

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 5

### *Diferencias entre dolo directo de primer grado, segundo grado, eventual y culpa consciente*

Segundo.–(...) A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (STS de 11-5-2001).

(Sentencia de 31 de julio de 2001)

ARTÍCULO 8.3.<sup>a</sup>

*No existe concurso de leyes sino ideal de delitos entre agresión sexual y lesiones, ya que la agresión sexual no absorbe al segundo delito, siendo necesario aplicar ambas figuras delictivas por abarcar toda la antijuridicidad de los hechos.*

Quinto.—En el motivo 4.º, con la misma base procesal del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora por aplicación indebida del artículo 147.1 CP. Se dice que no tenía que haberse condenado por el delito de lesiones, pues éstas se produjeron en los actos violentos realizados para hacer posible la violación, por lo que la infracción del artículo 147.1 debió considerarse absorbida por la de agresión sexual de los artículos 178 y 179.

Quiere decir el recurrente que nos encontramos ante un concurso de normas del número 3.º del artículo 8 CP y no ante un concurso ideal de delitos.

Ciertamente hay una sola acción criminal con dos resultados típicos, el de agresión sexual y el de lesiones.

Pero en estos casos, para distinguir el concurso ideal del artículo 77 y el de normas del artículo 8, ha de utilizarse el criterio siguiente: si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad penal del hecho, nos encontraremos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estaremos ante un concurso ideal.

Este último caso es el aquí examinado: Si sólo aplicáramos la sanción del delito de agresión sexual quedarían sin penar las lesiones ocasionadas.

Sólo castigando por las dos infracciones quedará suficientemente penado el hecho. En estos casos de agresiones físicas para un delito de violación la absorción sólo puede producirse con relación a la falta de malos tratos sin causar lesión del artículo 617.2. Cuando se produce un resultado de lesión (delito o falta) se penará el hecho conforme a las normas del artículo 77 que regula el concurso ideal.

Aquí nos encontramos, de modo evidente, ante un solo hecho que constituye dos infracciones penales diferentes: no cabe que una absorba a la otra.

También hemos de rechazar este motivo 4.º, único que nos quedaba por examinar.

(Sentencia de 2 de marzo de 2001)

*Los actos de exhibicionismo previos al delito de agresión sexual quedan absorbidos por este último*

Sexto.—El segundo de los motivos denuncia por la vía de la ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim falta de aplicación al caso del artículo 185 CP «en relación con los artículos 180 y 74 del mismo cuerpo legal por lo que respecta a la apreciación de un delito continuado respecto de hechos declarados probados no tipificados en un mismo precepto penal» (*sic*). Lo que se quiere decir es que en los hechos probados se contienen ingredientes fácticos —«... le mostraba sus órganos genitales, masturbándose en su presencia...»— constitutivos del delito de exhibicionismo tipificado en el mencionado artículo 185 CP, constituyendo ello delito independiente que debió ser castigado separadamente.

Dicha cuestión fue planteada en el juicio oral y la sentencia se ocupa de la misma en el fundamento de derecho primero *in fine*, cuando argumenta respecto al exhibicionismo que «todas las exhibiciones efectuadas formaban parte de la misma estrate-

gia de abuso y de agresión, y que, vistas las penas establecidas en los artículos 180 y 185, ambos preceptos están en la relación de consunción que prevé la regla tercera del artículo 8 del Código Penal».

El motivo debe ser desestimado.

Defiende el recurso la existencia de un concurso de delitos frente al de normas penales apreciado por la Sala Provincial. La norma aplicada para resolver el concurso aparente de normas, artículo 8.3 CP de 1995 que positiviza el principio de consunción, excluye el primero de los concursos, es decir, el de delitos. Éste sólo existiría si en relación con los hechos probados una parte de los mismos, jurídicamente relevante, quedase huérfana de valoración penal por falta de subsunción en otro tipo autónomo y distinto a aquel que ya se ha aplicado respecto al todo, en cuyo caso sería necesario apreciar la existencia de dos infracciones. Ahora bien, si en virtud de los principios acogidos en el artículo 8 CP se da respuesta al desvalor del hecho en su integridad, la consecuencia será la existencia de un solo delito. Con anterioridad al Código Penal de 1995 existía la norma del artículo 68 para resolver los conflictos aparentes de normas, que asumía el denominado principio de alternatividad, debiendo calificarse los hechos por aquel precepto que aplicaba mayor sanción al delito o falta cometidos.

En virtud del principio de consunción los actos preparatorios o ejecutivos previos a la consumación del delito son absorbidos por éste de forma que existe una relación cuantitativa en virtud de la cual los injustos menores son acogidos por la infracción que tipifica el injusto principal.

Debiendo partirse de la intangibilidad del hecho probado, habida cuenta la vía casacional elegida, se deduce el correcto argumento de la Sala, en la medida que las acciones acotadas no son otra cosa que actos preparatorios o que deben insertarse en el tránsito a la consumación del delito principal, constituyendo ingredientes fácticos inescindibles de éste. Además la autonomía que se pretende no puede reconocerse si no se corresponde con una descripción individualizada e independiente en relación con los delitos de agresión sexual calificados.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 16.2

### *Desistimiento de homicidio impidiendo el resultado: condena por delito de lesiones*

Único.-2. Diversa es la cuestión del desistimiento. De acuerdo con el artículo 16.2 CP, el autor de la tentativa no será punible –sin perjuicio de las penas que le correspondan por los hechos ya consumados– cuando no continúe la ejecución a la que dio comienzo o cuando, habiendo realizado todos los hechos que, según su representación, hubieran producido el resultado, el autor haya impedido la producción del mismo. En cualquier caso, el desistimiento debe ser voluntario.

En el presente caso el autor dirigió el golpe a una zona vital del cuerpo de la víctima, llegando a introducir el arma en el cuerpo de la misma de tal manera que –sin la intervención quirúrgica a la que fue sometida– se hubiera podido producir la muerte. No existe, por lo tanto, ninguna duda respecto del comienzo de ejecución. De acuerdo con el hecho probado, el acusado, cuando su mujer le dijo que sufría una hemorragia, la transportó en su vehículo hasta un centro de urgencia, desde el que fue trasladada –en su compañía– al hospital Ramón y Cajal. En los fundamentos jurídicos se aclaran

los hechos consignando la Audiencia que «el procesado, nada más suceder los hechos, asustado por lo acaecido, llevó en su vehículo a su esposa a recibir urgente asistencia médica, acompañándola después, en la ambulancia, al centro hospitalario en el que fue intervenida quirúrgicamente».

En tales circunstancias se dan todos los elementos que condicionan la aplicación del artículo 16.2 CP. En efecto, es evidente que el autor ha impedido con su actividad inmediata la producción del resultado de muerte, pues puso en movimiento la actividad sanitaria que finalmente permitió salvar la vida de su esposa. En la medida en la que una doctrina consolidada en el tiempo viene sosteniendo de manera uniforme que la actividad para salvar el bien jurídico puede haber contado con la ayuda de terceros que hayan complementado la acción del autor (se dice en la doctrina que «el autor tiene que impedir el resultado con su propia actividad o, en su caso con ayuda de terceros»), no cabe duda que la segunda parte del traslado al hospital, realizado mediante ambulancia y no ya en el propio coche del recurrente, no permite excluir este elemento objetivo del desistimiento.

Tampoco elimina la aplicación del artículo 16.2 CP la afirmación del hecho probado relativa al susto que motivó al acusado a emprender la actividad salvadora del bien jurídico. También aquí la doctrina es clara y uniforme: el desistimiento no requiere ninguna motivación especial. Sólo es preciso que sea voluntario, es decir, no debe ser consecuencia de que el autor haya comprobado que la continuación no permitiría ya lograr su propósito o que, de alguna manera, factores externos hayan movido su decisión.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 20.1

*Ludopatía en delitos de falsedad y estafa: apreciada sólo como atenuante simple por no tener la grave adicción al juego una influencia directa en los hechos*

Único.—Frente a una sentencia que condenó a su patrocinado como autor de sendos delitos de estafa y falsedad en documento mercantil concurriendo atenuante análogica, la asistencia letrada del condenado formaliza el Recurso integrado por un único Motivo en el que, bajo el amparo del artículo 849.1.º de la LECrim denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 68 del Código Penal.

Entiende quien recurre que del informe pericial obrante al folio 41 se desprenden componentes fácticos más que suficientes para justificar la apreciación de una exigente incompleta. De ahí su censura de inaplicación del precepto sustantivo precitado.

Evidentemente tal formulación casacional no es ortodoxa ya que —según destaca el Ministerio Fiscal— lo que se pretende denunciar es la no aplicación del artículo 21.1 en relación con el 20.1, siendo la inaplicación del artículo 68 una mera consecuencia de la anterior. En todo caso, el recurrente ha elegido como vía de impugnación la prevista en el artículo 849.1.º de la LECrim que exige un escrupuloso respeto a los hechos probados, los cuales no pueden ser modificados por conclusiones contenidas en informes periciales obrantes en la causa.

En su consecuencia y ajustando la propuesta impugnativa a su verdadera dimensión y funcionalidad se trata de comprobar si en el *factum* de la sentencia, integrado, en su caso, por los fundamentos jurídicos de la misma, se contienen los elementos

necesarios para apreciar la eximente incompleta alegada, sin realizar revisión alguna de las pruebas tenidas en cuenta por el Juzgador *a quo*.

Desde esa perspectiva, conviene referir que, a partir de las conclusiones del informe pericial precitado que aparecen plasmadas en el *factum* de la recurrida, el Tribunal Provincial analizó en profundidad el alegato recurrente, destinando a dicho análisis el fundamento jurídico tercero con cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala, a cuya virtud y en razón del alcance del trastorno de la capacidad volitiva que en el presente supuesto supone la ludopatía que padece el acusado, determinó que «toda vez que no quedó justificada una limitación de aquellas facultades tan intensa y relevante como hubiere sido preciso para apreciar tal eximente incompleta, hallándonos ante una ludopatía determinante únicamente de aquella simple limitación ya señalada».

En este trance, la obligada referencia al *factum* resulta determinante a la hora de decidir el debate abierto. De ahí que parece conveniente reproducir literalmente el fragmento que a tal efecto interesa: «El acusado padece desde hace varios años “juego patológico”, enfermedad incluida dentro de los trastornos del control de los impulsos que limita su capacidad para evitar quebrantos patrimoniales por estar alterada la capacidad volitiva, padecimiento el indicado en relación con el cual realizó los hechos enjuiciados a fin de destinar el dinero obtenidos al menos en parte, a su citada adicción al juego».

Cierto es que se presenta una, cuando menos aparente, contradicción entre la apreciación efectuada por la Audiencia Provincial y el contenido del ya mencionado fundamento jurídico tercero de la combatida en el que se dice: que el padecimiento se caracteriza por una disminución del control de los impulsos que califica de severa y por una deformación del funcionamiento cognitivo en relación con el juego que, a su vez, califica de importante, recogiendo también que el perito afirma que la adicción al juego es antigua. Pero no es menos evidente que las peculiaridades del supuesto y, en especial, el tipo de maquinación urdida por el acusado permiten ratificar la tesis del Tribunal de instancia al hacer desaparecer el inicial contrasentido que ofrecía su razonamiento.

Al respecto y haciéndose eco de las sentencias de esta Sala de 24-1-1991 y 18-5-1993, el buen criterio que caracteriza al representante del Ministerio Fiscal autor del informe debe de ser asumido íntegramente en cuanto que agota las posibilidades argumentales en orden a valorar los efectos de la ludopatía, pues –de acuerdo con dicha «praxis» jurisprudencial, a la que pueden incorporarse las Sentencias de 3-1-1990, 29-4-1991, 21-9-1993 y 18-2-1994–, no basta con afirmar una determinada intensidad del trastorno, sino que es ineludible el análisis de los hechos concretos sobre los que se pretende proyectar aquéllos.

