primero del artículo 464, tampoco aquí caben las formas de ejecución imperfectas.

Dando respuesta a la única impugnación que efectúa el recurrente en la fundamentación del motivo, ésta se centra, como ya se ha anunciado en la –según su afirma-

ción—, inexistencia de proceso judicial cuando se efectuó la represalia, ya que sólo existía atestado policial.

La objeción debe decaer y con ella el propio motivo.

Es obvio que todo procedimiento penal puede empezar bien por una denuncia o querrela efectuada directamente ante la autoridad judicial, o, lo que suele ser más frecuente, tiene por inicio una denuncia o una investigación efectuada ante la Policía, a tal respecto es oportuno recordar el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que especifica las funciones de la Policía Judicial y el artículo 297 que se refiere al valor del atestado policial, por lo que el intento de excluir del concepto de procedimiento judicial a las diligencias policiales está condenado al fracaso. Dos razones más pueden darse:

1.º Es reiterada la doctrina jurisprudencial que en relación a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, en la redacción del anterior Código —artículo 9.9.º—, estimó que en el término «procedimiento judicial» había de estimarse incluidas las diligencias policiales, en tal sentido SSTS de 16 de marzo, 30 de abril y 16 de julio de 1990 y 24 de septiembre de 1992, entre otras.

2.º Tal interpretación queda avalada por la actual redacción del artículo 464.1.º, que al igual que el párrafo primero del anterior artículo 325 bis, sólo se refiere a actuación en «un procedimiento», sin referencia a que sea judicial.

Es cierto que en el delito de represalia del párrafo 2.º se cita expresamente «procedimiento judicial», en tanto que en el delito del párrafo 1.º sólo se dice «procedimiento», pero de esta diferente dicción no se puede derivar conclusión en favor de la tesis del recurrente que supondría una reducción del ámbito de protección del correcto funcionamiento de la justicia, y que, además, viene avalada por la doctrina jurisprudencial sobre el arrepentimiento ya citada; se está sin duda ante una aparentemente diferencia, proveniente del antiguo artículo 325 bis, trasplantada al actual artículo 464.

Por lo demás, del examen de los autos se comprueba, que el procedimiento judicial ya fue abierto con la primera denuncia efectuada el 19 de septiembre de 1996 —folio 1—, la que dio lugar al auto de incoación de previas y sobreseimiento provisional del 20 de septiembre de 1996 —folio 3—, anterior a la denuncia por represalias efectuada el 24 de septiembre, siendo indiferente que en la primera no apareciera totalmente identificado el recurrente ya que lo relevante penalmente es la existencia de represalias —sólo anunciadas—, con independencia de que el recurrente hubiese sido totalmente identificado en la denuncia inicial, ya que, se insiste una vez más, el bien jurídico protegido en la recta Administración de Justicia, valor superior de una sociedad democrática estructurada como Estado de Derecho. De alguna manera puede afirmarse que la independencia e imparcialidad que se espera y se exige de los Jueces y Tribunales, tiene su lógica proyección en la ausencia de interferencias sobre todas las personas intervinientes en un proceso.

(Sentencia de 27 de julio de 1999)

### *Características: Delito de mera actividad*

Primero.—(...) La constante Jurisprudencia de esta Sala II tiene afirmado que el delito aquí cuestionado guarda una evidente relación con la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. La infracción se proyecta realmente a través de dos variedades, la primera cuando la violencia o intimidación se ejerce sobre el denunciante, parte, testigo, perito o intérprete, para que se retracte

de su denuncia, informe o declaración. La segunda cuando los actos contra la vida, la integridad, la libertad, la seguridad o los bienes sean como represalias por su actuación en el procedimiento judicial, que es el caso de ahora. Es una infracción contra la Administración de Justicia que se concreta en un atentado contra la libertad de actuación. Obviamente el bien jurídico protegido es la propia Administración que se ve privada de la libertad de cooperación de aquellos que expresamente designa el precepto, como *numerus clausus*. En esta tutela de la indemnidad de quienes son ya colaboradores de la Justicia, también indirectamente de la propia independencia judicial, el sujeto activo de la acción criminal es generalmente un imputado ya en las actuaciones en trámite, en tanto que el sujeto pasivo son esos denunciantes, peritos, parte, testigos o intérpretes que el artículo indica –Sentencia de 16 de marzo de 1993–. Esta infracción tendencial, de mera actividad, se consume desde que se produce el solo intento, violento o intimidatorio, aunque no se logre el objetivo propuesto (STS de 19 de julio de 1999).

En el caso de autos se contienen los requisitos necesarios para la aplicación del precepto penal aplicado, así se contiene la existencia de una denuncia previa e inicio de investigaciones en las que se le imputan al recurrente la comisión de un hecho delictivo, y la acción de éste, que con la finalidad de que la denunciante modificase su posición procesal, retirando la denuncia le insulta e intimida con amenazas hacia su persona y bienes, lo que evidencia la existencia del elemento subjetivo en la acción del acusado, que el juzgador deduce de los hechos declarados probados, mediante un juicio de inferencias, acorde a la lógica y máximas de experiencia.

(Auto de 5 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 467.2

*Deslealtad profesional de abogado que perjudica de forma manifiesta y por imprudencia grave los intereses que le fueron encomendados al optar por procedimiento equivocado, negociando una cantidad lesiva para ellos y reteniendo largo tiempo dinero que debía entregar a los mismos; Diferencias y relación con el delito de prevaricación de abogado del artículo 360 del Código derogado*

Tercero.–Es indudable, por el contrario, que los hechos probados sí constituyen uno de los delitos que se preveían en el artículo 360 CP 1973 bajo la rúbrica general de la prevaricación, con que se abría el título dedicado a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: nos referimos al que ha pasado a ser el tipo de deslealtad profesional hoy definido, en el artículo 467.2 CP 1995, como delito contra la Administración de Justicia. El artículo 360 CP 1973 comprendía dentro de las prevaricaciones la conducta del «abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión». Se yuxtaponían así en el precepto derogado dos –en rigor, tres– infracciones de distinta naturaleza y gravedad en que pueden incurrir abogados y procuradores, cuales son el descubrimiento de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión y la irrogación de perjuicio al cliente por abuso malicioso del oficio o por negligencia o ignorancia inexcusable. En el CP/1995 el descubrimiento de secretos realizado por un profesional ha pasado a ser un tipo autónomo definido en el artículo 199.2 que se incluye, en el Título X, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en tanto el hecho de perjudicar, de cualquier otro modo, al cliente

por un abogado o procurador se ha convertido en un delito de deslealtad profesional, previsto en el artículo 467.2, que forma parte de los delitos contra la Administración de Justicia a los que está dedicado el Título XX. A su vez, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del artículo 467.2 que establecen penas distintas para la modalidad dolosa y la culposa. Cabe añadir que, siendo la definición del delito en cuestión que ofrece el artículo 467.2 más precisa –más respetuosa con el principio de legalidad, en definitiva– que la del artículo 360, aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo. Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un abogado o procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, previsto en el artículo 360 CP/1973, que el agente, «por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados». Este es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional.

Cuarto.—No parece que pueda discutirse, en el caso, ni la existencia de un perjuicio manifiesto para los intereses de los herederos del señor M. C., ni la decisiva responsabilidad que en la causación de dicho perjuicio corresponde al acusado al que tales intereses fueron encomendados. El perjuicio se evidencia con sólo constatar que aún hoy, cuando nos acercamos al décimo aniversario del accidente que costó la vida al señor M. C., su viuda e hijos no han percibido todavía la totalidad de la indemnización a que tienen derecho, y que fue el año próximo pasado cuando, por mandato de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo el 11 de febrero de 1998, recibieron una parte de la suma que insistentemente reclamaban. Hay que decir que el perjuicio no ha consistido únicamente en el intolerable retraso con que se ha reconocido su derecho a los perjudicados –pese a que el legislador ha dispuesto medios y vías procesales idóneos para que los perjudicados por accidentes de tráfico sean prontamente indemnizados, al menos en la cuantía cubierta por el seguro obligatorio– sino en la comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo con que aquéllos han percibido durante largos años, desde la presumible modestia de sus posibilidades económicas y su escaso conocimiento del mundo jurídico, cómo el tiempo pasaba y sus legítimas expectativas se demoraban cada vez más y, en ocasiones, parecían desvanecerse. Es éste un perjuicio claramente manifiesto para los intereses de los herederos del señor M. C., cuya causa no es otra, en último análisis, que la forma como el acusado actuó en la tutela de dichos intereses. En primer lugar, demorando más de un año, desde que se ofreció a los perjudicados para asumir la defensa de sus intereses, la formalización de una pretensión en vía judicial. En segundo lugar, absteniéndose entonces de solicitar se dictase el auto previsto en el artículo 10 de la Ley 122/1962, cuyo testimonio hubiese sido título ejecutivo para reclamar a la entidad aseguradora la cantidad que en dicha resolución se fijase como indemnización de los daños y perjuicios derivados del accidente, eligiendo una vía civil declarativa, más lenta e incierta, que ni siquiera era la establecida al efecto en la disposición adicional primera de la Ley 3/1989, de 21 de junio. En tercer lugar, haciendo creer a los perjudicados, cuando el proceso de menor cuantía fue sobreesido, que el asunto estaba prácticamente perdido y aventurándose a una negociación con el abogado de la Compañía aseguradora en que rebajó las pretensiones de sus clientes muy por debajo de lo que podía razonablemente conseguirse. En cuarto lugar, asumiendo un mandato que nadie le había otorgado, puesto que ni lo era el poder general para pleitos que en su día recibió ni podía presumirse que a dicho mandato equivalía una informal conversación con el esposo de una de las hijas del fallecido –al que por su cuenta comunicó que lo más que podía conseguirse como