El *factum* de la sentencia refiere el libramiento de una letra y su presentación en una entidad bancaria para su descuento así como que el acusado realizó los hechos para destinar el dinero, «al menos en parte», a su citada adicción al juego. No se trata, por lo tanto, de hechos cercanos a la influencia directa de la compulsión al juego en los que pudiera tener una relevancia mayor la intensidad, severidad o importancia de la disminución de su control o de su funcionamiento cognitivo –por emplear los mismos términos jurisprudenciales– sino de actos, no sólo destinados a satisfacer sus impulsos, sino también alejados temporalmente del juego y preparados, por lo tanto, con tiempo suficiente para que dicha compulsión no afectara tan profundamente a su capacidad de valorar sus actos y de actuar conforme a esa valoración como para dar lugar a una eximente incompleta.

En su consecuencia, ratificamos el anunciado rechazo del Recurso.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 20.2

*No se aprecia la eximente de intoxicación por alcoholismo si concurrir el presupuesto biológico pero no el psicológico de afectación de las facultades psíquicas del acusado*

Tercero.—Con amparo en los dos números del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia el error de hecho y de derecho producido en la sentencia con una doble argumentación. En primer lugar que el recurrente se limitó a sujetar un maletín propiedad del otro acusado. Esta argumentación se desestima por las mismas razones que señalamos al analizar la impugnación del otro condenado.

En segundo término, denuncia la inaplicación de la eximente del artículo 20.2 del Código Penal, designando la pericial practicada, obrante a los folios 311 a 320 y la documental del Hospital de la Paz donde el acusado fue internado aquejado de *delirium tremens* y diagnosticado de alcoholismo crónico.

El motivo se desestima. El tribunal ha valorado las periciales practicadas en la causa en el particular referido a la imputabilidad del acusado por la afectación de sus facultades psíquicas a causa del alcoholismo que padece. Desde el examen de la pericial el tribunal afirma que el acusado padece una enfermedad, el presupuesto biológico que exige la norma para la exención de la responsabilidad penal, pero no existe el presupuesto psicológico, esto es la afectación de las facultades psíquicas del acusado. Para esta afirmación el tribunal dispuso de la pericial del médico forense que al tiempo de la detención peritó en ese sentido, lo que resulta corroborado por las propias declaraciones del acusado, que afirmó haber bebido los días anteriores a la detención, y los de los testigos que participaron en la detención quienes no observaron ninguna anomalía en el acusado, y en la propia pericial designada que expresa una afectación a consecuencia de la ausencia de ingesta alcohólica, extremo que el propio acusado niega.

Ningún error resulta de la pericial practicada en el sumario por lo que tampoco hubo error en la subsunción al no aplicar la eximente instada en el motivo y que no fue solicitada durante el enjuiciamiento.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 20.4

*Concepto de agresión ilegítima: no lo es la exhibición de sable en tono amenazante sin llegar a desenvainar*

Tercero.—(...) El elemento esencial que constituye el alma de la legítima defensa es la existencia de una agresión ilegítima que desencadena y justifica la *necesitas defensionis*; una agresión ilegítima que ponga en peligro bienes jurídicamente protegidos mediante un ataque actual o presente, real, directo e injusto que justifica inicialmente la reacción del agredido tratando de defender sus derechos ilegítimamente puestos en peligro (véanse SSTs de 14 de octubre y 9 de diciembre de 1999, entre otras) de tal suerte que, estando íntima y directamente relacionados los conceptos de «agresión ilegítima» y «necesidad de defensa», no será posible apreciar la primera cuando no concurra el segundo elemento, porque la falta de necesidad de la defensa impide legalmente la aplicación de la eximente, completa o incompleta, ya que esa falta de necesidad configura un exceso extensivo o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto o previsible que aún no se ha producido, o se prorroga indebidamente por haber

cesado la agresión. En estos casos no podrá hablarse de legítima defensa, porque la agresión no existió o ya ha terminado cuando se produce la reacción defensiva violenta.

En el caso examinado –y ateniéndonos como es de rigor al relato de hechos probados– es de ver que la reacción del acusado recurrente tuvo lugar antes de que la víctima del suceso hubiera ejecutado una acción objetivamente agresiva con el arma blanca que portaba, pues el ataque del acusado se produce cuando Pedro deja ver el sable que lleva bajo la gabardina y comienza a extraerlo («poco a poco» se dice en otro apartado de la sentencia), pero sin ejecutar ningún movimiento violento contra Jorge F., en una actitud que el Tribunal *a quo* ha calificado de «acción bravucona», «amenazando», «con clara intención de que al menos [Jorge] quedase amedrentado», o de «efecto disuasorio del arma», lo que lleva a la Sala de instancia a establecer la inexistencia de una agresión actual e inminente.

Cuarto.–No obstante, la agresión ilegítima no ha de identificarse necesariamente con un acto material y objetivado de acometimiento físico, sino que también habrá de apreciarse cuando la actuación del sujeto revele de manera inequívoca una amenaza real de un daño grave de producción inminente, inmotivado e imprevisto, y, en este sentido se ha considerado así la actividad amenazadora cuando va acompañada de la racional convicción de un peligro real inmediato (SSTS de 7 de abril de 1993 y 30 de enero de 1998).

Sostiene el recurrente que el relato histórico de la sentencia impugnada pone claramente de relieve esa conducta amenazante de Pedro G. que conformaría el requisito de la agresión ilegítima. Sin embargo, la alegación no puede ser acogida. En primer término porque el recurrente fundamenta la «racional convicción de un peligro real e inmediato» provocado por la actitud amenazante de Pedro, en el hecho de haber sido agredido Jorge unos días antes por aquél y su hermano, dato fáctico éste que no aparece en la descripción de hechos probados ni en el resto de la sentencia, donde únicamente se habla de «antiguas rencillas» sin mayor concreción, lo cual nos permite compartir la deducción efectuada por el Tribunal sentenciador de que la exhibición del arma por parte de Pedro G. constituye una «acción bravucona» con propósito de disuasión y amedrentamiento del rival y no la amenaza de un inminente ataque con el sable.

En todo caso, con independencia de lo anterior, y aunque a efectos puramente dialécticos aceptásemos la tesis del recurrente de encontrarnos ante una agresión ilegítima por la actitud amenazante de Pedro G., tampoco podría prosperar el reproche. Ello es así por cuanto que el relato de Hechos Probados expone con meridiana claridad que el acusado se acercó a quien mostraba el sable y se lo arrebató, comenzando a darle golpes con el arma, reiterando en el fundamento jurídico primero que «Jorge F. se aproximó, le quitó el arma de la mano con la que la estaba desenvainando y comenzó a darle golpes y cortes con la misma». Esta descripción fáctica evidencia palmariamente que la agresión –o, por mejor decir, el riesgo de ser agredido con el sable que tenía el acusado– había concluido previamente a que éste comenzara su ataque, puesto que despojado el agresor del arma, y ya ésta en poder de Jorge, aquél quedó indefenso –como sostiene la sentencia– y a merced del acusado. Y es en esta situación y momento cuando el acusado comienza el acometimiento con el sable, ocasionando a la víctima las lesiones que se describen en la resultancia fáctica de la sentencia, razón por la cual resulta patente que, concluida la agresión o desaparecido el riesgo, la reacción posterior deja de ser defensa necesaria para convertirse en venganza, lo que nos lleva a la conclusión de que las lesiones ocasionadas no se encuentran justificadas por la *necessitas defensionis* ante una agresión ilegítima inexistente, razón por la cual no cabe la aplicación de la eximente ni completa ni incompleta que postula el recurrente.

(Sentencia de 22 de enero de 2001)

*No hay necesidad racional del medio empleado cuando en vez de limitarse a sujetar al que iba a agredir a un tercero, le golpeó con los puños. La acción desproporcionada sólo permite apreciar la eximente incompleta*

Primero.—Por el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, en el motivo primero del recurso, se alega infracción de ley, por inaplicación indebida del artículo 20.4 del Código Penal, eximente de legítima defensa.

En el relato fáctico, se declara probado que David A. salió del bar, después de quitarse la chaqueta en actitud claramente agresiva hacia Juan Ramón P. con quien acababa de discutir dentro del local. Existía, pues, una indudable situación de necesidades defensionis, ante la probable agresión que se disponía a llevar a cabo David A., y por tanto, concurría el primer requisito que exige el precepto legal indicado.

El Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada estima que no se da el supuesto fáctico del segundo requisito, necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión, ya que el acusado, conforme al *factum*, en vez de limitarse a sujetar a David o evitar que se acercara a Juan Ramón, se comportó de un modo agresivo, golpeando con los puños, acción desproporcionada, por lo que incurrió en un exceso intensivo que sólo permite su aplicación, al faltar tal requisito, como eximente incompleta.

La necesidad de los medios, en correspondencia con la proporcionalidad de los instrumentos habilitados para la defensa, es donde ofrece reparos la actuación del acusado. Hay que apreciar una excesividad en la reacción, pues aun partiendo de la realidad del riesgo derivado de la actividad de David, no se explica totalmente en sus características e intensidad.

La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala —Sentencias del 23, 27, 29, 30 enero, 6 y 20 mayo 1998—, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión. La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado efecto extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que en ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio.

Consecuencia de ello, habrá de ser la apreciación de una eximente incompleta de legítima defensa con los efectos penológicos derivados de la misma.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

(Sentencia de 19 de marzo de 2001)

*Responder a agresión ilegítima de puñetazos a la cara golpeando con martillo de cadena de hierro en la cabeza. La acción desproporcionada sólo permite apreciar la eximente incompleta*

Segundo.—El Motivo Segundo se formula por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se alega inaplicación indebida del artículo 20.4.º del Código Penal.

Como puntualiza el Fiscal en su Informe, este Motivo se contrae al acusado Eduardo P. G., por el delito de lesiones causadas a Juan José B. P.

Respecto a la concurrencia en este delito de la causa de exención de responsabilidad de legítima defensa, propuesta por la defensa del acusado de forma subsidiaria en conclusiones definitivas, dice el Tribunal de instancia en el Fundamento Jurídico Quinto de su sentencia que no se vislumbra en él ánimo defensivo, sino un ánimo vindicativo o de retorsión incardinable en la figura de la riña mutuamente aceptada, por lo que la rechaza.

Ello nos lleva a plantearnos si Eduardo P. tuvo o no ánimo de defensa, completado con la *necessitas defensionis*, requisito indispensable para que la invocada causa de justificación pueda ser apreciada como eximente completa o incompleta.

Y a este respecto se debe constatar, como hace el Fiscal, que si bien el suceso terminó en una riña con pluralidad de actores, la acción inicial, según la narración fáctica de la sentencia, nos muestra a los hermanos Juan José y Enrique B. P. acudiendo al domicilio del acusado y de su esposa María G. U., y cuando ésta abre la puerta de la vivienda, mientras Juan José le pide explicaciones, Enrique le propina un puñetazo en la cara; lo que es visto por Eduardo que en ese momento coge un martillo con cabeza de hierro y golpea con él a Juan José en la cabeza y en el hombro izquierdo.

Es claro que esta secuencia inicial nos muestra una agresión actual e ilegítima dirigida contra María G., en la puerta de su casa, siendo esta conducta la que motiva la reacción de su marido.

Por tanto es el lesionado y su hermano el que ataca la integridad física como bien jurídico protegido, estando la conducta del acusado inicialmente dirigida a neutralizar una acción presente e ilegítima.

Ello nos introduce en el campo de la legítima defensa pero, como también puntualiza el Fiscal, el empleo de un martillo con cabeza de hierro y el dirigir uno de los dos golpes a la cabeza del sujeto pasivo, pudiendo incluso producir un resultado letal, permite calificar esa reacción defensiva como excesiva en su intensidad. Máxime teniendo en cuenta la presencia del hijo del acusado que pretendía separarlos.