indemnización era uno o dos millones de pesetas— o una carta informativa del pobre resultado de las negociaciones de la que, por cierto, nunca tuvo respuesta. Y en quinto lugar, reteniendo en su poder la cantidad a que quedó reducida la recibida de la aseguradora, una vez descontadas las partidas que unilateralmente consideró oportunas, sin realizar gestión alguna orientada a la entrega del dinero a sus destinatarios, después de haber dirigido a uno de ellos una carta de la que no tenía tampoco constancia hubiese sido recibida y pese a que los veía en el pueblo cuando ocasionalmente lo visitaba, retención que bien pudo haberse prolongado indefinidamente de no haberse producido la denuncia de los perjudicados cuando su nuevo abogado comprobó que el acusado había recibido el dinero y renunciado a las acciones que a los mismos correspondían. Esta singular manera de velar por los intereses de sus clientes, que tuvo el acusado, fue la causa decisiva de los perjuicios a que antes nos hemos referido aunque acaso pudiera pensarse que no sean del todo ajenas a los mismos ciertas actuaciones judiciales. Pero, para descartar que así haya sido, no hay que perder de vista: a) que, aun no habiéndose dictado de oficio, como es preceptivo, el auto fijando la cantidad líquida máxima que podía ser reclamada en juicio ejecutivo, su pronunciamiento pudo y debió ser solicitado por el acusado tan pronto las diligencias previas fueron sobreseídas; b) que, aun pudiendo haber continuado la tramitación del juicio de menor cuantía hasta el dictado de la sentencia, pese a ser el juicio verbal el legalmente previsto para estos supuestos, la elección de aquel proceso nunca hubiese estado justificada por la mejor y más rápida defensa de los intereses de los perjudicados que aconsejaba, sin lugar a dudas, la elección de la vía judicial expresamente instrumentada por la ley; y c) que el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina no hubiese estimado la excepción de prescripción —luego desestimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo— si el acusado hubiese actuado desde el principio con la debida prontitud y el exigible conocimiento de la *lex artis*.

Quinto.—Demostrado en el fundamento jurídico anterior que concurre, en el caso sometido a enjuiciamiento, el elemento objetivo del delito —no consistente en descubrimiento de secretos— previsto antes en el artículo 360 CP/1973 y ahora en el 467.2 CP/1995, veamos seguidamente si concurre el elemento subjetivo de alguno de los tipos —puesto que son más de uno descritos en una y otra norma—. En el delito de causación de perjuicio al cliente que contemplaba el artículo 360 CP derogado el elemento subjetivo podía ser, indistintamente, la malicia —el «abuso malicioso»— o la negligencia o ignorancia inexcusable, previéndose la misma pena en ambos casos, lo que no dejaba de ser una extraña anomalía. En el delito de deslealtad profesional que hoy aparece configurado en el artículo 467.2 CP/1995 se distinguen, describiéndolas en párrafos distintos dos tipicidades castigadas con penas diversas: la dolosa, para la que lógicamente se reserva una pena mayor, y la culposa que se integra «si los hechos fueran realizados por imprudencia grave». Conviene subrayar la distinta forma como ha sido definido el tipo doloso en la norma derogada y en la vigente. El artículo 360 CP/1973 aludía al perjuicio causado «con abuso malicioso» del oficio de abogado o procurador; por su parte, el párrafo primero del artículo 467.2 no utiliza para caracterizar la acción u omisión el adjetivo «malicioso» ni otro alguno que se le parezca, aunque es evidente que el tipo descrito en él es de naturaleza dolosa puesto que el culposo aparece singularizado en el párrafo siguiente. Estas distintas definiciones del tipo doloso nos ponen de relieve que mientras en el previsto en el viejo artículo 360 el dolo del autor de este delito tenía que ser directo —pues no otra cosa significa la malicia— en el previsto en el actual artículo 467.2, párrafo primero, no es preciso que tenga aquella nota diferenciadora pudiendo ser también eventual. De ello se deduce que, habiendo realizado el acusado la conducta que se le imputa bajo la vigencia del CP/1973, la misma sólo sería subsumible en el tipo doloso del artículo 360 de haber concurrido «malicia», es decir, propósito directo de causar el perjuicio que efectivamente ocasionó. No creemos estar ante un comportamiento doloso de esta índole. El acusado

pudo prever, por supuesto, que su desatención y sus desaciertos podrían originar una grave demora en el reconocimiento y efectividad de los derechos de sus clientes e incluso provocar la definitiva pérdida de tales derechos. Cuando se avino a negociar una transacción claramente perjudicial para sus clientes, no sólo se «pudo» representar el daño que la misma implicaba, sino que necesariamente se le «tuvo» que representar. Y es harto difícil que no fuese consciente de que estaba perjudicando a sus clientes durante el año largo que tuvo en su despacho una cantidad que les pertenecía –aunque no fuese ni la cuarta parte de la que luego se comprobó que les correspondía– pues no es verosímil que en el despacho del acusado estuviese olvidada, entre los papeles de un expediente, la no desdeñable suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas. No obstante, este nivel de consciencia que al acusado atribuimos, relativo a la posibilidad e incluso a la vehemente probabilidad de causación de un perjuicio a sus clientes, no nos parece que sea suficiente para integrar el dolo directo que sería necesario para reprocharle un «abuso malicioso» de su profesión. Dicho grado de consciencia nos permite afirmar, sin duda alguna, la existencia de una culpa con previsión o, lo que es igual, la concurrencia como mínimo de la «negligencia o ignorancia inexcusable» del tipo culposo de prevaricación profesional que castigaba el artículo 360 CP/1973. Ahora bien, esta norma que, en principio, consideramos es la aplicable al caso de autos –porque era la vigente cuando los hechos se perpetraron y porque, como hemos visto, parece resultarle más favorable en tanto no permitiría conceptualizar la conducta como dolosa sino como meramente culposa– prevé una pena más grave que la establecida para la deslealtad profesional culposa en el segundo párrafo del artículo 467.2 CP/1995. Todas las conductas comprendidas en el derogado artículo 360 estaban sancionadas con penas de suspensión y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, teniendo la pena de suspensión, que en el presente caso sería naturalmente de la profesión de abogado, una duración que podría oscilar entre un mes y un día y seis años, según los artículos 30 y 42 CP/1973. Frente a esta previsión, el delito de deslealtad profesional por imprudencia grave se encuentra castigado, en el segundo párrafo del artículo 467.2 CP/1995 con penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años. Prescindiendo de la pena de multa –que puede ser objeto de una prudencial individualización– es claro que la privativa de derecho establecida en la norma vigente es sensiblemente más suave que la de la norma derogada. Ello nos conduce finalmente a subsumir la conducta del acusado en el párrafo segundo del artículo 467.2 CP/1995 y a considerarla constitutiva de un delito de deslealtad profesional por imprudencia grave.

(Sentencia de 31 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 468

### *Ampliación de acciones típicas respecto al Código derogado: quebrantamiento de custodia policial*

Tercero.–(...) A) Ciertamente en principio cabe que exista un delito del artículo 468 en los casos en que un detenido por la Policía se fugue, como consecuencia de la evidente ampliación del tipo penal, con relación a lo que disponía el artículo 334 CP anterior, ampliación que se ha producido en un doble sentido:

- 1.º Eliminando la expresión «el sentenciado o preso» que servía para definir el sujeto activo en esos delitos.
- 2.º Ampliando el número de situaciones penales o procesales que permiten la comisión de estos hechos delictivos, agregando a las del anterior artículo 334 las medidas de seguridad y las cautelares.

Con esta ampliación los detenidos por decisión policial, antes de que haya ninguna resolución judicial al respecto, si quebrantan la custodia o la conducción a que están sometidos, pueden incurrir en esta figura delictiva del artículo 468, cuando en esas mismas circunstancias el hecho era atípico conforme a los más estrictos términos en que se expresaba el anterior artículo 334.

B) También es cierto que, lo mismo con el CP actual que con el precedente, al tratarse, en estos casos de delitos de resultado, si se inicia la ejecución del hecho delictivo y la consumación no se produce, caben formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada según los conceptos del CP/1995.

Por tanto, en cuanto a la configuración legal de lo dispuesto en el artículo 468 CP vigente, no hay obstáculo alguno para que este delito se hubiera podido cometer en el caso presente.

(Sentencia de 22 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 469

*Concepto de quebrantamiento y concurrencia de fuerza en las cosas: existe el delito aunque los fugados sólo pretendieran ausentarse durante unas horas; bien jurídico equivalente a la efectividad de las resoluciones judiciales*

Primero.—(.) El relato de hechos probados, intangible en esta vía casacional, pone de relieve, en la fecha del relato que ambos acusados «cumplían sendas penas de prisión en la Sección Abierta del Centro Penitenciario Sevilla-II» y «decidieron ausentarse subrepticamente del establecimiento durante unas horas». «Se descolgaron con auxilio de unas sábanas anudadas por la ventana de su celda, accediendo así al patio de la Sección...», penetraron en el departamento de papelería y por otra ventana salieron al exterior. Ello ocurre sobre las 23 horas del 27 de marzo de 1997, siendo detenidos por la Guardia Civil «sobre las 5.45 horas del día siguiente...».