Por ello el Motivo Segundo del recurso debe ser parcialmente estimado, al apreciarse en la conducta de Eduardo P. G. cuando agrede a Juan José B. P. que concurre la eximente incompleta del número 1 del artículo 21 del Código Penal en relación al número 4 del artículo 20 del citado Código, con la consiguiente disminución de la pena a imponer, como posteriormente se precisará.

(Sentencia de 24 de abril de 2001)

### *Exceso extensivo o impropio: lanzar una piedra al acusado a su perseguidor cuando éste había cesado en su agresión de lanzarle también piedras. Eximente incompleta*

Primero.—El motivo único amparado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el recurrente denuncia la indebida inaplicación de la eximente completa de legítima defensa del artículo 20.4.º del Código Penal.

Ataca así el acusado la apreciación por la Sala de esta eximente como incompleta alegando de contrario que no rebasó el *animus defendendi* para invadir el *vindicandi* como dice la Sala de instancia, sino que utilizó la defensa necesaria y proporcionada a la agresión sufrida.

Segundo.—El motivo planteado exige el más absoluto respeto al relato histórico, que no puede modificarse por supresión, alteración o inclusión de datos fácticos, ya estén en el relato de hechos probados propiamente dicho o estén en la Fundamentación, es decir en las afirmaciones o negaciones de puro hecho que en ella se contengan completando o precisando el relato histórico de la Sentencia.

En los hechos probados aparece una agresión contra el hoy recurrente por parte de un tercero que le persiguió «arrojándole dos piedras que no llegaron a alcanzarle», «respondiendo entonces Boujemaa (el acusado) lanzándole (al agresor) una piedra con la que acertó a darle en la cabeza ...». La cuestión fáctica de si esta respuesta fue defensiva frente a una agresión subsistente, o fue vindicativa frente a un ataque inexistente por haber finalizado la agresión inicial, queda resuelta por la afirmación fáctica del Fundamento Tercero, según la cual la respuesta se produjo «tras un ataque fallido no seguido de acometimiento físico».

Es decir, que si el ataque había resultado fallido y a este ataque no había seguido acometimiento físico, es claro que ningún ataque existía ya cuando el acusado lanzó la piedra ni, por lo mismo, puede este lanzamiento valorarse como una defensa necesaria dirigida a neutralizar un ataque o agresión.

Se trata pues de un exceso en la defensa. Pero mientras que el exceso por falta de proporcionalidad, llamado exceso intensivo o propio no impide la apreciación de la eximente incompleta (Sentencia de 10 de octubre de 1996), el que resulta –como en este caso– de la ausencia de *necessitas defensionis* llamado exceso extensivo o impropio, excluye la legítima defensa incluso como eximente incompleta, como esta Sala ha dicho en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 23 de marzo de 1993 y 12 de julio de 1994, entre otras muchas.

Por lo tanto la apreciación de la exención incompleta por la Sala en el caso enjuiciado ya fue de por sí una muy benévola calificación, no recurrida por el Ministerio Fiscal, y que por ello debe mantenerse sin estimar el motivo formalizado por el acusado.

(Sentencia de 28 de mayo de 2001)

### *No existe unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa si transcurrieron quince minutos*

Primero.–(...) La agresión ilegítima, de acuerdo con la Sentencia de 3 de abril de 1996, supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos si aparece el mismo como consecuencia de un ataque, de una conducta o de una acción que sea actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista, lo que ya excluye las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real inmediato (Sentencia de 7 de abril de 1993).

Ahora bien, es necesario que entre la agresión y la defensa haya una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza (Sentencia de 15 de octubre de 1991). La reiterada doctrina de la Sala Segunda viene sosteniendo que la agresión ilegítima y la *necessitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente –Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 1998.

(Sentencia de 26 de junio de 2001)

### *No existe unidad de acto entre agresión ilegítima y defensa en el caso de quien al ser apedreada su casa baja a la calle y golpea a los que lanzaron la piedra.*

Primero.–Aun cuando se nomina como primero, un único motivo es el que conforma el Recurso formalizado por la representación del condenado como autor res-

ponsable de dos delitos de lesiones para –con amparo en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– denunciar la infracción, por inaplicación indebida del artículo 20-4.º en relación con el artículo 21-1.º, ambos del Código Penal.

Estima quien recurre que concurren todos y cada uno de los requisitos recogidos en el artículo 20.4 del Código Penal y que el *animus laedendi* que recoge la sentencia no es más que un *animus defendendi* que viene siendo configurado por la doctrina y la jurisprudencia como el elemento que, con la agresión ilegítima de carácter previo, configuran la legítima defensa; asimismo, se alega que también concurre la necesidad racional del medio empleado para impedirla o reforzarla.

No obstante su expresa proclama de respeto al relato de hechos probados, el recurrente hace discurrir su línea argumental al margen de dicha inexcusable referencia histórica desvirtuando su real y gráfico contenido descriptivo para, fragmentando la obligada continuidad secuencial del acontecer enjuiciado, justificar la presencia de la eximente aludida como único medio defensivo para exculpar o aminorar la responsabilidad de su patrocinado.

El esfuerzo dialéctico así desplegado resulta baldío y no se corresponde, desde luego en su tajante afirmación de «que no es de recibo ni tan siquiera se entre a valorar la concurrencia o no concurrencia de los requisitos esenciales de dicho artículo (20-4.º y 21-1.º), pues la Sala de instancia, en su fundamento jurídico tercero excluye, razonable aunque escuetamente, la presencia de la legítima defensa completa o incompleta, pues estaba terminada la agresión, ni el miedo insuperable, ya que tal ánimo nunca alcanzó al acusado».

En todo caso, sólo partiendo de una hipótesis fáctica distinta de la fijada en la combatida podría aceptarse la tesis del Recurso, mas si –como ya se ha indicado– la vía procesal elegida exige el respeto total y escrupuloso de los hechos probados, no cabe duda que en ellos se describe una conducta por parte del acusado que correctamente se subsume en los artículos aplicados por el Tribunal sentenciador al tipificar aquella como dos delitos de lesiones, agravados por el medio empleado, pues en el *factum* se describe que desde la calle arrojaron una piedra sobre una vivienda que penetró por una ventana, rompiendo el cristal de la misma y que estuvo a punto de golpear a los niños o a otras personas que estaban en la vivienda, y que dicha piedra fue arrojada por alguno de los que en tal momento se encontraban en la calle, que eran cuatro soldados que regresaban al cuartel después de haber estado divirtiéndose en una discoteca, el acusado, indignado y manifiestamente afectado por el peligro corrido, tomó un palo de unos 70 centímetros de largo y 3 centímetros de diámetro de los utilizados como cabo para las azadas o hachas y él salió a la calle dirigiéndose al grupo, discutiendo con sus componentes y agrediendo con el palo a Andrés David J. N. a quien produjo herida contusa en pabellón auricular izquierdo, necesitando intervención quirúrgica, aplicándosele 13 puntos de sutura y estando 10 días incapacitado para sus ocupaciones habituales y también a José Manuel David P., al que produjo herida inciso cortante a nivel de labio inferior lo que hizo necesaria intervención quirúrgica, para cerrar la misma, aplicándosele hasta 7 puntos de sutura y tratamiento odontológico y quedándole como secuela pérdida de medio incisivo y cicatriz.

Segundo.–Las reiteradas llamadas jurisprudenciales a un análisis pormenorizado y casuístico del supuesto sometido a consideración cuando se cuestiona la aplicación de la legítima defensa cobran específica relevancia si el debate jurisdiccional se centra exclusivamente en tal punto, pues la agresión ilegítima supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos si aparece el mismo como consecuencia de un ataque, de una conducta o de una acción que sea actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista, lo que ya excluye las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real

inmediato. De ahí que resulte imprescindible para posibilitar la apreciación de la eximente –en cualquiera de sus variantes– que entre la agresión y la defensa haya una unidad de acto, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza. Por ello la reiterada doctrina de la Sala viene sosteniendo que la agresión ilegítima y la *necessitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente, destacando específicamente que, desde el punto de vista fáctico, la agresión ha de ser actual y que debe diferenciarse la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado efecto extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, siendo, en todo caso, cuestión compleja –según recuerda entre otras la Sentencia de 6-5-1998– determinar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, al constituir un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso de que él se hace y la existencia o no de otras alternativas, de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata, por tanto, de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*.

A partir de tales parámetros analíticos, y como bien destaca el Ministerio Público, no se desprende del relato fáctico precitado lo pretendido por el recurrente, pues, aun siendo cierto que se había arrojado una piedra contra la vivienda rompiendo un cristal de una ventana y con la posibilidad de haber alcanzado a alguno de los moradores, tal acto ya había transcurrido y, por lo tanto, ya no podía hablarse de agresión actual o inminente y, al desaparecer ésta, no había que defenderse de ningún ataque, no obstante lo cual, el acusado, aunque estuviera seriamente afectado por el peligro potencial que había corrido al igual que sus familiares, tomó un palo del calibre y longitud referidos y golpeó con violencia a dos de las cuatro personas que estaba seguro que eran los autores de haber arrojado la indicada piedra, lo que evidencia, además, la falta de proporcionalidad del medio empleado –pues no consta que los soldados llevaran medio alguno con el que, ante la nueva situación derivada de la discusión, intentasen atacar al acusado– sin que, por último, pueda cuestionarse la concurrencia del *animus laedendi* por parte de aquél, no sólo por el medio empleado, idóneo por su grosor y consistencia para causar las lesiones que produjo, sino por la parte de los cuerpos –la cabeza, donde se encuentran órganos vitales– a que fueron dirigidos los golpes.

Si a ello se añade que la provocación originaria ya fue tomada en cuenta por el Tribunal sentenciador al aplicar la atenuante muy cualificada de arrebató número 3 del artículo 21 del Código Penal, no hemos sino de homologar –por su lógica, razo-

nable y compensatoria estructura calificadora y punitiva— la decisión jurisdiccional de instancia, lo que, obviamente, significa el rechazo del motivo.

(Sentencia de 17 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 20.5

*Exigencias que deben concurrir en el conflicto de bienes para apreciar el estado de necesidad. Sólo eximente incompleta en el caso de angustiosa necesidad de obtener con rapidez dinero para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte*

Tercero.—Cuando se trata del tipo de tráfico de drogas, no existe una razón dogmática que imposibilite por incompatibilidad la apreciación del estado de necesidad, como eximente o como atenuante; y si esta Sala en reiteradas ocasiones ha rechazado su estimación en tal delito ello ha sido por no concurrir en el caso las exigencias del conflicto que son básicas para admitir su relevancia penal; bien porque no constara la concurrencia de una amenaza concreta grave e inminente para un bien jurídico en los términos examinados anteriormente o bien porque —lo que es más frecuente— no apreciara que la conjuración del mal pasara ineludiblemente por la comisión del delito enjuiciado ante la imposibilidad de remediarlo por medios lícitos. En cambio la mayor gravedad del ataque a la salud pública que el tráfico de drogas pueda representar en comparación con el mal que para otro bien jurídico personal del sujeto se quiere evitar, es obstáculo para la estimación de la eximente completa pero no para la apreciación de la incompleta si concurren los elementos integradores del estado de necesidad entendiendo como conflicto entre dos bienes en el que uno inevitablemente se ha de sacrificar para la salvaguardia del otro.

Cuarto.—En cada caso concreto por tanto se ha de determinar la posible apreciación del estado de necesidad sin que su dificultad en el tipo de tráfico de drogas signifique una forzosa desestimación *a priori*.

En el presente supuesto se dan circunstancias relevantes y excepcionales que justifican la estimación de la eximente incompleta: A) un hijo del acusado padece una gravísima enfermedad en el cerebro que precisa intervención quirúrgica a la mayor brevedad; B) el importe de esta urgente operación es de 9.000 dólares; C) el acusado solicitó a tal fin un préstamo que le fue denegado por la entidad bancaria. La reunión de estos datos que la Sala declara probados —sobre la base además de una documentación traída al Juicio Oral por los cauces procesales adecuados, y no de sospechosos documentos que ya poseyera anticipadamente el sujeto al llegar a España— por sí mismos reflejan las exigencias del conflicto propio del estado de necesidad: a la extrema gravedad e inminencia del mal, se añade la imposibilidad de evitarlo por el único medio lícito y eficaz de pagar la intervención quirúrgica, una vez fracasado el intento de obtener su importe, sin tampoco disponer de tiempo para esperar mejor fortuna. No se trata aquí, como tantas otras veces de una situación de pobreza más o menos real y de difusos contornos, difícilmente encajables dentro de un verdadero conflicto grave y actual entre bienes jurídicos concretos, sino ante una angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte. El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta la apreciación de la eximente

completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la Sala de instancia.

(Sentencia de 26 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 20.6

*Aspectos esenciales del miedo insuperable. Constituye eximente incompleta el caso de los tripulantes de embarcación que se niegan en alta mar a recoger cocaína, al creer que iban a transportar tabaco, accediendo a ello por orden del capitán de barco, lo que alteró la capacidad de decisión de aquéllos*

Decimoséptimo.—El recurso interpuesto por este recurrente, uno de los tripulantes del barco, contratado como maquinista, se articula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alegando aplicación indebida de los artículos 368, 369 y 29 del Código Penal de 1995, e infracción por indebida inaplicación del artículo 20.6.º del Código Penal. Alega el recurrente que conforme al relato fáctico tanto él como los demás tripulantes del barco se enrolaron en la creencia de que iban a participar en una operación de contrabando de tabaco, y cuando les ordenaron recoger en alta mar unos fardos arrojados por otro buque, al advertir que era cocaína se negaron a subirlos a bordo, viéndose obligados a ello por la actitud del Capitán, que les exigió que lo hicieran, terminando por acceder ante dicha exigencia.

Sobre la base de estos hechos considera el recurrente que concurre la eximente de miedo insuperable, del artículo 20.6.º del Código Penal de 1995, dado que encontrándose en alta mar y siendo el Capitán la máxima autoridad del buque, la orden de éste constituyó un estímulo real, grave, cierto e inminente que no podía desatender sin poner en riesgo su propia vida.

Esta alegación se reitera de forma semejante en los recursos de los otros tripulantes del barco (F. R., F. C. y L. R.), que se encontraban en la misma situación del recurrente, por lo que se analizará conjuntamente la responsabilidad de todos ellos en relación con este motivo de recurso.

Al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta que la Sala sentenciadora ya ha valorado esta situación en la que se encontraban los tripulantes (desconocimiento inicial de que se trataba de tráfico de cocaína, y participación definitiva por exigencia del Capitán), que considera debe reflejarse en una responsabilidad atenuada de los recurrentes, a la que llega mediante el procedimiento de calificar su intervención como complicidad. Sin embargo esta calificación como complicidad es objeto de impugnación por parte del Ministerio Público en su recurso.

En consecuencia, los temas implicados en los recursos de los cuatro tripulantes (apreciación de la eximente completa o incompleta de miedo insuperable, por inexigibilidad de otra conducta) y en el del Ministerio Fiscal (calificación como complicidad o autoría de su comportamiento), se encuentran asimismo entrelazados, pues en realidad lo que se discute es la valoración jurídica a efectos de determinación de la responsabilidad de los tripulantes, del hecho de que su intervención en el tráfico de cocaína viniese determinada forzosamente por la orden del Capitán.

Decimoctavo.—Debe iniciarse la resolución de esta cuestión anticipando la necesidad de acoger en este punto el recurso del Ministerio Fiscal. La Sala sentenciadora fundamenta la calificación como complicidad en que se trata de actos no indispensa-

bles, ni difíciles de obtener, de carácter auxiliar y secundario, así como por no ser «de aplicación de la doctrina de los bienes escasos, por no tener tal carácter los bienes o servicios aportados». Pero lo cierto es que, encontrándose el barco en alta mar y siendo los recurrentes los únicos tripulantes, su colaboración para recoger los bultos de droga en el mar y posteriormente estibar la carga para trasladarla a puerto, así como lastrarla «de manera que, en caso de ser sorprendidos por los servicios de vigilancia aduanera, pudiera ser arrojada rápidamente al mar», según se expresa en el relato fáctico, constituye una cooperación absolutamente necesaria, pues se trata de una actuación indispensable, sin la cual no se hubiera podido llevar a efecto la operación.

No nos encontramos, por tanto, ante uno de los supuestos excepcionales de complicidad admitidos por la doctrina jurisprudencial y a los que se refiere el Tribunal sentenciador, pues la colaboración de los recurrentes no fue meramente auxiliar sino necesaria y además de carácter indispensable pues los recurrentes constituían las únicas personas que podían completar con éxito la operación si se hubiesen negado a recoger, estibar y lastrar los fardos así como a transportarlos en el barco hacia la costa gallega, habría resultado imposible sustituirles.

Decimonoveno.—Ahora bien también es cierto que el relato fáctico expresa que los recurrentes se negaron inicialmente a recoger los fardos al darse cuenta de que podían contener droga, y sólo accedieron a hacerlo ante la exigencia conminatoria del Capitán, máxima autoridad en el buque.

El Código Penal de 1995 parte del principio de que no puede admitirse la existencia de mandatos u órdenes antijurídicas con trascendencia delictiva que tengan fuerza para obligar a su cumplimiento, por lo que suprime la eximente de obediencia debida recogida en el artículo 8.12 del Código Penal de 1973. En consecuencia es claro que la actuación de los recurrentes no puede estimarse justificada por la obediencia a la orden del Capitán, manifiestamente delictiva.

Es claro también que los recurrentes conocían el carácter delictivo del comportamiento ordenado, por lo que su conducta tampoco puede ampararse en el error de prohibición prevenido en el artículo 14 del Código Penal de 1995.

La actuación de los recurrentes debe contemplarse desde la perspectiva de la concurrencia o no, como causa de inexigibilidad de otra conducta, de la circunstancia de miedo insuperable prevenida en el artículo 20.6.º del Código Penal de 1995.

Vigésimo.—Como señala la sentencia número 1491/1999, de 25 de octubre de 1999, el artículo 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo artículo 8.10.º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Como señala un sector de la doctrina, para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio.

Desde una perspectiva meramente casuística, se debe examinar, si en cada caso concreto, el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Dicho de otra forma debe-

mos determinar si el miedo resultó insuperable, lo que nos llevaría a la eximente, o por el contrario, existen elementos objetivos que nos permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto aun reconociendo la presión de las circunstancias.

Vigésimo primero.—Pues bien, en el caso actual debe admitirse la concurrencia de la circunstancia del artículo 20.6.º en calidad de eximente incompleta. De un lado ha de aceptarse que, atendiendo a los hechos probados, ha concurrido una alteración en la capacidad de decisión del recurrente, y de los demás tripulantes que se encontraban en la misma situación, provocada por el temor, recelo o aprensión que el sujeto sufría frente a un factor del que derivaba la posibilidad de acaecimiento para el mismo de una represalia: la orden del Capitán, máxima autoridad del barco, cuya desobediencia podía conllevar serias consecuencias negativas para el recurrente, máxime encontrándose en alta mar y en el ámbito de una operación criminal. Se trata de una alteración que no llega a anular la capacidad de entendimiento y voluntad, pero que sí limita esta última, al restringir seriamente la libertad de decisión.

Ahora bien, la concurrencia de este primer elemento de la eximente (el miedo, entendido en el sentido expresado de alteración de la facultad de decisión por el temor a una consecuencia negativa grave), únicamente permite apreciar la circunstancia como eximente incompleta, pues el temor no puede ser calificado como «insuperable». En efecto este segundo elemento debe valorarse en un sentido normativo ya que la cuestión definitiva consiste en determinar si concurre o no la exigibilidad subjetiva de la conducta adecuada a derecho. Y en este sentido cabe recordar que, en frase de uno de nuestros grandes penalistas clásicos, «este precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes».

Pues bien lo cierto es que si consideramos a un hombre medio, situado en la concreta posición del recurrente, debe concluirse que se le podría exigir una conducta distinta, atendiendo a los siguientes factores: *a*) no consta que el Capitán emplease amenaza alguna, ni medio de coerción, más allá de la mera «exigencia» a los tripulantes de que recogiesen los fardos; *b*) todos los tripulantes (cuatro) se encontraban en la misma situación —todos se negaron según el relato fáctico— por lo que la persistencia en la negativa constituía una alternativa no solamente factible, sino con serias posibilidades de prosperar; *c*) según el relato fáctico, el propio Capitán también actuaba en la creencia inicial de que los fardos sólamete debían contener tabaco, por lo que no resulta plausible que su «exigencia» fuese a convertirse de modo inmediato en una reacción necesariamente violenta, máxime encontrándose en ostensible inferioridad numérica; *d*) el propio recurrente conocía al enrolarse que la actividad que iba a realizar era delictiva (contrabando de tabaco en gran escala), por lo que no puede escudarse en la condición delictiva de sus jefes o compañeros para alegar un temor insuperable frente a los mismos, que ampare la inexigibilidad de una oposición más firme y reiterada a colaborar con la operación, una vez conocido su diseño definitivo.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el motivo de recurso, apreciando la concurrencia en el recurrente —y en los que se encuentran en la misma situación— de la eximente incompleta de miedo insuperable, que determina una escasa modificación de la pena impuesta, pues queda en cierto modo compensada por el cambio de grado de participación (de cómplice a autor), derivado de la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

*Temor a las posibles represalias que pudiera tomar el acreedor ante el impago de deuda por el acusado*

Único.—(...) 2. La naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es quizás en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

Señalado lo anterior, ha de comprobarse si la situación descrita en el relato fáctico es conforme al presupuesto fáctico del tipo de la exención, en su consideración de eximente incompleta. El relato fáctico refiere que el acusado sintió temor ante las reclamaciones perentorias para el pago de una deuda y, se afirma también, que esa situación alteró «sensiblemente» su capacidad de decisión. En definitiva, lo descrito en el relato fáctico es la realización de una conducta motivada por la necesidad de hacer frente al pago de unas deudas contraídas y el temor a las posibles represalias que los acreedores pudieran tomar. No se describe en el relato fáctico los presupuestos necesarios para conformar el miedo y, sobre todo, no se señala ningún dato sobre el requisito, éste sí objetivo, de la insuperabilidad del miedo pues no se refiere su realidad, se habla de sentimiento de temor, ni su incidencia, máxime en una conducta que se desarrolla en un período de tiempo duradero con posibilidades de actuar de forma que hubiera podido superar la situación de miedo que el acusado pudo sentir. La jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia de 19 de octubre de 1999, ha exigido para la aplicación de la eximente insuperable, ya completa o incompleta, la concurrencia de unos requisitos en los que se trata de objetivizar sus presupuestos, así la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditativo y su condición de invencible, esto es, que no sea controlable o dominable por el común de las personas, siendo el miedo el único móvil de la acción.

(Sentencia de 24 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 20.7

*No procede eximente de ejercicio legítimo de un derecho ya que la relación matrimonial no concede derecho a agredir sexualmente con violencia e intimidación a esposa*

Cuarto.—Se ampara también en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por «aplicación» (quiere decir «inaplicación») indebida de la eximente 7.ª del artículo 20 del Código Penal, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho.