Se añade, también, que ambos acusados fueron clasificados en tercer grado de tratamiento con efectos de 21 de enero de 1997 y tenían sus respectivos expedientes de libertad condicional elevados al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Entiende el Tribunal de instancia como argumentación de su fallo absolutorio, que el delito de quebrantamiento de condena es esencialmente doloso y exige la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena. Curiosamente a pie de página en la sentencia y como nota 1 señalan los tratadistas que entienden que no debe estimarse el delito cuando el sujeto tiene intención de reintegrarse al lugar de cumplimiento, al menos en un plazo que no equivalga a esa frustración efectiva.

Añade la impugnada resolución que las antiguas Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1885 y 22 de junio de 1888, se oponen a dicha tesis pero se dictaron en aplicación del Código Penal de 1870, que incluía tal infracción en la Parte General, moviéndose en la línea contraria las Sentencias de 15 de junio de 1875 y 6 de febrero de 1907 y la más moderna de 2 de diciembre de 1976.

Se añade que por tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, el bien jurídico protegido es la efectividad de los pronunciamientos de la autoridad judicial en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas —Sentencia de 26 de marzo de 1984— y ello no resulta comprometido por una ausencia deliberadamente fugaz del Centro carcelario.

En cuanto al nuevo Código, el quebrantamiento de la condena a pena de arresto de fin de semana no se produce hasta que el condenado incurre en la segunda ausencia injustificada.

Por último, se refiere a nuestro ordenamiento a diferencia con otros europeos y a las críticas suscitadas por la doctrina al respecto.

Segundo.—Este Tribunal tiene que disentir de la Sala de instancia, en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, nuestro Código Penal vigente ha sido aprobado por el Parlamento de una sociedad democrática y por una mayoría exigida, dada su naturaleza de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. La doctrina tiene una importante función de interpretar, dosificar e incluso provocar la reforma futura, pero el principio de legalidad es exigencia de un Estado de Derecho.

La literalidad del artículo 469 no ofrece dudas de su aplicabilidad al supuesto traído a la censura casacional. Se trata de sentenciados y presos que se fugan del lugar de reclusión haciendo uso de fuerza en las cosas. No cabe duda de que los acusados, ahora recurridos, se han fugado del lugar de reclusión y ello se proclama con el intangible *factum*: «Ambos cumplían sendas condenas de prisión en la Sección Abierta del Centro Penitenciario Sevilla-II, decidieron ausentarse subrepticamente, durante unas horas» y con la serie de operaciones que el hecho probado describe aparecieron en el exterior y «se dirigieron a la barriada de Torreblanca». Ambos eran conscientes de que cumplían una pena de prisión y no podían escaparse y, pese a ello, quebrantaron su condena en el sentido literal del verbo y del sustantivo denominador del delito. Quebrantamiento, según el Diccionario de la Real Academia es «acción y efecto de quebrantar» y por tal debe entenderse, «romper, separar con violencia las partes de un todo». La doctrina jurisprudencial ha estimado pues para su existencia, como presupuesto ineludible y necesario, una condena anterior, ya que para estimar quebrantada una condena es preciso partir de que ésta exista y se encuentre en trance de ejecución.

La expresión de «fuerza en las cosas» se utiliza en el propio Código en los artículos 237 y 238, referidos al robo, como una modalidad frente a la otra de violencia o intimidación en las personas.

La fuerza en las cosas aparece cuando concurre alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 238 en sus cinco números.

Pues bien, en el caso enjuiciado concurre. En primer lugar, las circunstancias indicadas en el precepto —artículo 469, como antes en el artículo 335 del texto de 1973— y no constituyen formas de ejecución del delito, sino de agravación de la pena cuando concurren y sin perjuicio de los delitos que se cometieran, como señaló la añeja sentencia de este Tribunal de 6 de diciembre de 1913. Así, aunque la «fuerza en las cosas» se haya determinado por la doctrina y la jurisprudencia circunscrita tan sólo a la denominada fractura inmobiliaria, ello concurre en este caso. El hecho probado describe que para alcanzar el exterior en su fuga del Centro Penitenciario, tuvieron que levantar con una barra metálica, a modo de palanca la parte inferior de la alambrada. Tal actuación supone empleo de fuerza, en el sentido literal del término. Utilización de fuerza física, como se ha configurado por esta Sala en su equivalencia con la *vis phisica*, para negar el «escalamiento», que indudablemente concurrió, pero que ha sido negado en el quebrantamiento de condena —ver Sentencia de este Tribunal de 30 de marzo de 1987—. En resumen, concurre la *vis in rebus* en el sentido genérico y no vinculado conceptualmente como se define en el delito de robo y la fuga en cuanto hace uso de esta fuerza en las cosas.

En resumen, concurre la acción típica en cuanto los hechos son subsumibles en el artículo 469 del vigente texto legal.

El deber de permanencia en el establecimiento penitenciario hasta su liberación constituye una obligación *ex lege*, en cuanto recogida en el artículo 4.1 a) Ley General Penitenciaria y se trata de dos sentenciados que se fugan del lugar de reclusión utilizando fuerza en las cosas, quebrantando así su condena.

Tercero.—Pero esta Sala no sólo ha utilizado su propia argumentación, sino que no está conforme con la utilizada por la Audiencia.

Que el delito sea doloso, no quiere decir, como hace el Tribunal de instancia, con un salto mental al vacío, que exige la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena. Los acusados conocían sobradamente que cumplían una pena de prisión, privación de libertad deambulatoria y violaron, quebrantaron, en suma, tal limitación utilizando la fuerza en las cosas. La ubicación del precepto en el Título XX del Libro II «Delitos contra la Administración de Justicia» y en concreto en su Capítulo VIII, «Del quebrantamiento de condena», nada específica del tiempo, de la duración que ha de alcanzar tal quebrantamiento. En el supuesto enjuiciado, existe una ruptura, un quebrantamiento, importa poco, sea definitivo o temporal, de su situación de restricción de libertad. Tal ruptura se ha producido contra la efectividad de un pronunciamiento de resolución judicial en orden al cumplimiento temporal de determinadas penas o medidas. Como señaló la Sentencia de este Tribunal de 9 de octubre de 1991, se ha producido una perceptible mutación de la realidad exterior, el cambio de la restricción, coacción y limitación deambulatoria por otra de libertad.

Reconoce la Audiencia que antiguas sentencias se oponen a su tesis, lo que no le impide hacer su hermenéutica. Ahora bien, las repudia por referirse al texto de 1870, lo que no le impide utilizar otras de aplicación de tal Código, de 1875 y 1907, favorables a su tesis. Mas ambas resoluciones carecen de fuerza suasoria, porque una fue de tal brevedad y excepcional en el repertorio jurisprudencial y la otra cumpliendo órdenes del Director. No puede apoyarse la Sentencia recurrida en la más moderna de 2 de diciembre de 1976, porque hace ineficaz e ilusoria la pena, no consiste en no ampliarla en absoluto, sino no ampliarla en la extensión y contenido con que viene establecida.

Igual rechazo ha de merecer la interpretación en base al bien jurídico, porque el bien jurídico como equivalente a la efectividad de los pronunciamientos judiciales, a que se refiere la Sentencia de 26 de marzo de 1984, resulta lesionado y alterado por ausencias del cumplimiento efectivo de la restricción de libertad.

Finalmente, la tesis del arresto de fin de semana del artículo 37.3, resulta contraria a la tesis del órgano *a quo* por la regla hermenéutica de *inclusio unius, exclusio alterius*. El estimar en el asunto de fin de semana delito de quebrantamiento de condena, en cuanto ordena al Juez de Vigilancia, a deducir testimonio, a partir de la segunda falta demuestra palmariamente que para las otras penas privativas de libertad se sigue la regla general, de cualquier quebrantamiento efectivo de la condena. Además, es distinta la situación del arresto de fin de semana, que voluntariamente ha de acudir a su cumplimiento periódicamente, al preso privado de libertad, que incumple su condena sustrayéndose a la limitación de la libertad impuesta.

El motivo debe ser acogido.

(Sentencia de 15 de febrero de 1999)

## ARTÍCULO 527.1

*Supuestos de atipicidad: transcurso de más de un año desde la declaración de útil y más de tres años desde el reconocimiento de objetor hasta el día en que debía presentarse a cumplir la prestación*