Teniendo en cuenta los hechos probados a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, esta pretensión no puede prosperar según acertadamente razona la Sala de instancia en el Fundamento de Derecho 3.º de la sen-

tencia, porque el matrimonio no atribuye en ningún caso el derecho de un cónyuge a violentar la voluntad del otro hasta el extremo de imponerle actos (en este caso sexuales) en contra de su voluntad, ya que según constante jurisprudencia que viene de antiguo, debe desecharse rotundamente y de plano, por contrario a la Constitución, «cualquier planteamiento que sea contrario a los derechos emanados de la dignidad de las personas y especialmente en lo que afecta al derecho a no sufrir tratos degradantes, al derecho a la intimidad y el derecho a la libertad sexual», cometiendo violación, según también ha dicho este Tribunal, por no estar amparado en causa alguna de justificación, quien tuviere acceso carnal con su cónyuge usando fuerza o intimidación (sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996).

Aparte de ello tampoco es posible aceptar la existencia de un error de prohibición, pues el acusado fue consciente de la necesidad de empleo de la violencia para doblegar la voluntad contraria de la víctima al imponerle una conducta en determinadas circunstancias de lugar y de tiempo, lo que necesariamente excluye la creencia de que actuaba en el ejercicio de un derecho.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 21.1

### *Posibilidad de aplicar atenuantes o eximentes por ingestión de alcohol; atenuante inapreciable en delito de carácter permanente como la posesión de drogas con destino al tráfico realizándose actos de transporte*

Primero.—(...) El delito contra la salud pública, en su modalidad de posesión preordenada al tráfico, mediante actos de transporte, como es el caso enjuiciado, es evidente que constituye un delito de carácter permanente, y así lo ha considerado la jurisprudencia reiteradamente (por ejemplo, Sentencias de 29 de marzo de 1990 y 23 de julio de 1994). De modo que si existe un período de tiempo indeterminado para su consumación, porque se produce con los tratos preliminares, acuerdo, recogida de la droga, ocultación, transporte y entrega, difícilmente puede aplicarse la atenuante de embriaguez por consumo de bebidas alcohólicas que tendrá, en todo caso, una afectación de las facultades mentales necesariamente limitadas temporalmente, salvo que otra cosa se determinara en el relato de hechos probados. Distinto ha de ocurrir en aquellos supuestos en que la afectación de sus facultades mentales se produce como consecuencia de la compulsión para el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que el sujeto trafica para paliar su autoconsumo y que están en relación directa con el delito cometido, y cuya adicción produce importantes efectos sobre el deterioro de la personalidad del sujeto, a causa precisamente de la necesidad de su consumo, produzcan o no síndrome de abstinencia. Nada de ello ocurre en el caso de autos, en donde no conocemos si el recurrente padece alcoholismo alguno, ni su grado de afectación por su consumo.

La jurisprudencia ha descartado la aplicación de mencionada circunstancia atenuante de intoxicación etílica mediante embriaguez en casos de delitos permanentes, como en la tenencia ilícita de armas (así, Sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1996). Por otro lado, como ya hemos dejado expuesto, no constan los datos fácticos

de dicha afectación en sus facultades intelectivas y volitivas, sin que pueda entenderse que la merma que le produjo en su conducción automovilística, base del delito cometido contra la seguridad del tráfico, pueda abarcar que el procesado no comprendiera la ilicitud del hecho de transportar tan importante cantidad de droga con efectos de distribución a terceros, o que le afectara de manera importante dicha comprensión, toda vez y además, que la mera concurrencia de una atenuante, como la que solicita el recurrente, no tiene efecto penológico alguno, en tanto el Tribunal sentenciador aplicó la penalidad en su franja y extensión mínima.

(Sentencia de 26 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 21.2

### *Requisitos para eximente incompleta de drogadicción: la ausencia de afectación grave de las facultades volitivas impide su apreciación*

Cuarto.—El restante motivo del recurso, segundo en el orden de su formulación, alega infracción de Ley amparándose en el artículo 849 número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y determinado, según el recurrente, por indebida aplicación de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2.º del Código Penal, ya que, en su lugar estima que procedía la apreciación de una eximente incompleta por la vía del número 1.º del mismo artículo.

En la sentencia recurrida el tribunal de instancia se plantea si el consumo de drogas estupefacientes, que como hecho probado en la misma resolución se expresa, pudo alcanzar el grado de eximente, decantándose por entender que sólo puede alcanzar la afectación de facultades volitivas que se dice sufre el acusado el grado de atenuante, pero sin que se plantee la posibilidad de que la afectación del sujeto, por el consumo pudiera ser una eximente incompleta. La cuestión que se plantea requiere establecer cuál sea la distinción entre el efecto del consumo de drogas con alcance meramente atenuatorio y el que es merecedor de la atenuante eximente incompleta por la misma causa del consumo. Jurisprudencialmente (sentencias de esta Sala de 31 de marzo y 18 de julio de 1997 y 3 de febrero de 1998) se viene exigiendo para la apreciación de la eximente incompleta bien una elevada gravedad de efectos determinada por una prolongada adicción, o reciente pero muy intensa, bien la asociación de la drogodependencia con otras deficiencias psíquicas tales como oligofrenia, psicopatías y trastornos de la personalidad, bien una situación próxima a la aparición del síndrome de abstinencia. La expresión en este caso en los hechos probados de la sentencia recurrida del concepto de afectación de las facultades volitivas del sujeto podría tener encaje tanto en la simple atenuante como en la eximente incompleta. Sin embargo atendiendo a que no concurren otras anomalías psíquicas ni hay datos de síndrome de oligofrenia, y no se califica de grave la afectación de las facultades volitivas del acusado, y a que en los fundamentos jurídicos se hacen apreciaciones de carácter fáctico que rechazan tal gravedad de afectación, teniendo en cuenta además que no hubo apreciación alguna por la víctima de deterioro en su agresor, quien tampoco solicitó reconocimiento médico al efecto en los días inmediatamente siguientes a su detención, y como quiera, por otra parte, que en la definición de la simple atenuante, en el número 2.º del artículo 21 del Código Penal ya se requiere una grave adicción a las drogas como causa de la conducta del agente, se ha de concluir que la incardinación en la simple atenuante de drogadicción es adecuada y suficiente para el

grado de afectación de las facultades volitivas del acusado recogido en la narración de hechos de la sentencia.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

### *No siempre el diagnóstico médico en relación a la grave adicción a sustancias es equiparable a la calificación jurídico-penal*

Primero.—El Ministerio Fiscal recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia que condenó al acusado como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas (arts. 238.1 y 2, 240 y 241.1) en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8) y atenuante de drogadicción (art. 21.2.º) a la pena de un año y un mes de prisión.

El primer motivo se formula por el cauce del artículo 849.1.º LECrim, denunciando error de derecho por indebida aplicación del artículo 21.2.º CP, alegando el recurrente que la sentencia impugnada no recoge como probados los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la circunstancia atenuante cuestionada, esto es, la drogodependencia grave del sujeto activo del delito y la conexión causal entre la drogadicción y la conducta delictiva. En realidad, lo que el Fiscal suscita es la errónea valoración por el Tribunal de instancia del informe pericial médico-forense que considera la drogadicción del acusado como «leve-moderada» y, sin embargo, el juzgador le da valor de «grave adicción» como presupuesto fáctico para aplicar la atenuante del artículo 21.2.º CP, siendo así que, en tal caso, el cauce impugnativo procesalmente correcto, hubiera sido el del error de hecho en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2.º LECrim.

Pero, aparte de esta consideración de naturaleza puramente formal, y contemplada la cuestión desde la perspectiva del *error iuris* invocado por el recurrente, cabe significar que no siempre el diagnóstico médico sobre la graduación de la toxicomanía del acusado es equiparable a la calificación jurídico-penal de dicha drogadicción, de manera que no es posible establecer automatismos de equivalencias entre estas diferentes apreciaciones, puesto que una drogadicción que desde el punto de vista clínico es considerada de relativa intensidad, puede, no obstante, ser calificada como grave desde la perspectiva jurídico-penal —que es el campo en que se mueve el Tribunal sentenciador— atendidos los diversos datos probados concurrentes que permitan al Tribunal establecer el grado de incidencia de la drogadicción en las facultades cognitivas y volitivas del sujeto y determinar, desde esta situación, el nivel de la toxicomanía a efectos de modificación a la baja de la imputabilidad del acusado.

Enfocado así el problema, es de ver que la sentencia recurrida recoge como datos de carácter fáctico en su fundamento de derecho tercero, que el acusado fumaba heroína y consumía cocaína por vía intravenosa, presentando estigmas de venopunción en los brazos de carácter reciente. Sobre estos presupuestos no cabe calificar de legalmente erróneo el *iudicium iuris* del Tribunal de apreciar la concurrencia de una grave drogodependencia del acusado, toda vez que éste se presenta fácticamente como un pluritoxicómano adicto al consumo de drogas particularmente nocivas como son la cocaína y la heroína, y especialmente esta última, cuyos efectos psico-físicos son singularmente devastadores para la psiquis del adicto, tal y como nos ilustra al respecto la doctrina científica, y de donde resulta que el consumo de tales sustancias —que, además, es reciente— ha tenido sin duda que incidir, reduciéndola, la imputabilidad del acusado al provocar un déficit de sus facultades de discernimiento y determinación de su conducta, que justifica la calificación de «grave» de la drogodependencia a efectos jurídico-penales.

Por lo demás, y aunque formalmente no se explicita, es claro que al apreciar la concurrencia de la atenuante, el Tribunal sentenciador ha considerado de manera implícita que la actividad ilícita del acusado ha venido impulsada por la grave adicción, que es el motor que genera la conducta objeto de enjuiciamiento y que, en todo caso, se ajusta al común proceder del toxicómano que atenta contra la propiedad ajena como medio de satisfacer la necesidad de consumo de drogas que su adicción le demanda.

Por todo lo cual, este primer motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de mayo de 2001)

### *Eximente incompleta de drogadicción: relevancia limitada para el tráfico de drogas*

Quinto.—Encauzado por la vía del artículo 849-1.º de la LECrim, sostiene en el motivo segundo y último, la inaplicación del artículo 21-1.º (se supone que en relación al 20-2) y la aplicación indebida del artículo 21-2, todos del CP.

Los términos en que se manifiesta el relato histórico de la sentencia, en función del cual pretende el recurrente el aumento de la eficacia atenuatoria de su grave adicción a la droga se condensa en la frase: «el procesado Joaquín C. R. padecía una notoria e importante adicción al consumo de cocaína que le impulsaba a comercializar con ella, afectándole, en parte, a su capacidad volitiva en grado medio».

Así pues, partiendo de una grave adicción al consumo de droga, como cualidad personal del afectado (ha de ser drogodependiente), el efecto psicológico, que proyecta sobre el comportamiento, se localiza y afecta («en parte») a la capacidad volitiva (o libertad de actuación), y lo hace en grado medio.

Es necesario a la hora de valorar el alcance atenuatorio de la circunstancia hacer dos puntualizaciones:

- a) Toda circunstancia modificativa, debe analizarse (para precisar su intensidad o grado de condicionamiento de la conducta cuya gravedad modula) en relación al delito, con respecto al cual va a apreciarse, en especial, la naturaleza y particularidades del mismo.
- b) En segundo lugar, la influencia del consumo de la droga en un sujeto, debe repercutir, casualmente en la ejecución del delito de que se trate. Requisito funcional, invariablemente exigido por esta Sala.

Si las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, constituyen determinaciones materiales, previstas por la ley, que eventualmente pueden concurrir en un delito, dirigidas a una mayor matización o consideración graduacional de las valoraciones sobre el injusto y la culpabilidad (amén de las que tienen su *ratio* en estrictos motivos de política criminal), con el consiguiente efecto penológico, en relación al delito básico, al cual las adscribe el legislador, sin que la esencia o existencia del delito resulte afectada, es forzoso concluir, que no podemos quedarnos en la simple génesis de la circunstancia y de sus efectos personales, ni siquiera en la intensidad de los mismos, aisladamente considerados, sino siempre en relación al delito concreto y su particular caracterización comisiva.

La adicción en nada afectaba a la conciencia del procesado, pero era susceptible de producir una intensa limitación en la libertad de obrar. Mas ¿con respecto a qué delitos?

Seguramente, en la comisión de un delito de violación, por ejemplo, tal situación no tendría la menor relevancia. Incluso dentro del delito de tráfico de drogas, no es lo

mismo que el delincuente precise vender unos gramos de droga, para adquirir la que imperiosamente necesita consumir él, al día siguiente, que la de aquel que disponiendo de casi trescientos gramos de sustancia para poder consumir, por un valor de casi tres millones de pesetas, «el impulso» que la adicción le produce es a «comercializar con la droga», términos en los que se manifiesta el *factum*.

El contrañimiento de la libertad o libre determinación del sujeto activo, la compulsividad de su conducta, en la segunda de las hipótesis que acabamos de plantear, no debe tener ni mucho menos la misma influencia, que en la primera, que de concurrir. sí sería factible la estimación del recurso y del apoyo que le presta el Ministerio Fiscal. Pero este no es el caso.

El montaje de un negocio de venta de drogas, que le ocasionaría, dados los datos objetivos obrantes en la causa, pingües beneficios al acusado, a costa de la salud ajena, no apacigua sus ansias incontinentes de conseguir la droga, sino únicamente le asegura que mientras siga la situación igual, no le faltará nunca para el autoconsumo.

El alcance atenuatorio que le otorgó la Audiencia a la circunstancia, ha sido el correcto al incardinarlo en el número 2.º del artículo 21 del CP.

(Sentencia de 13 de junio de 2001)

### *Doctrina jurisprudencial sobre efectos penales de drogadicción*

Debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala –Sentencias de 29 de abril de 1997, 5 de marzo de 1998 23 de marzo de 1998, 14 de abril de 2000, entre las más recientes–, que en relación y efectos penales de la drogadicción del sujeto y su incidencia en la comisión delictiva lejos de tener una aplicación automática e indiferencial, establecía de acuerdo con el anterior Código Penal tres niveles:

- a) La exigente completa para supuestos excepcionales de extraordinaria dependencia física y psíquica del sujeto, que comportaba una total anulación de sus facultades intelecto-volitivas.
- b) La exigente incompleta en casos de grave déficit de dichas facultades, sin que estén totalmente anuladas.
- c) La atenuante analógica en supuestos de consumos de drogas menos grave o en los que se aprecie una menor intensidad del deterioro de la persona.

En todo caso, junto a la adicción al consumo de drogas debía –y debe– exigirse una adecuada relación motivacional entre aquella dependencia y la perpetración del ilícito penal, de suerte que el delito tenga una relación con aquella drogodependencia. Por ello se dice y con razón que la situación de drogodependencia del sujeto es un factor criminógeno, y que la actividad delictiva motivada por esta situación es una delincuencia funcional.

No se ignora que con referencia al anterior Código Penal, también se ha utilizado como cuarta respuesta a la drogodependencia del sujeto, el expediente de la atenuante analógica de la exigente incompleta con el valor de muy cualificada, construcción no exenta de artificiosidad pues resulta prácticamente imposible distinguir morfológicamente la exigente incompleta de la atenuante analógica muy cualificada, máxime desde la punidad de trato penal de éstas con aquéllas según el artículo 61-5.º y el artículo 66 –rebaja de la pena imperativa en un grado y potestativamente en dos–, con una sola diferencia de naturaleza normativa, y por tanto ajena, a la propia situación de toxicofilia, así como los efectos atenuatorios de la pena en las exigentes incompletas son inmunes a la consecuencia de circunstancia agravante, en relación a las atenuan-

tes analógicas muy cualificadas, para la paridad de trato penal con las eximentes incompletas es presupuesto necesario la ausencia de agravantes.

En el presente caso, el *factum* refleja la situación en que se encontraba el recurrente, que con 21 años de edad, llevaba desde la temprana edad de once años consumiendo, y al tiempo de los hechos descritos se suministraba importantes cantidades diarias de cocaína y heroína. En esta situación, en la que por un lado existe un consumo alto de drogas que causan graves deterioros en la facultad de comprender y sobre todo de querer, unido a la larga data de consumos y a la edad de comienzo —once años—, debió llevar inexcusablemente a la Sala sentenciadora a la estimación de la eximente incompleta pues su actividad delictiva —delitos contra la propiedad— está dentro de esa delincuencia funcional motivada por aquel consumo de drogas y la necesidad de obtener dinero para satisfacer y continuar con su adicción —en tal sentido SSTS de 23 de marzo de 1998 y 14 de abril de 2000—, en casos como el sometido al presente control casacional, la condición de toxicómana impregna toda la personalidad del sujeto, de suerte que se está más en un ser que en un estar, ante un estado permanente y no ante una situación episódica y ello debe tener su traducción jurídico-penal en relación a aquellos datos que guarden relación con la droga, situación que en el presente caso a la vista de la larga data de consumo, naturaleza grave para la salud de las drogas consumidas, y edad temprana de inicio de tales consumos —los once años—, debe llevarnos a la eximente incompleta, descontándose la completa porque la actividad delictiva desarrollada por el recurrente resultaría incompatible con la total privación de sus facultades intelecto-volitivas.

Como conclusión procede parcialmente la estimación del motivo, al prosperar la petición alternativa que solicitaba, al menos, la concurrencia de la eximente incompleta frente a la atenuante analógica aplicada.

El cambio trasciende del campo meramente semántico para tener claros efectos penológicos, pues de acuerdo con el artículo 66, procede la aplicación de la pena inferior en un grado imperativamente, aunque concurra la agravante ordinaria de reincidencia.

Procede la estimación del motivo.

(Sentencia de 24 de septiembre de 2001)

*La drogadicción debe ser el desencadenante del delito, no pudiendo apreciarse en supuestos de gran narcotráfico con el fin de obtener sustanciosos beneficios. No es pues apreciable en el caso de consumidor de sustancias estupefacientes con capacidad normal, estando implicado en grandes operaciones de narcotráfico*

Tercero.—En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.2 del Código Penal.

Se dice que la defensa de esta recurrente solicitó la apreciación de una atenuante en base a la dependencia a la cocaína que padece y con apoyo en los dictámenes periciales emitidos por los doctores don Carlos F. J. y don Enrique F.

Los informes de los citados doctores vienen recogidos en los hechos que se declaran probados y como bien razona el Tribunal de instancia, en el tercero de los fundamentos jurídicos, el consumo de sustancias estupefacientes, cuando la inteligencia y capacidad de crítica, juicio y raciocinio parecen normales, no supone, especialmente en casos como el presente de importantes operaciones de tráfico, que el

acusado actuase a causa de su grave adicción a las sustancias estupefacientes, como exige el artículo 21.2 del Código Penal.

La atenuación se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada «a causa» de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1998 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión, que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Este móvil está ausente en los casos del gran narcotráfico en los que el elemento determinante de las acciones delictivas radica exclusivamente en la obtención de sustanciosos beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo, no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

En el supuesto que examinamos el acusado, consumidor de sustancias estupefacientes, y con su capacidad de crítica, juicio y raciocinio dentro de la normalidad, aparece implicado en importantes y millonarias operaciones de tráfico, y como se acaba de expresar, el impulso delictivo no viene desencadenado por la drogadicción.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 1 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 21.3

*Concepto y elementos de la atenuante de arrebató u obcecación: no es estímulo suficiente recibir manotazo y responder con agresión con navaja*

Segundo.—En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 21.3 del Código Penal.

Se defiende la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebató u otro estado pasional de entidad semejante argumentándose que el recurrente fue agredido previamente por la víctima.

Es doctrina de esta Sala sobre la circunstancia atenuante invocada el que el arrebató es una reacción momentánea que los seres humanos experimentan ante estímulos poderosos que producen una honda perturbación del espíritu, que ofusca la inteligencia y determinan a la voluntad a obrar irreflexivamente y es elemento objetivo insoslayable para la apreciación de esta circunstancia el que el estímulo que desencadena la reacción rápida e instantánea, —arrebató—, debe tener cierta entidad de tal manera que justifique o explique la reacción del acto y merezcan una disminución de la imputabilidad con los efectos consiguientes sobre la pena. Se trata, pues, de una

atenuante pasional, en la que son decisivos los factores subjetivos típicamente emocionales y que en el arrebató supone la pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo (cfr. sentencia de 9 de octubre de 1998).

En el supuesto objeto de este recurso, el relato histórico de la sentencia, que debe ser rigurosamente respetado, no refleja, en modo alguno, que en el recurrente concurrieran esos factores de perturbación del espíritu, que ofuscan la inteligencia y determinan a la voluntad, que caracterizan la atenuante de arrebató que se postula, ya que, como razona el Tribunal de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, está ausente toda proporcionalidad entre el hecho de recibir un manotazo por el que pierde las gafas y la agresión que causa a la víctima con una navaja, sin que pueda sostenerse que las facultades psíquicas del acusado estuvieran alteradas hasta el punto de disminuir su capacidad de culpabilidad.

Aparece pues, razonada y razonablemente rechazada por el Tribunal de instancia la atenuante que se postula por el recurrente y el motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 22 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 21.4

*La descripción fragmentaria de los hechos no equivale a confesión, por lo que no procede la atenuación de confesar la infracción a las autoridades*

Cuarto.—El Motivo quinto se funda en el artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21-4.º del Código Penal (arrepentimiento espontáneo).

Por más que se aderece la denuncia con argumentos referidos a la evolución normativa y conceptual que ha incidido sobre la meritada atenuante hasta alcanzar su actual estadio interpretativo a cuya virtud quedan reducidos a mínimos casi inapreciables la exigencia referida al elemento subjetivo del comportamiento, reparador o facilitador de la averiguación de los hechos o de la investigación del delito destacando específicamente la faceta objetiva de la conducta, no es posible acceder a lo postulado en la tesis recurrente porque tal pretensión encuentra un obstáculo insalvable cual es la total ausencia de reflejo en el *factum* de cualquier dato en que apoyar la aplicación de la atenuante, ausencia que está perfectamente justificada en el fundamento jurídico cuarto de la combatida con fórmula que, por su razonabilidad y pulcritud expositiva, merece ser reproducida como corolario con el que ratificar el anunciado fracaso de la propuesta recurrente.

Dice así tal apartado: Eliminados los sustratos psicológicos de contrición propios del otrora arrepentimiento espontáneo, se centra la circunstancia analizada en el dato cronológico («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él») y en la confesión de la infracción. Pues bien, como acertadamente indicó la parte acusadora particular en su impecable informe, no puede asimilarse a confesión cuanto se documenta en los folios iniciales del atestado, así se recoge en el mismo la información que había proporcionado el acusado de la existencia de una pelea «con otras personas» y el mordisco propinado «a uno de ellos»; evidentemente lo que se ofrece es una descripción fragmentaria de lo acaecido que en modo alguno equivale a una «confesión» y, además, «de la infracción» puesto que no se atribuye para sí ninguna, lo que equivale a decir, haciendo propios los términos de la STS de 5-12-1990, que no existe autoinculpación.

(Sentencia de 8 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 21.6

*Dilación indebida: valoración como atenuante analógica*

Cuarto.—Por último, se denuncia infracción de ley, del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 24.2 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, dado que el seguido contra el recurrente se inició el 26 de marzo de 1991 y la sentencia dictada es de 3 de octubre de 1998.

El Fiscal ha expresado su apoyo a este motivo, por considerar que se dan las condiciones requeridas para hacer uso del criterio de este tribunal, que ha entendido que supuestos como el presente deben llevar aparejada una atenuación analógica de la pena. No una proposición de indulto, que es lo que se solicita por el recurrente. Y lo cierto es que la causa se inició el 26 de marzo de 1991, la sentencia de instancia tiene fecha de 3 de octubre de 1998 y tal demora en el trámite no puede atribuirse al acusado.