Segundo.—No sería exacto decir que bajo la vigencia de la Ley 48/1984 y de los Reglamentos que la desarrollaron existiese una situación normativa no suficiente-

mente clara. El marco trazado por aquellas disposiciones para el ejercicio legítimo del derecho a la objeción de conciencia y el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, así como las normas penales que sancionaban las más graves conductas contrarias al ordenamiento jurídico vigente en esta materia, podían ser considerados tan fácilmente inteligibles como la seguridad jurídica exige. No obstante, la evolución sociocultural a que nos hemos referido, a la que evidentemente no son insensibles los intérpretes y los operadores jurídicos, ha provocado en la práctica ciertas contradicciones en la aplicación de aquellas normas, susceptibles de generar zonas de relativa inseguridad para el comportamiento ciudadano concernido por las mismas. Concretamente, la situación de disponibilidad para la prestación social sustitutoria, que es el presupuesto para que pueda cometerse el delito previsto en el artículo 527.1.º CP –la falta de incorporación al servicio asignado al objetor– ha sido objeto de interpretaciones dispares no siempre –hay que reconocerlo– sólidamente justificadas. A terminar con este estado de cosas, que aun afectando a un ámbito de la realidad social caracterizado por su transitoriedad no puede lógicamente prolongarse ni aun temporalmente, ha venido la Ley 22/1998 cuyo artículo 8 establece taxativamente: «La situación de disponibilidad comprende desde que el solicitante obtiene la consideración legal de objetor de conciencia hasta que inicia la situación de actividad. La duración máxima de la situación de disponibilidad será de tres años. Transcurrido dicho plazo sin que el objetor hubiese iniciado la situación de actividad por causas no imputables al mismo, pasará directamente a la situación de reserva». Y como en la disposición transitoria segunda del nuevo Texto se dice que «El régimen jurídico de la prestación social sustitutoria, previsto en esta Ley, será de aplicación a los objetores de conciencia que, habiendo sido reconocidos como tales con anterioridad a su entrada en vigor, tuvieran pendiente el cumplimiento de la prestación social», esta Sala entiende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/1998, el aplicador del derecho tiene un criterio de interpretación de la norma al que debe inexcusablemente atenerse: el pase a la reserva se habrá producido o se producirá en adelante a los tres años de haberse obtenido la consideración legal de objetor sin que el declarado tal haya iniciado la situación de actividad por causas que no le sean imputables, lo que quiere decir que si, transcurrido aquel plazo, no se presentó o no se presenta en el futuro para cumplir el servicio asignado, la conducta habrá de ser considerada atípica. A lo que debe agregarse que la conducta será igualmente atípica y no punible: a) cuando sea apreciada alguna de las causas de exención o aplazamiento reguladas por ahora en el Reglamento de 24 de febrero de 1995, o que se regulen en el futuro Reglamento previsto en el artículo 9 de la Ley; y b) cuando se trate de un objetor reconocido antes de la entrada en vigor del Reglamento de 24 de febrero de 1995 y declarado útil para la prestación social sustitutoria, que no hubiese iniciado su actividad, por causa que no le sea imputable, en el plazo de un año desde la declaración de utilidad, toda vez que este objetor estaría amparado por lo dispuesto en el artículo 32.2 del Reglamento de 15 de enero de 1988 que establecía, para la situación de disponibilidad, «una duración máxima de un año desde que los objetores sean declarados útiles para realizar la prestación». En cualquier otro caso, la conducta habrá de ser considerada típica y punible.

(Sentencia de 2 de enero de 1999)

*No procede el estado de necesidad al no haber conflicto con el derecho a la libertad de conciencia o ideológica*

Primero: (...) El estado de necesidad presupone una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario acudir a la realización de un mal para

librarse del mal que amenaza. Cuando el mal que se causa es de menor entidad valorativa, el estado de necesidad opera como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, cuando los bienes son de igual entidad.

No es fácil presentar como situación de conflicto, como hace el recurrente, la situación que describe, la libertad ideológica y la Prestación Social Sustitutoria.

Con carácter general el Tribunal Constitucional, STC 55/1996, de 28 de marzo, ha declarado que la libertad ideológica no resulta por sí sola suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos.

El derecho fundamental a la libertad ideológica tiene previsto en su propia proclamación limitaciones que el artículo 16 CE concreta en las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. El orden público no debe ser entendido exclusivamente como perturbación de orden material, sino que va referido a un significado jurídico institucional comprensivo de los intereses y fines generales y básicos que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado (cfr. STS 27-6-1997). Consecuentemente, las limitaciones del derecho fundamental a la libertad de ideología pueden ser articuladas en torno al mantenimiento del orden público.

La constitucionalidad de la Prestación Social Sustitutoria ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, cuando ha conocido de los recursos de amparo interpuestos (cfr. STC 321/1994, de 28 de noviembre, entre otras) y al declararse la constitucionalidad de la Ley Orgánica 48/1984 que desarrolla el artículo 30.2 CE en lo atinente a la Prestación Social Sustitutoria, actualmente regulada por Ley 22/1998, de 6 de julio. En la STC 160/1987, que afirma la constitucionalidad de la regulación legal de la Prestación Social Sustitutoria, además de reiterar la imposibilidad de alegar motivos de conciencia para justificar el incumplimiento de una Prestación Social Sustitutoria que deriva de una previsión constitucional, señala que la Prestación Social Sustitutoria «constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas...».

3. La previsión de una Prestación Social Sustitutoria, precisamente para presentar una alternativa al Servicio Militar Obligatorio, no puede ser incumplida con la justificación del ejercicio de un derecho a la libre ideología, pues de esa manera se frustraría el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado (cfr. STS 21-3-1998).

En consecuencia, la Prestación Social Sustitutoria —que se estatuye en el mismo nivel de exigencia de colaboración a la defensa nacional que el Servicio Militar Obligatorio— no puede verse frustrada por la convicción de una persona que antepone su ideología a la obligación, constitucionalmente declarada y protegida por el ordenamiento jurídico, de colaborar a la defensa nacional.

(Sentencia de 15 de enero de 1999)

## ARTÍCULO 550

### *Atentado contra la Autoridad. Intimidación sin agresión física: delimitación con delito de resistencia*

Cuarto.—(...) Se dice que el hecho no debió sancionarse como delito de atentado, sino como otro de resistencia a agentes de la Autoridad.

Ciertamente hubo resistencia (y desobediencia) cuando el acusado se negó a entregar el arma que portaba ante los requerimientos de los dos agentes de la Policía local que, debidamente uniformados, acudieron al lugar de los hechos y se encontra-

ron, ya en la calle, al acusado que amenazaba con el revólver a varias personas que allí se encontraban.

Pero hubo algo más que una mera resistencia cuando José Miguel, al ser requerido en la forma antes expuesta, puso el arma junto al estómago de uno de esos dos policías urbanos y, al ver cómo el compañero de patrulla sacaba su arma y la colocaba en posición de disparo, encañonó a éste, conminándose mutuamente, los dos agentes por un lado y José Miguel por otro, para que dejaran sus armas respectivas, manifestando incluso el acusado que era guardia civil, lo que era falso. El incidente acabó cuando, ante la gravedad de los hechos, llegaron al lugar otras patrullas de la Policía Municipal, lo que obligó a desistir a dicho José Miguel en su grave atentado contra el principio de autoridad.

No nos hallamos ante la figura agravada de atentado del artículo 232.1.º CP 1973, que requiere agresión con armas, pues, como bien dice la sentencia recurrida, no cabe hablar de agresión cuando se trata de mera intimidación sin acometimiento físico.

Pero sí nos encontramos ante el tipo de atentado simple (no agravado) del núm. 2.º del artículo 231 CP 1973 (550 CP 1995), penado en el último párrafo del 232, en su modalidad de intimidación grave contra agente de la autoridad, pues, como se dice por la Audiencia (fundamento de derecho 5.º), esa doble amenaza a los dos policías locales, dirigiendo el arma, primero contra uno y luego contra otro, manteniéndose en tal postura incluso durante algún tiempo frente a los dos agentes que, a su vez, esgrimía cada uno otro arma semejante en sus manos, constituye un comportamiento de intimidación de importancia evidente que merece la consideración de grave, correctamente encuadrado en tal artículo 231.2.º.

En estos casos de intimidación sin agresión física, la diferencia entre el atentado y la resistencia (o desobediencia grave) viene determinada, en definitiva, por las circunstancias concretas del caso (Sentencias de 20-6-1979, 4-3-1985, 18-1-1988 y 17-10-1989, entre otras), siendo las del presente reveladoras de una conducta activa de acometimiento, aunque no se alcanzase el grado de agresión física, más que de una mera actitud pasiva de resistencia o de desobediencia.

Hubo, pues, un verdadero y propio delito de atentado.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

*Quedan excluidos de la consideración de delito de atentado, en virtud del principio de proporcionalidad, las acciones de escasa gravedad: lanzar patada sin alcanzar a nadie*

Primero.—(...) Como señala la Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1996 el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad, rigor incluso incrementado para el tipo básico en el Código Penal de 1995, «imponen una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad, lo que obliga a excluir aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término».

Aplicando dicha doctrina al caso actual el motivo debe ser estimado.

En efecto, la acción calificada como delito de atentado a la Autoridad por la Sentencia de instancia se concreta en el relato fáctico en el hecho de que en el curso de una discusión habida en una taberna de la localidad de Potes (Cantabria), el acusado lanzó a su oponente una patada que ni siquiera llegó a alcanzarle. Este nimio acontecimiento de la vida cotidiana no puede alcanzar la relevancia típica del delito

de atentado por la mera circunstancia de que el denunciante hubiese ocupado en el pasado la Alcaldía de la pequeña localidad de Camaleño y de que en el origen de la discusión se encontrase una queja del acusado por estimar excesivas unas determinadas tasas, pues ello determinaría una extensión desmesurada –en el tiempo y en el contenido– de la tutela del principio de Autoridad desbordando notoriamente las necesidades de protección del bien jurídico tutelado, y vulnerando con ello el principio de proporcionalidad y el recto entendimiento del sentido y finalidad del precepto penal aplicado.

(Sentencia de 19 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 556

*Delito de resistencia versus delito de atentado: dar patadas a policías dentro de vehículo policial. La escasa gravedad del comportamiento activo hace que estemos ante delito de resistencia*

Segundo.–(...) Debe recordarse a modo de antecedente que el deslinde entre la figura del atentado cometido a medio de resistencia grave del artículo 231 del anterior Código, y el delito de resistencia del artículo 237 del mismo Texto se efectuaba en base a la existencia de comportamientos activos del acusado, de suerte que presentes éstos, la calificación debía ser la de atentado, en tanto que la figura residual de la resistencia del artículo 237 quedaba reducida a toda oposición al mandato del agente de la autoridad que fuera pasiva e inerte, pasividad que constituía la obstaculización a la acción de los poderes públicos, pero sin contabilizar actividad opositora alguna.