Pues bien, la propuesta del Fiscal recoge el criterio que se expresa en la sentencia de 8 de junio de 1999, según lo acordado en Junta General de esta sala de fecha 21 de mayo de 1999, y en la línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se decantó por un atenuación proporcionada de la pena, como forma de reparar la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caso Eckle, sentencia de 15 de julio de 1982).

Como se razonó en el acuerdo citado, si el legislador ha dispuesto que la legítima privación cautelar de derechos durante el proceso debe compensarse en términos de reducción del tiempo de pena por cumplir (arts. 58 y 59 CP), con tanta o más razón deberá operarse de ese modo cuando la lesión del derecho del imputado carezca de justificación legal. Cierto es —se dice también— que el legislador no ha proporcionado reglas específicas al respecto para este tipo de supuestos, pero sí ha contemplado la posibilidad de que circunstancias posteriores a la ejecución del hecho punible puedan producir el efecto de disminuir la culpabilidad, con la consiguiente adecuación de la pena (art. 21, 4.ª y 5.ª CP). Es verdad que en estos casos concurre un cambio actitud del interesado, positivamente valorable, que aquí, en cambio, no se daría. Pero ello no debe ser obstáculo para aplicar el aludido criterio legal puesto que hay analogía en lo fundamental, que es la orientación a conseguir la máxima adecuación a la culpabilidad en la imposición de la pena, en la que ha de comprenderse el gravamen derivado de un inadecuado tratamiento procesal como el representado por una injustificada dilación en el curso de la causa. Este efecto puede obtenerse al amparo de la previsión del artículo 21.6.ª CP, operándose así en la reducción de la pena dentro de las reglas generales de individualización de la misma.

(Sentencia de 24 de enero de 2001)

*Aplicación de atenuante analógica a quien con su declaración, una vez detenido y por tanto conociendo ya el procedimiento que se dirige contra él, se logra identificar a otros responsables*

Sexto.—Nos queda por examinar el motivo 5.º de este recurso de Laura S., que hemos de estimar parcialmente, como ya ha quedado indicado.

Al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado en su favor el artículo 376 CP, que permite imponer la pena inferior en uno o

dos grados en esta clase de delitos siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: 1.º Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas. 2.º Que se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado. 3.º Que haya colaborado activamente de alguna de estas formas: a) Para impedir la producción del delito. b) Para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

De tales tres requisitos en el caso presente sólo concurre el tercero, en su modalidad de haber colaborado para obtener pruebas decisivas para la identificación de otros responsables.

Respecto de Laura no consta que se estuviera dedicando de modo más o menos repetido a colaborar en el tráfico de drogas. Sólo aparece probado el hecho concreto aquí examinado. No cabe hablar, por tanto, de que haya abandonado voluntariamente esas actividades delictivas.

Tampoco se presentó a las autoridades para confesar su actuación. Por el contrario, se vio obligada a ir a la policía porque había sido detenida una hija suya al haber actuado en la recepción de un paquete que venía dirigido a la madre.

Pero ciertamente sus declaraciones iniciales en la comisaría local de Coslada y posteriormente en el Juzgado de Instrucción, junto con las que en parecidos términos hizo su compañero Andrés M. L., en las que quedaron revelados los nombres de Aurea y de Carlos como personas dedicadas a actividades relacionadas con el tráfico de drogas, la primera, Aurea, como quien le encargó que recibiera el paquete y el segundo, Carlos, como propietario del chalé donde se «cocinaba» la droga, sirvieron a la policía para dirigir sus investigaciones contra estas dos personas, que luego fueron detenidas, procesadas y condenadas, y para encontrar el lugar donde, en la parcela de dicha vivienda, si bien en una elemental edificación aparte, estaban los dos bidones con una solución líquida que contenían acetona y éter etílico con restos de cocaína que pesaron 17,4 gramos. Quedó así al descubierto una organización que alguna importancia tenía cuando se le interceptó una mercancía ilícita valorada en cuarenta millones de pesetas.

Así pues, no cabe aplicar al caso, como pretende la recurrente, esa facultad de atenuación privilegiada de la pena prevista en el artículo 376, ni tampoco la atenuante 4.ª del artículo 21, al faltar el requisito temporal expresamente exigido en esta última norma («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él»); pero entendemos que ha de aplicarse la del número 6.º del mismo artículo 21 al existir una evidente analogía con lo dispuesto en tal apartado 4.º y ante la necesidad de favorecer estos comportamientos, tan útiles en la persecución de estas graves infracciones.

El fundamento de esta última disposición penal (art. 21.4.ª) radica en la utilidad que para las investigaciones de los delitos y, en último término, para un funcionamiento más ágil y eficaz de la Administración de Justicia, lleva consigo esta clase de confesiones de los imputados en las que se proporcionan datos importantes para el proceso penal, utilidad que es evidente existió en el caso por las manifestaciones de Laura antes referidas, como acabamos de decir, y con una relevancia singular que permitió detectar otras personas y otras actividades delictivas que permitieron dirigir el procedimiento contra otros dos inculpados y respecto del lugar donde se preparaba la cocaína recibida para que pudiera introducirse en el mercado ilegal.

Tal actuación de Aurea, prescindiendo de sus motivaciones subjetivas –se pretendía la propia exculpación, evidentemente–, tuvo una eficacia práctica concreta en el presente proceso penal, que constituye la razón de ser de ese artículo 376 CP, y ahora merece la aplicación como muy cualificada de esa circunstancia atenuante 6.ª del artículo 21 en relación con la 4.ª antes referida. Acordamos bajar un grado las penas

del artículo 368 y 369.3.º imponiéndolas en el mínimo de tal grado (no hay razón suficiente para bajar dos grados), es decir, cuatro años y seis meses de prisión y veinte millones de pesetas de multa, por lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 66.

Hay que favorecer esta clase de comportamientos como un instrumento más en la lucha contra este tipo de delitos tan perjudiciales para la sociedad en todos sus niveles, particularmente entre los grupos económicamente más débiles.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 9.9 o subsidiariamente artículo 9.10 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que este recurrente reconoce paladinamente su intervención en los hechos, relatando minuciosamente y con todo lujo de detalles su desarrollo e incidencias, habiendo sido sus declaraciones fundamentales para la detención, procesamiento y condena de los otros encausados.

Tiene declarado esta Sala respecto a la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9 del Código Penal de 1973 —cfr. sentencia de 13 de julio de 1998— que la jurisprudencia de esta Sala primero y el Legislador de 1995 después han sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso de arrepentimiento espontáneo por una mayor objetivación que consolida la tendencia doctrinal de justificar la atenuación por razones de política criminal, sustituyendo la exigencia subjetiva del arrepentimiento por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia consistente —en el caso de la actual atenuante 4 del artículo 21— en proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades. Desde esta perspectiva cobra mayor relevancia la exigencia de que la confesión deba producirse antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él por cuanto después de ese momento, que presupone un cierto conocimiento previo por las Autoridades aunque sea indiciario de su responsabilidad criminal, la confesión carece de la relevancia colaboradora que en cambio tiene la confesión de una responsabilidad desconocida hasta entonces por las Autoridades. De ahí que la confesión del recurrente después de su detención sobre su propia participación en el hecho, no permita la estimación de la atenuante 4 del artículo 21, ni —por lo ya expuesto— la analógica del número 6. Pero su complementaria colaboración descubriendo a la Policía lo que ésta ignoraba, es decir, nombres y datos sobre la participación de otras personas en el presunto hecho delictivo, cuando aparecen como especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados, permite la aplicación de la circunstancia atenuante analógica 10.ª del artículo 9, en relación con la 9.ª del mismo precepto, del Código Penal de 1973 o la analógica 6.ª del artículo 21, en relación con la del número 4 del mismo artículo, del Código Penal de 1995. Si el espontáneo arrepentimiento, con toda su significación moral ha desaparecido definitivamente del Código Penal, y es la utilidad de la colaboración relevante para con la Justicia lo que justifica por razones objetivas de política criminal la atenuante nominada, análoga significación cabe apreciar en la referida conducta que da lugar a la atenuante por analogía.

Ciertamente, en el caso que examinamos, las declaraciones de este acusado, aportando datos y circunstancias reveladores de la participación de varios de los encausados en los hechos enjuiciados, han contribuido eficazmente a la investigación policial y a la causa de la Justicia, colaboración que permite sustentar la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo que debe ser apreciada. El motivo es estimado con este alcance.

(Sentencia de 14 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 22.1

*Concepto de alevosía sobrevenida.*

Tercero.-1. En el submotivo cuarto del motivo primero, se denuncia la aplicación del artículo 139.1.ª, en relación con los arts 22.1.ª, 16 y 62, todos del CP, por estimar que los hechos no eran constitutivos de un delito de asesinato, en grado de tentativa, sino de lesiones con la agravante de ensañamiento de los artículos 147.1 y 148.2 (por error material se dice 148.3.º) y con la atenuante del artículo 21.6, todos del CP. Se niega, en suma, el *animus necandi* y la existencia de la alevosía para postular, en definitiva, la condena por un delito de lesiones.

La queja no puede prosperar si se respetan los hechos probados números 10 y 11, que son precisos, y se considera el sólido análisis que de los mismos hace el Tribunal *a quo* en el fundamento noveno de la sentencia, que es asumido en esta sede por su convincente racionalidad, rigor lógico, e impecable motivación jurídica.

2. El *animus necandi* y su diferenciación en el *animus laedendi* no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y muchas, en el ámbito probatorio, como recuerda la sentencia impugnada. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos, como tantas veces ha declarado esta Sala, que contribuyen a formar la convicción del órgano judicial y que son tanto los anteriores como los coetáneos y posteriores al hecho que, en el caso enjuiciado, como destaca con objetividad la sentencia impugnada, tropieza con la dificultad adicional de que el comportamiento agresivo del acusado se aparta notablemente del observado con una mayor frecuencia en la «praxis» judicial, pese a lo cual el Tribunal sentenciador expresa su íntima y firme convicción racional de que el acusado pretendía conscientemente acabar con la vida de su víctima.

3. Las razones de esa convicción se describen con expresiva meticulosidad en el fundamento décimo de la sentencia. Son, en síntesis, en primer lugar, que a lo largo de todo el episodio, el acusado amenazó a María José que la mataría en tres ocasiones.

En segundo lugar la brutal agresión ejercida contra ella con saña y reiteración de saltos repetidos sobre la cabeza, cuello y parte superior del tórax, que eran idóneos para acabar con su vida, como lo entendieron los testigos que acudieron ante la insólita escena y con estupor dijeron «la va a matar», sin que el acusado cesara en sus reiterados saltos sobre el cuerpo indefenso de la agredida hasta que fue puesto en fuga por la intervención de terceros. Por último, además de la gravedad de las lesiones causadas a M.ª José y como indicio retrospectivo del *animus necandi* la ulterior actitud del acusado inmediatamente después de los hechos, desentendiéndose del estado de la víctima tan ignominiosamente agredida. Son los que esta Sala ha calificado en alguna ocasión de «indicios en cascada» del ataque alevoso (Sentencia de 20 de septiembre de 1999), que en el caso enjuiciado se materializó bajo una de sus modalidades características como lo es, conforme a doctrina constante de esta Sala, la alevosía de prevalimiento sobrevenida que tiene lugar «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» según los términos literales de la sentencia de 3 de diciembre de 1993 citada por la de 20 de septiembre de 1999. Esta última recuerda que la 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 víc-

tima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente.

Así aconteció según el *factum* de la sentencia de la Audiencia de Sevilla, cuando la víctima se encontraba inerte e inerte en el suelo semiinconsciente y tumbada boca arriba en situación desvalida y sin posibilidad no ya de defenderse sino de realizar siquiera el menor movimiento de protección o evasión frente a los reiterados ataques del acusado, tal como declararon en el juicio hasta cuatro testigos presenciales.

4. Predominantemente objetiva la alevosía debe ser también abarcada por el dolo del autor. No es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consiente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS. 29-3-1993, 8-3-1994 y 26-6-1997).