Tal interpretación jurisprudencial, fue censurada por la doctrina científica en la medida que con ella se efectuaba una interpretación extensiva de la figura de atentado frente al de resistencia, que, además del carácter residual respecto del delito de atentado, que la propia dicción del tipo penal le otorgaba «... los que sin estar comprendidos en el artículo 231...» sufría una reducción de su contenido en virtud de tal interpretación jurisprudencial que alojaba todo comportamiento activo y agresivo dentro de la figura del atentado reservando la figura de la resistencia para los comportamientos pasivos, con olvido de que se daban con frecuencia comportamientos activos de resistencia que no podían ser calificados como de acometimiento, y que por su escasa gravedad, no obstante la actividad opositora, debían ser calificados como delito de resistencia.

Como exponente de esta rigurosa línea jurisprudencial se pueden citar las SSTs de 20 de mayo de 1994 y de 23 de marzo de 1995, entre las últimas dictadas.

No obstante, tal rigor se atemperó en la Sentencia de 3 de octubre de 1996 –número 665/1996– en la que se dio entrada dentro del delito de resistencia a determinados comportamientos activos del individuo que no podían calificarse de acometimiento –se trataba de puntapiés dados a los agentes por quien ya había sido reducido–, criterio que se confirmó en la STS de 11 de marzo de 1997.

Tal modificación interpretativa ha recibido sanción legal en la actual definición de atentado y resistencia prevista en los artículos 550 y 556, respectivamente.

En el artículo 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir queda definido por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia, dada su condición residual en su actual deslinde con el delito de atentado, debe ir definido no sólo por la nota de la pasividad –criterio del anterior Código en la interpretación jurisprudencial citada–,

sino también y principalmente por la nota de la no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activo.

En el caso enjuiciado, el *factum* de la Sentencia recoge que Víctor R., tras ser detenido e introducido en el turismo policial «... agredió dando patadas sufriendo diversas erosiones los policías...».

De conformidad con la doctrina expuesta y a la vista de la actual descripción del delito de atentado del artículo 550, es obvio que se está en presencia de un comportamiento activo –dar patadas– que no reviste gravedad tanto por el hecho en sí, como por el momento de esta actitud, tras ser detenido e introducido en el vehículo policial. Tal acción no merece la calificación de atentado, y por el contrario debe derivarse la calificación penal al tipo residual del delito de resistencia del artículo 556 como se calificó por la Sala sentenciadora.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

## ARTÍCULO 563

### *Norma penal en blanco: no es arma prohibida un machete de 40 cms de hoja*

Segundo.–Es cierto que la nueva regulación del tipo penal supone una importante ampliación respecto de lo que se decía en el antiguo artículo 254 del Código de 1973. Si antes sólo se hablaba de «armas de fuego», ahora se comprenden, además, las denominadas «armas prohibidas», lo que necesariamente obliga, dentro del contexto de lo que es un delito en blanco, a acudir a las correspondientes normas administrativas.

El Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto núm. 137/1993, de 29 de enero, en su Sección 4.ª del Capítulo Preliminar, relativa a armas prohibidas, contiene una extensa enumeración y descripción de las mismas, que, en virtud de la prohibición de la interpretación extensiva del tipo, debería considerarse cerrada, sin perjuicio de lo que a continuación se aclarará. Así, en relación a armas blancas, el artículo 4.1 f) prohíbe la tenencia de los bastones-estoque, los puñales (que define como armas blancas de hoja menor de 11 cm, de dos filos y puntiaguda) y las navajas automáticas.

Sin embargo tal descripción no agota todos los supuestos del Reglamento en lo que se refiere ahora al caso que se juzga. Porque el artículo 4.1 h) añade, a lo anterior, la prohibición de «cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas», después de referirse, también expresamente y entre otros, a las defensas de alambre o plomo, las llaves de pugilato, los tiragomas y las cerbatanas perfeccionados.

Tercero.–Quiere decirse entonces, desde el momento en que la tenencia en sí no es discutida, que el problema a debatir aquí es, de un lado, la calificación que, a la vista de lo expuesto, haya de merecer el machete de 40 centímetros de hoja ahora cuestionado, y, de otro, si la expresión analógica antes dicha puede acoger a supuestos concretos de instrumentos, fuera de los expresa y prolijamente designados con anterioridad.

Al respecto conviene señalar la definición que gramatical y etimológicamente corresponda a tal arma, pues ello determinará, en su caso, el que se pueda o no estimar al machete instrumento peligroso, como base para formar parte, en ese caso, de las armas prohibidas a las que la norma se refiere, y siempre que el supuesto analógico tuviera acogida en términos de pura técnica jurídica.

El machete es, según el Diccionario de la Lengua, «arma blanca, más corta que la espada, ancha, pesada y de un solo filo», aunque en otras naciones hispanoamericanas se le define como «cuchillo grande de diversas formas, que sirve para desmontar, cor-

tar la caña de azúcar y otros usos». A la vista de ello fácil es colegir el carácter peligroso del repetido instrumento.

Cuarto.—Mas la cuestión fundamental, se insiste que en estrictos términos jurídicos, es decidir el sentido y la amplitud que deba darse a la genérica y analógica expresión que el apartado h) del citado artículo 4.1 del Reglamento de Armas contiene.

Por una parte se afirma, no sin cierto fundamento, que el grado de vinculación de la norma penal al Reglamento de Armas no tiene por qué ser absoluto, habida cuenta los principios esenciales que informan el derecho penal. De ahí que, dada la indeterminación del susodicho apartado h), es difícil entender que esa redacción genérica e indeterminada pueda generar la tenencia ilícita de un arma prohibida. Caso contrario desaparecería la ventaja que supone, en aras de la seguridad jurídica, la detallada relación, en supuestos concretos, que el referido precepto contiene.

Pero por otra parte, en el supuesto de que tal tesis fuera la asumible, carecería de sentido la expresión establecida por el legislador en el reiterado apartado h). Es verdad que puede ser indeterminada, pero en cualquier supuesto está ahí por voluntad de quien promulga la ley. Es una expresión analógica, amplia, y claramente redactada como complemento de los casos concretos que con anterioridad expone. Si no queremos incumplir la norma, los jueces quizás no tendríamos más remedio que admitir, como armas peligrosas y, en consecuencia, como armas prohibidas, otros instrumentos que, no contemplados anteriormente de manera expresa, puedan poner en peligro la integridad física de las personas.

Ese podría ser el caso del machete montañero, de los denominados de «supervivencia», detentado por el acusado, que entonces podría ser arma peligrosa por propia naturaleza, arma prohibida por definición legal.

Quinto.—Mas la solución no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer. Desde el punto de vista constitucional nada ha de objetarse a cuanto significan las «normas en blanco» o «normas parcialmente en blanco».

Como dicen las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, 16 de septiembre de 1992 y 5 de julio de 1990, es válida la norma en virtud de la cual la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra totalmente prevista en ella, debiendo, para ello, acudir a otra norma distinta.

Pero, sin embargo, han de cumplirse para ello tres requisitos ineludibles: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada.

De acuerdo con lo expuesto se ha de desestimar el recurso porque, como dice la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 de este Tribunal Supremo, la indeterminación analógica de la norma administrativa impide aplicar a los casos de armas prohibidas más que los supuestos concretos establecidos en el repetido Reglamento de Armas, sin posibilidad de interpretaciones extensivas «contra reo», pues entonces se tergiversa el sentido de las leyes en blanco si, como aquí acontece, el caso concreto que se trae a colación, el machete ya descrito, queda fuera, racional, proporcional y lógicamente, de la analogía prevista.

Frente a las dos posturas indicadas, y dejando aparte el problema de la posible inconstitucionalidad del precepto administrativo ahora cuestionado, en el entorno de su ambigua e indeterminada redacción, frente a tales posturas, repítese, es indudable

la inseguridad jurídica, consecuencia de aquella indeterminación, que se originaría en el caso de estimar el criterio defendido por la parte recurrente.

Ciertamente que el problema es interesante y novedoso. La Sentencia de 1 de junio de 1999 también abordó esta cuestión, casando la absolución de la instancia y condenando en base al repetido artículo 563, con especial mención a un «machete o cuchillo de unos 15 centímetros». Tesis que realmente no entra de lleno en las consideraciones aquí antes analizadas, puesto que se apoya esencialmente en el artículo 5.3 del Reglamento igualmente referido, prohibición de uso, ajeno a las presentes consideraciones.

Es fundamental entender que la cláusula genérica, analógica y de residuo que el Reglamento establece finalmente en el artículo 4.1 h), escapa de la meticulosidad y de la exigencia que el Tribunal Constitucional declara respecto de los requisitos que ha de guardar la norma en blanco para ser válida, eficaz y legal, tal y como más arriba han indicado las Sentencias de dicho Tribunal recogidas.

(Sentencia de 28 de octubre de 1999)

## ARTÍCULO 564

### *Tenencia ilícita de armas. Objeto y bien jurídico protegido*

Tercero.—La tenencia ilícita de armas, como se trasluce de las Sentencias de 26 de noviembre de 1998 y 3 de abril de 1995, es una infracción de mera actividad o de mero riesgo, de carácter eminentemente formal, otros dicen objetiva, que sin embargo precisa de cierta significación subjetiva: 1) el objeto material de la infracción lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para la defensa, si aquélla se encuentra en condiciones de funcionamiento y capaces por eso de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora; 2) el bien jurídico protegido es no sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y un grave peligro que instrumentos aptos para herir, o incluso matar, se hallen en mano de particulares, sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia; y 3) es desde luego un delito de amplio espectro porque se consume con distinta gravedad, en razón de las circunstancias concurrentes, desde la simple posesión, más o menos intrascendente, hasta la posible alteración de la paz social dada la calidad, característica o número de las armas, la personalidad del agente o la presumible finalidad que con la detención se persiga.

En cuanto al estado de funcionamiento que ha de tener el arma poseída, una de las cuestiones más debatidas en esta infracción, ya la Sentencia de 25 de abril de 1994 advertía que la demostración de la idoneidad tiene que estar acreditada de manera fehaciente, inequívoca e incuestionable, de tal manera que si ese acreditamiento no existiera, puede obtenerse semejante conclusión a través de una prueba indirecta. No se trata de buscar el amparo, incorrecto, de la presunción *iuris tantum* sobre el funcionamiento normal de las armas en tanto no se demuestre lo contrario por parte del acusado, no, sino de acudir a datos indiciarios, o circunstanciales, admitidos desde la perspectiva de la legalidad ordinaria o constitucional, en la línea que los artículos 1253 y 1249 del Código Civil prescriben.

El hecho probado es harto elocuente. Conforme al mismo es evidente la infracción cometida y asumida por la Audiencia. El motivo se ha de desestimar.

(...)

Sexto.—(...) La tenencia ilícita necesita del *corpus*, como aprehensión o posesión material, y del *animus*, como intención de poseer. Esta intención, en la línea de lo dicho más arriba, se configura a través del *animus rem sibi habendi* o del *animus domini*. Intención de poseer una cosa como propia o intención de poseer como propietario. Basta con el escueto *animus possidendi* y hasta el *animus detinendi*, esto es la posesión material, sin más, o detentación física. Sabido es que este delito, que lo es «de propia mano» no sólo admite la posibilidad de una posesión exclusiva y excluyente por parte del detentador sino también la tenencia compartida cuando el disfrute plural o disponibilidad común corresponde a distintas personas, incluso como posesión sucesiva, intermitente o rotativa (Sentencia de 22 de septiembre de 1995). En el presente caso el *corpus* fue acompañado de un *animus* manifiesto, puesto que, como resultado de la prueba, el *factum* recurrido reseña la manera con que aquella detentación física se proyectaba. El arma se guardaba cuidadosamente, con cartuchos abundantes de repuesto y con cartuchos en la recámara. Datos elocuentes que hablan de una patente intención de poseer el arma de fuego.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

*Constituye este delito la tenencia de armas cortas de fuego reglamentadas careciendo de licencia o permisos necesarios: existencia que tienen funcionamiento incorrecto pero que serían aptas para disparar con una operación de fácil ejecución (reposición de la aguja percutora)*

Tercero.—(...) Destaca el recurrente, en apoyo de su motivo, que, «para la existencia del tipo penal del artículo 254 es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz potencialmente peligroso del arma»; afirmando que «este peligro no puede reputarse existente en los casos en los que el arma resulta inidónea para el disparo, como sucede aquí», y que «cabe la duda sobre si es cierta la facilidad y sencillez en colocar la aguja percutora».

La Sentencia recurrida dice, en el relato de hechos probados, que el acusado «esgrimió una pistola “Star” semiautomática, número de serie 1311879», y precisa luego en la fundamentación jurídica, completando aquel relato, que, «en el caso presente, la pistola no estaba inutilizada ni tenía un defecto que la hacía inservible», «tan sólo le faltaba la aguja percutora, de suerte que reponiéndola —operación de fácil ejecución— recuperaba su aptitud» [v. F. 2.º b)]. Quiere ello decir, que la resolución recurrida recoge en lo esencial el dictamen pericial que el recurrente cita para demostrar el error de hecho que denuncia, y que, por tanto, no es posible estimar. Bastaría esta constatación para que procediera la desestimación del recurso. Mas como el motivo hace también otro tipo de consideraciones para fundamentar su impugnación, aunque no sean propias del cauce procesal elegido, resulta obligado responder a las mismas para procurar dar al justiciable la tutela judicial efectiva a que tiene derecho (art. 21.1 CE).

El argumento básico de la parte recurrente, desde esta perspectiva, es el de que el tipo penal cuestionado (art. 254 Código Penal 1973) exige que el arma de que se trate «tenga una evidente idoneidad para el disparo», por tratarse de un delito de peligro abstracto, y, a este respecto, los peritos han puesto de relieve «la ineficacia del arma para efectuar disparos»; llegando, finalmente, a poner en «duda» la afirmación de dichos peritos, para quienes es fácil y sencillo colocar la aguja percutora a la pistola de autos.

La Sala de instancia, por su parte, afirma que «en el caso presente la pistola no estaba inutilizada ni tenía un defecto que la hacía inservible», «tan sólo le faltaba la aguja percutora, de suerte que reponiéndola —operación de fácil ejecución— recuperaba su aptitud»; añadiendo que «cuando así sucede, el arma no pierde su condición durante la situación transitoria y su tenedor debe, para no ser sancionado, poseer la guía y la licencia correspondiente» [v. F. 2.º d)].

Sobre la cuestión así planteada, tiene declarado esta Sala que, para la existencia del delito de tenencia ilícita de armas del artículo 254 del Código Penal de 1973 —que ha sido el aplicado en este caso—, «el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, pero precisando que para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo», ya que «la aptitud para el disparo se debe apreciar en forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma». «En la medida en que la dificultad del disparo es reparable, lo que se debe juzgar sobre la base de la experiencia general, y no implica una inutilización definitiva de la misma, su tenencia se subsume en el tipo penal»; correspondiendo «a la parte acusadora demostrar que (el arma) reúne la aptitud necesaria para disparar, requisito que constituye el elemento objetivo indispensable para la configuración del delito», demostración que, en principio, «debe ser acreditada por prueba pericial» (v. Sentencias de 28 de febrero y 10 de abril de 1986, 4 de febrero de 1991, 6 de marzo de 1992, 31 de marzo, 29 de mayo y 15 de julio de 1993, entre otras).

En la Sentencia de 29 de mayo de 1993, se dice sobre el particular que «para la existencia del tipo penal del artículo 254 es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de tal manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz y potencialmente peligroso del arma»; precisando luego que «este peligro no puede reputarse existente en los casos en que el arma resulta inidónea para el disparo, como sucede en el supuesto que examinamos» (el arma se hallaba incapacitada para la realización de disparos por carecer de la biela del disparador); afirmando que «esta deficiencia no puede ser rápida o momentáneamente eliminada ...»; «nos encontramos, por tanto, ante una dificultad para el funcionamiento del arma que en modo alguno puede ser solventada mediante una sencilla reparación, por lo que es verdaderamente apreciable en el hecho probado su absoluta inidoneidad para el disparo, lo que veda la aplicación del artículo 254 del Código Penal».

En el presente caso, ha de reconocerse que la Sala de instancia se ha pronunciado sobre el particular sobre la base del informe pericial obrante en los autos, junto con lo manifestado por los peritos en el acto del juicio oral, donde los policías nacionales núms. ... y ... manifestaron que el arma esgrimida por el acusado el día de autos estaría en condiciones de disparar con el simple cambio de su aguja percutora, operación que calificaron de relativamente sencilla para la que podría utilizarse una punta de ferretería (v. acta juicio oral).

La Sala de instancia, de acuerdo con el parecer de los peritos, ha estimado que la reposición de la aguja percutora de la pistola del acusado era una «operación de fácil ejecución», sin mostrar duda alguna al respecto.

En cualquier caso, el requisito de la idoneidad para el uso del arma debe estimarse con las debidas cautelas, y no ser entendida por posibilidad de uso inmediato y eficaz de la misma, porque, de otro modo, el simple hecho de tenerla desmontada en piezas, o alguna de éstas oculta o en poder de tercera persona, mediando acuerdo al respecto, podría valorarse indebidamente como determinante de la atipicidad de este tipo de tenencia.

De acuerdo, pues, con la doctrina anteriormente expuesta, no cabe apreciar la infracción de ley denunciada.

(Sentencia de 8 de junio de 1999)

## ARTÍCULO 568

*Tenencia de objetos inflamables o explosivos escondidos en un zulo: deducción de propósito delictivo que ya no exige el tipo actual*

Cuarto.—1. Entiende la parte recurrente que no se ha acreditado, en el acto de la vista oral, ni a lo largo del procedimiento la concurrencia del elemento subjetivo exigido por el tipo penal aplicado.

Asimismo señalan los recurrentes que existe una especie de predeterminación del fallo, premeditación lo llaman los recurrentes, ya que existen apreciaciones tales como que la gasolina «pueda ser utilizada como cóctel Molotov» o que los acusados no tenían autorización administrativa para su utilización, cuando bien conoce el Tribunal que dicha autorización no es necesaria en el caso de alguno de los elementos que han sido hallados en el zulo (gasolina, ácido sulfúrico y embudos).

2. El elemento subjetivo del injusto, difícilmente puede ser objeto de prueba directa salvo en los casos de manifestación espontánea de los acusados reconociendo los hechos y explicando sus motivaciones. Fuera de estos supuestos, este componente subjetivo del tipo sólo puede evidenciarse a través de elementos de juicio o inferencias realizadas por el órgano juzgador en función de los factores objetivos que aparecen perfectamente acreditados y que sirven de soporte para su adecuada inducción.

Los recurrentes no niegan ni combaten la realidad de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, en cuanto que acuden a la vía del error de derecho, por lo que debemos centrarnos en comprobar si, de su concurrencia, puede derivarse la existencia de una ulterior finalidad delictiva, aunque en el tipo vigente (artículo 568) se ha eliminado cualquier referencia o exigencia de un ulterior propósito delictivo que se contenía en el antiguo artículo 264. Situándonos en la postura más favorable a los acusados, debemos exigir la existencia de este propósito delictivo que va más allá de la simple tenencia que ya es suficiente, en el Código actual, para la consumación del delito.

Este propósito delictivo de carácter finalista aparece perfectamente dibujado en supuestos, como el presente, en el que los tenedores de los objetos inflamables o explosivos se valen de un zulo para guardarlo, teniendo en cuenta las innegables y generalizadas connotaciones que se derivan del hecho de tener en pleno monte un dispositivo idóneo para almacenar estas sustancias. No se construye un agujero de estas características en una zona absolutamente disimulada del bosque para la simple tenencia de estos materiales. Su ubicación y características, ponen de relieve que estas sustancias se pensaban dedicar, por los acusados o por terceras personas, sabiéndolo ellos, a realizar actuaciones delictivas.

En relación con las sustancias o efectos cuya posesión no requería una previa autorización de las leyes o de la autoridad competente, como la gasolina, el ácido sulfúrico, la botella y los embudos, es evidente que su tenencia en las circunstancias en que se describen en el hecho probado, unida a la existencia de un explosivo tan fuerte como el amonal y de un detonador eléctrico, nos llevan a la conclusión de que su uso final iba a ser combinado, en forma de cócteles molotov u otro artefacto incendiario de características semejantes. El hecho de que su posesión separada no constituya delito ni necesite de autorización, no impide que comprobada su existencia y la finalidad de la tenencia, lleguemos a considerar que nunca se habría obtenido la autorización de la tenencia en condiciones y circunstancias semejantes a la que nos ocupa. Del mismo modo que la tenencia en regla y perfectamente autorizada de una escopeta de caza, se convierte en delictiva si su propietario o titular le recorta los cañones, esta posesión conjunta cuando sus titulares la disponen de la forma en que aparecieron y en el lugar en que estaban

depositadas, se puede concluir lógica y razonablemente que su finalidad era construir objetos inflamables lo que la convierte en ilegal y por tanto delictiva.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

*Delito de peligro abstracto. No exigencia de propósito delictivo. Desproporcionalidad de la pena*

Primero.—(...) El delito contemplado en el artículo 568 del nuevo Código Penal presenta un aspecto objetivo de tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes y el bien jurídico que su existencia pretende proteger es la seguridad pública. Como tal es un delito formal o de simple actividad, que no requiere para existir que se produzca un resultado dañoso para esa pública seguridad, sino que es de peligro abstracto y su comisión sólo puede ser dolosa, por lo que no se recoge en el texto legal la posibilidad de un delito culposo, y se precisa para su comisión de un ánimo de atentar contra ese bien jurídico (Sentencia de 15 de octubre de 1998). En el presente caso no se puede acoger que la cantidad en cuya tenencia se encontró al acusado no tuviera suficiente potencial lesivo, toda vez que se trataba de las cantidades de 1.655 gramos de nagolita, 2.320 gramos de goma-2 EC y 31 detonadores, con lo que objetivamente constituían un riesgo contra la seguridad pública. No estaba cubierta tal tenencia por la autorización que había obtenido la empresa para la que el acusado trabajaba, pero que no alcanzaba a la posterior y subrepticia tenencia que sobre explosivos y detonadores estableció él mismo y bastando la existencia de esa simple tenencia no cubierta por autorización al efecto, y con el riesgo anejo de explosión, para constituir un ataque al orden público.

Sin embargo, y aunque claramente el texto del nuevo Código en comparación con el artículo 264 del precedente, suprime la exigencia del propósito delictivo de la tenencia, elemento cuya prueba era dificultosa, y tampoco subsista la posibilidad de que el Tribunal apreciara las circunstancias del culpable y del hecho y la gravedad de este último para rebajar la pena en uno o dos grados, pudiendo, por tanto llegar al mínimo de la anterior pena de arresto mayor, en el presente caso parece desproporcionada la penalidad correspondiente al hecho cometido en relación con la finalidad que, en los hechos probados, se dice perseguía el acusado por lo que, aunque se debe rechazar el motivo, esta Sala estima procedente proponer se beneficie de un indulto parcial reductor de la pena.

(Sentencia de 16 de julio de 1999)

## ARTÍCULO 577

*Ámbito de aplicación: delimitación frente al artículo 573*

Segundo.—Ahora bien, una correcta interpretación del artículo 577 CP de 1995 y la subunción de los hechos declarados probados en el tipo penal del mismo Texto que enseguida veremos, pone de relieve que la ley más favorable a la recurrente es la vigente. El artículo 577 no es aplicable en el presente caso, no sólo porque el sujeto activo del delito en él previsto no debe pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y de los autores de los hechos enjuiciados se dice en la declaración probada que estaban «encontrados en la organización terrorista ETA», sino porque aquéllos no cometieron el delito de estragos —ni otro alguno de los enumerados en el tipo— tal como aquel delito aparece definido en el artículo 346 CP de 1995. Es un elemento objetivo del tipo de estragos, en efecto, que los mismos comporten «necesaria-

mente un peligro para la vida o integridad de las personas». El empleo del adverbio «necesariamente» debe ser interpretado como exigencia de un riesgo para las personas inexorablemente unido a la acción destructiva, que no podrá ser normalmente presumido o supuesto sino objeto de una valoración del juzgador expresada como hecho probado. Nada se dice en el *factum* de la sentencia recurrida sobre el peligro para la vida o integridad de las personas que pudieron comportar las explosiones provocadas por los acusados, por lo que, no habiéndose cometido el delito de terrorismo mediante la producción de unos estragos, tal como hoy se encuentra definida esta figura delictiva, no pueden ser incardinados los hechos en el artículo 577, por la misma razón que tampoco hubieran podido serlo en el 571 cuya aplicación postuló en la instancia al Ministerio Fiscal. El precepto del nuevo Código Penal en que sí pueden y deben ser subsumidos los hechos enjuiciados es el artículo 573 en que están previstas y castigadas, entre otras conductas, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, su fabricación, tráfico y transporte, así como su mera colocación o empleo, cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La aplicación de este tipo penal, conminado con pena de prisión de seis a diez años sí que puede ser considerada más beneficiosa para los acusados que la del artículo 174 bis b) CP de 1973, por lo que esta Sala estima procedente acoger parcialmente los dos primeros motivos del recurso para llevar a cabo dicha aplicación en su segunda sentencia, extendiendo sus efectos a los sentenciados no recurrentes porque así lo exige el artículo 903 LECrim. Conviene añadir, por último, que aun no habiendo sido debatida en el recurso la procedencia de incardinar los hechos en el artículo 573 CP de 1995, su aplicación en esta sede no es incongruente con los pedimentos de las partes, ni crea indefensión para ninguna de ellas, ni contradice los postulados del principio acusatorio. No siéndole posible a esta Sala dejar intacta la calificación jurídica de los hechos realizada en la sentencia recurrida, en tanto la misma responde a una indebida interpretación de la norma penal aplicada, ni subsumir los hechos declarados probados en la norma que estaba en vigor cuando los mismos ocurrieron, porque ello supondría desoír el mandato contenido en la disposición transitoria primera, segundo párrafo, del Código Penal de 1995, no puede hacer otra cosa, en el ejercicio de su función nomofiláctica primero y jurisdiccional después, sino declarar aplicable el mencionado artículo 573, del que se deducirá por cierto la imposición de penas sensiblemente inferiores a las decretadas en la sentencia recurrida, habida cuenta de que su aplicación no conlleva la introducción de hechos que no hayan sido objeto de debate en este recurso ni, por supuesto, distintos de los declarados probados en dicha sentencia, así como de la innegable homogeneidad que es dable apreciar entre el tipo penal aplicado en la instancia y el que recoge la norma que ahora declaramos aplicable.

(Sentencia de 8 de marzo de 1999)

## ARTÍCULO 617.2

*Dar un fuerte tirón de bolso haciendo caer al suelo a la víctima antes de arrebatarse el bolso: falta de malos tratos*

Segundo.—El precepto referido trata de una de las formas más frecuentes de la delincuencia, aunque lo sean en grado menor, no por eso menos trascendente. Los malos tratos han merecido al legislador un estudio o una consideración diferente, según se produzca la infracción dentro o fuera del ámbito familiar.

Y así, en el ámbito familiar la falta de malos tratos, antes someramente descrita, se agrava en el repetido artículo 617.2 cuando se produzca en ese ámbito familiar. De la misma manera que se convierte aquélla en delito en el supuesto de que, en tal ámbito específico, se produzcan malos tratos físicos habituales, entendiéndose que así acontece cuando se trata de más de dos hechos (artículo 153 del Código Penal).

Ello quiere decir, aparte de que todavía en el día de hoy no existan los malos tratos habituales de carácter psíquico, y al margen del delito de lesiones afectante a la salud mental o incluso del delito de trato degradante con menoscabo grave de la integridad moral (artículos 147 y 173 del Código), ello quiere decir, se repite, que si los hechos acaecen fuera del ámbito familiar, no existe en la legislación vigente ni agravación específica alguna en la falta de malos tratos, ni menos aún el delito de malos tratos habituales, distinción que por lo menos nos resulta incomprensible.

En consecuencia el motivo se ha de desestimar porque el hecho probado de la Audiencia, de obligado acatamiento en la vía procesal escogida aquí, afirma que el acusado le dio un fuerte tirón a la víctima, antes de quitarle el bolso que portaba, «haciéndola caer al suelo sin causarle lesiones». El precepto, pues, estuvo correctamente aplicado por la Audiencia.

(Sentencia de 6 de mayo de 1999)

## ARTÍCULO 633

### *Falta de desórdenes públicos. Delimitación frente al delito: elemento subjetivo del injusto*

Segundo.—La falta de desórdenes públicos que establece el artículo 633 del CP/1995, que repite con ciertas modificaciones la tipificación que contenía el artículo 569 del CP/1973, en la redacción dada por la LO 3/1989, de 21 de junio, es de análogos caracteres al delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 558 del CP/1995, heredero del tipificado en el artículo 246 bis del CP/1973, en la redacción dada por la LO 3/1989, de 21 de junio, siendo la diferencia entre el delito y la falta, según la jurisprudencia (SS. de 31-1 y 6-10-1989) de carácter meramente cuantitativo, por ser la perturbación del orden grave en el delito y la leve en la falta.

En los delitos de desórdenes públicos se sancionan actos dañinos para la paz pública o integrantes de transgresiones del orden de la comunidad. La paz pública equivale al conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, y el orden consiste en la observancia de las reglas que facilitan la convivencia, según la Sentencia de esta Sala de 29-11-1994).

Las figuras de desórdenes públicos tipificadas en el artículo 557 del CP/1995 —sensiblemente coincidente con el artículo 246 del CP/1973— y en el artículo 558 del CP/1995 —análogo al 246 bis del Código anterior— se fijan respectivamente en distintos elementos delictuales. El 557 atiende y define la actividad desordenadora, sin concretar el plano social en el que la misma se ejerce; así señala tal precepto como integrantes de desórdenes la causación de lesiones y daños, la interceptación de vías públicas y la ocupación de inmuebles; y se caracteriza además la figura por la concurrencia de un sujeto plural y de un elemento subjetivo del injusto, definido como «tendencia interna intensificada» en el voto particular de la Sentencia de esta Sala de 25-2-1987, que estriba en el propósito específico de alterar la paz pública.

El artículo 558 del CP/1995 se refiere más bien a los sectores sociales desordenados —define actos y lugares— que a la actividad causante del desorden, y no exige la concurrencia de un sujeto plural, ni de un específico ánimo de alterar la paz pública,

aunque la jurisprudencia de esta Sala ha venido extendiendo tal requisito subjetivo a la figura del artículo 246 bis del CP/1973, antecedente del actual artículo 558.

La determinación de las actividades que originan desorden integrador de la figura del artículo 558 del CP/1995, tiene que verificarse en relación con cada tipo de actividad o lugar afectados, y teniendo en cuenta las valoraciones ético-sociales vigentes. En relación a las audiencias de Juzgados y Tribunales, a los actos públicos propios de una autoridad o Corporación y a los Colegios electorales, el desorden consistirá en la transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias, los actos de las autoridades o corporaciones y las actividades electorales en relación a Centros docentes y oficinas o establecimientos públicos, el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rigen el funcionamiento de tales lugares. En relación a los espectáculos culturales o deportivos, la actividad alteradora del orden consistirá en la que pueda determinar perturbación o inquietud en los espectadores asistentes, y originar fricciones y choques físicos entre las personas.

La figura de la falta del artículo 633 del CP/1995, según se expuso en el párrafo 1.º de este fundamento, tiene una estructura y contenido análogos a los del delito del artículo 558 del mismo Cuerpo Legal, con la diferencia de que la alteración del orden tendrá que ser leve, y que no se contemplan en el artículo 633 expresamente los desórdenes en Colegios electorales o en Centros docentes y en oficinas o establecimientos públicos, y sí, en cambio, las alteraciones leves del orden en actos públicos, sin exigencia de ser propios de una autoridad o Corporación, y en solemnidades o reuniones numerosas. En los actos públicos y en las solemnidades existirá actividad alteradora del orden cuando se incumplen las reglas, normas o directrices fijadoras de su desarrollo, o cuando se impida tal desarrollo del acto o de la solemnidad, y en tales actos y en las reuniones también podrá alterarse el orden, perturbando a los asistentes, de forma que puedan originarse fricciones o choques físicos.

Aunque la jurisprudencia no ha exigido para la falta del artículo 633 del CP/1995, y para su precedente, descrita en el artículo 569 del CP/1973, el elemento subjetivo del injusto de intención de alterar la paz pública, sí será necesario el dolo genérico de alterar el orden. Finalmente, y de conformidad con las orientaciones vigentes que tienden a reducir al máximo el ámbito del Derecho penal –principio de mínima intervención o de la última *ratio*– sólo cabrá conceptualizar como infracciones penales –delitos o faltas– las alteraciones del orden que tengan cierta entidad y trascendencia y deberán ponderarse además con mayor indulgencia las que suceden en período electoral, en el que la competición entre los candidatos da origen al empleo de descalificaciones verbales, que puedan lindar con el insulto.

Partiendo de la doctrina expuesta, el motivo primero del recurso de casación de Álvaro F. S. y de Víctor Manuel A. M. debe ser estimado, por no concurrir en los hechos apreciados en la Sentencia los elementos que permiten subsumirlos en la figura de la falta de desórdenes públicos del artículo 633 del CP/1995, puesto que la alteración del orden careció de entidad bastante para considerarla perturbación del acto público de colocación de carteles electorales, ya que sólo se produjo una interrupción de tal actividad durante más de diez minutos, por la presión psicológica consiguiente a los insultos proferidos, de matiz político, y no consta que la presencia de los manifestantes de Villabona originase más fricciones físicas que la derivada del forcejeo de una persona no identificada, distinta de los acusados, con el Alcalde de Pontevedra, por lo que no cabe apreciar el desorden leve consiguiente a la falta del artículo 633 del CP/1995, y en todo caso sólo cabría derivar de los hechos enjuiciados una responsabilidad administrativa al amparo del artículo 23, apartado C) de la LO 1/1992, de 21-2, sobre protección de la seguridad ciudadana.

(Sentencia de 27 de septiembre de 1999)

## DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA

*Procede revisión de sentencia y aplicación retroactiva del artículo 76 CP/1995 con límite de cumplimiento de penas de veinte años a pesar de haberse cumplido las mismas pero pudiendo beneficiarse de la reducción el penado en otras causas pendientes y habiendo solicitado el límite de cumplimiento estando en prisión*

Único.—(...) Constituye el contenido del auto objeto de recurso la resolución de la cuestión de si procedía aplicar al recurrente la reducción del máximo de penas privativas de libertad a las que había sido condenado, y que, por Auto de uno de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2.ª, ya había sido fijada en treinta años, al límite de veinte años que ha establecido el nuevo artículo 76 del Código Penal de 1995. El Auto recurrido, de fecha diez de diciembre de 1997, desestima las peticiones repetidas del condenado a tal fin, por estimar que la pena ya había sido cumplida con fecha 9 de mayo precedente. Parece, pues, que, en efecto, no se cumplirían en el caso los requisitos que para proceder a la revisión señala la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que veda la revisión de las sentencias ya ejecutadas, y, además faltaría también la condición que para la aplicación del efecto de retroactividad de las leyes penales más favorables al reo, exige el artículo 2.2 del nuevo Código, de que, como máximo, el sujeto que pudiera beneficiarse estuviera aún cumpliendo condena. Pero tales limitaciones no afectan a este caso si se interpreta que el momento al que hay que retrotraer la efectividad de la petición de revisión solicitada no es el de la fecha en que la Audiencia la resuelve, sino el de presentación de esa solicitud de revisión por el recurrente. Múltiples han sido los escritos de éste solicitándolo, por sí mismo y sin asistencia letrada, dirigidos a la citada sección de la Audiencia Provincial de Valladolid, siendo el primero de 20 de marzo de 1997, constando en el sello del registro del Centro Penitenciario donde se encontraba de ese mismo día. Posteriormente reiteró su solicitud en escritos del 2 y del 7 de mayo, 18 de junio, 20 de julio, 19 de agosto, 2 de septiembre y 29 de octubre siguientes. Respecto a cuál fuera la fecha en que se hubiera terminado el cumplimiento de la condena se encuentran varias distintas en la ejecutoria, pero de ellas la más temprana es el 23 de marzo de 1997, por tanto posterior a la primera solicitud, pero, además, tras las averiguaciones pertinentes respecto a renuncia de ciertos beneficios penitenciarios por el condenado, la fecha de conclusión de cumplimiento ha sido fijada por la misma Audiencia en el mes de mayo siguiente, con lo que aún más se corrobora que la solicitud de aplicación de la reducción a veinte años del máximo de cumplimiento se efectuó con anterioridad a que el solicitante hubiera ya acabado de cumplir la pena.

Se ha señalado la falta de practicidad en dar lugar a la reducción del máximo, toda vez que ya la pena anterior, más larga, estaba cumplida. Pero en comunicación a la Audiencia enviada por el Director del Centro de Cumplimiento de Villabona, informando de la puesta en libertad del condenado por extinción de la condena, se manifestó quedaba, ello no obstante, retenido en prisión por otra responsabilidad, por lo cual, tras producirse la reducción a veinte años del total de las penas que antes redimía, puede beneficiarle el tiempo de exceso de cumplimiento para que le sea aplicado al de otras responsabilidades penales que aún tuviera pendientes.

Es, pues, evidente que no recibió el recurrente la respuesta en Derecho que le hubiera prestado la tutela judicial efectiva a que era acreedor y por ello el motivo, y con él el recurso, ha de ser acogido.

(Sentencia de 24 de marzo de 1999)