La claridad de los hechos probados y la racionalidad elocuente de los fundamentos noveno y décimo de la sentencia impugnada evidencia la correcta subsunción de los hechos en el delito de asesinato tipificado en el artículo 139, circunstancia primera (alevosía) en grado de tentativa del artículo 16, ambos del CP.

Este motivo también ha de ser desestimado.

(Sentencia de 30 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 22.2

### *Agravante de disfraz: requisitos. Comunicabilidad a los partícipes a quienes les beneficia y tienen conocimiento de ello*

Cuarto.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim por infracción de los artículos 22-2.º y 65.2 del Código Penal, que estimó aplicados indebidamente, por entender que Luis Ramiro utilizó la capucha por prevención propia, no por acuerdo previo de ambos acusados en busca de una mayor impunidad, que les beneficiara igualmente.

Es interesante precisar que el relato histórico de la sentencia indica que, en ambos robos, José Benito consigue que los empleados de las sucursales le abran la puerta y, seguidamente, sujetándola unos instantes, da entrada al consorte delictivo que se halla en las proximidades, el cual se introduce en la Sucursal, ya encapuchado, mientras el recurrente permanece fuera, esperando la salida del otro, para emprender la huida.

Hemos de aceptar el relato fáctico de la sentencia, dada la vía impugnatoria elegida, y en ella se habla de que la actuación de los acusados lo fue de mutuo acuerdo.

Pero además, la mecánica comisiva es casualmente idéntica en los dos atracos, no por pura coincidencia, como postula el recurrente sino que además es la única lógica y viable.

En efecto, el que pulsa el timbre del Banco no puede estar encapuchado; de estarlo, no sólo no le iban a abrir la puerta los empleados, sino que inmediatamente iban a dar cuenta a la policía.

Del plan delictivo formaba parte, tanto el encapuchamiento o embozamiento de uno, como la cara descubierta del otro, que necesariamente tenían que observar los empleados, comprobando la normalidad de la situación, como presupuesto del franqueo de la entrada.

Planteado en estos términos el problema, hemos de recurrir a la doctrina de esta Sala, para discernir la procedencia o no de la aplicación de la agravante de disfraz (art. 22-6 Código Penal).

Tres son los requisitos para la estimación de esta agravante: a) objetivo: consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual; b) subjetivo: propósito de facilitar la ejecución del delito o evitarse su identificación, rehuendo responsabilidades; y c) cronológico: según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después de tal momento (SS. 17-6-1999, 15-9-1999 y 19-11-1999).

Dando por supuesta la concurrencia del primero y el tercero, de naturaleza objetiva, será el segundo, el que precisará de un análisis más detallado.

El propósito del culpable, se halla en directa relación con la *ratio* agravatoria de la circunstancia, integrada por el reproche que merece el sujeto activo que astutamente acude a argucias o artimañas, que le van a permitir el favorecimiento de la comisión del delito o el logro de la impunidad.

Poniendo en relación los dos aspectos de la agravatoria, el objetivo (uso de medio, apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual) y el subjetivo (mayor facilidad de ejecución y mayor impunidad), con el artículo 65 del Código Penal, podemos establecer los siguientes supuestos para el caso de que un delincuente utilice el disfraz y otro no, como es el caso de autos:

A) Que la utilización del disfraz forme parte del concierto criminal o proyecto delictivo. En este caso, podemos distinguir a su vez:

1) Que se utilice el disfraz para facilitar la ejecución del delito. Por ejemplo, vistiéndose con traje de sacerdote o uniforme de policía, como mecanismos aptos para confiar, sorprender y confundir, a las posibles víctimas del delito. En este caso, debe alcanzar la agravación al que no lleva el disfraz, porque forma parte del proyecto criminal y se beneficia de su uso.

2) Que la utilización tenga por objeto ocultar la identidad, con miras a la impunidad. Este uso y finalidad será la más normal y frecuente, dentro de la sociología criminal. En este supuesto habremos de distinguir:

a) Que se beneficie el que no porta el disfraz. Por ejemplo, si queda uno de los partícipes dentro de un coche en funciones de vigilancia y presto a emprender la huida. También debe alcanzarle la agravación, pues el no identificar a un delincuente, favorece el anonimato del consorte delictivo. No lleva disfraz, pero no interviene en la materialización del delito, en contacto, con las víctimas y eventuales testigos, salvaguardando su identidad.

b) Que no se beneficie del disfraz el que no lo lleva. En este caso, si en la escena del delito, aparece uno con disfraz y otro sin él, no debe alcanzar la agravación a quien no lo lleva, si ambos tienen las mismas posibilidades de ser identificados. Cabría plantear la hipótesis del beneficio indirecto del disfraz utilizado por otro, cuando el que está disfrazado es un conocido del lugar donde se comete el hecho, y su acompañante un forastero. En este excepcional supuesto podría alcanzarle la agravación.

3) Que tenga tanto la finalidad de facilitar la ejecución, como ocultar la identidad. En este supuesto, por el beneficio que le supondría por el primer aspecto, debería comunicarse la agravación.

B) Que el empleo de disfraz no forme parte del proyecto criminal, y el que no utiliza disfraz, ignore que se está utilizando por otro copartícipe. Sería el caso del que esperando a cierta distancia del lugar del delito, no pudo percatarse, que uno de los ejecutores sacaba del bolsillo, cualquier capucha y se la colocaba, por su iniciativa y en beneficio propio. Las agravantes, además de cumplirse en su aspecto obje-

tivo, el sujeto, ha de tener conciencia de la concurrencia de las mismas. A nadie puede imputarse o reprocharse algo que no conoce, ni podía conocer, ni esperar que se produjera.

Quinto.—Con base en la doctrina expuesta, reflejo de la seguida últimamente por esta Sala, en reiteradas y uniformes resoluciones, resulta inobjetable que la agravación se ha aplicado incorrectamente al recurrente José Benito.

La actuación a cara descubierta, y con la cámara del Banco enfocándole, permitió su identificación por los empleados, y el desvirtuamiento de sus argumentos defensivos.

En el fundamento primero de la sentencia, cuando se relata la prueba de cargo, que le culpabiliza se afirma: «ambos acusados son amigos y vecinos; los empleados del Banco aprecian cómo José Benito le abre la puerta a Luis Ramiro, al que ya ve entrar encapuchado; José Benito pretende explicar su presencia en el Banco como algo meramente casual, y que desiste de entrar cuando observa que entra un atracador, carece absolutamente de credibilidad, desde el momento que dicho acusado aparece en las dos ocasiones, lo que, evidentemente no puede obedecer a la casualidad». Sigue diciendo la Audiencia, en el mismo fundamento: «En el segundo atraco, después de haber preparado la entrada del otro acusado, es visto por uno de los empleados marcharse velozmente en moto, cuando Luis Ramiro sale de la oficina con el dinero... lo que evidencia que aquél esperaba fuera el momento de la huida, que hacen simultáneamente».

Todo ello nos indica, que en nada se benefició el acusado del disfraz del otro, aunque consintiera y tolerara que en el plan delictivo pudiera aprovecharse particularmente el otro.

El Tribunal ha aplicado incorrectamente los artículos 22.2 y 65.2.º del Código Penal. El motivo debe estimarse.

(Sentencia de 10 de mayo de 2001)

Primero.—(...) B) Por lo que hace a la aplicación indebida a ésta de la agravante prevista en el número 2 del artículo 22 CP, ejecutar el hecho mediante disfraz, debemos señalar que *ex* artículo 65.2, también CP, las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

En relación con el uso del disfraz y su comunicabilidad a los demás partícipes, la Jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que dicho supuesto agravatorio está integrado por un elemento objetivo y otro subjetivo, refiriéndose con ello, respectivamente, al uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona y el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. En los supuestos de concertación delictiva, cuando unos intervinientes usan el disfraz y otros no, la circunstancia agravante debe aplicarse a todos ellos si el uso por alguno lo es en beneficio de todos, teniendo en cuenta la mayor facilidad comisiva o la impunidad de la acción, y siendo ello así basta que sea conocido por los coautores que perpetren los hechos a cara descubierta, pues en este caso se trata de la asignación del papel correspondiente a cada uno pero participando todos ellos de las finalidades más arriba señaladas. Cuestión distinta es cuando el disfraz se utiliza por alguno de los intervinientes por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado el mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo, en cuyo caso sería de apli-

car el párrafo 1.º del artículo 65 CP (STS de 18-2-2000 y las citadas en la misma de 7-12-1990 y la de 1-2-2000).

En el presente caso no sólo se constata el necesario conocimiento por parte de la recurrente del uso del disfraz por los coacusados, al relato de los hechos parcialmente transcrito más arriba nos remitimos, comunicándose de esta forma el elemento objetivo a la partícipe que no usaba el artificio, sino que dicha forma de ejecución tenía como finalidad facilitar el acceso al domicilio elegido y la perpetración del delito, si tenemos en cuenta que uno de los coautores era conocido de la víctima y precisamente por ello la recurrente llama a la puerta a cara descubierta mientras los otros dos, enmascarados, se sitúan fuera de la visión de la mirilla, reparto de papeles para conseguir el propósito común, lo que significa también la comunicabilidad del elemento subjetivo que integra la agravante, y por ello la Sala, fundamento jurídico quinto, letra *a*), comunica la circunstancia a la acusada correctamente.

(Sentencia de 31 de julio de 2001)

### *Requisitos de la agravante de abuso de superioridad; agredir a preso sujeto por varios funcionarios*

Primero.—(...) La circunstancia agravante de abuso de superioridad, cuya presencia se niega por el recurrente, se caracteriza, como se expresa en las Sentencias de esta Sala de 2 de febrero de 1988; 29 de octubre de 1989; 25 de diciembre de 1991; 5 de abril de 1994; 30 de noviembre de 1994, 5 de junio de 1995, 27 de abril de 1996, 9 de julio de 1997 y 17 de noviembre de 2000, por la concurrencia de estos requisitos:

1) Que haya situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos épicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso que nos ocupa la superioridad resulta bien patente cuando se agrede a un preso en el momento en el que estaba sujeto por varios funcionarios. Ha existido un evidente desequilibrio de fuerzas en perjuicio del agredido y el agresor era perfectamente consciente de esa situación de superioridad.

(Sentencia de 19 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 22.5

*Concepto de la agravante de ensañamiento y compatibilidad con la exigente incompleta de enajenación mental*

Cuarto.—Infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 139.3.º, 140 y 22.5.º Código Penal, producida por la estimación incorrecta del ensañamiento, debido —se dice— a que sólo concurrió el presupuesto objetivo de la misma y a que el acusado obró bajo los efectos de un estado pasional, que ha sido apreciado y que es incompatible con esa otra circunstancia.

En los hechos probados de la sentencia se recoge, con incuestionable apoyo probatorio, que el acusado apuñaló hasta 48 veces a su víctima, en la zona torácica. Se hace constar que todas las heridas fueron causadas cuando aquélla todavía se mantenía con vida, hasta que fue privada de ella mediante un profundo corte en el cuello.

Como bien se sabe, para que pueda hablarse de ensañamiento es preciso que concurren datos evidenciadores de haber ocasionado padecimientos que exceden ostensiblemente de los que habría llevado consigo la clase de acción generalmente idónea —en la perspectiva de la relación medio/fin— para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor realiza, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, y se complace en el plus de sufrimiento que deparan a la víctima. A esto se debe que su conducta sea valorada como expresiva de un injusto de mayor gravedad: si todo delito conlleva un intolerable grado de injusto en el modo de tratar a otra persona, en tal género de supuestos ese coeficiente de injusticia concurre con una especial intensidad.

Alguna jurisprudencia ha asociado mecánicamente el modo de operar propio del ensañamiento a la frialdad de ánimo. Pero, en realidad, no cabe afirmar que exista una relación necesaria entre uno y otra. La calidad de las acciones depende, en última instancia, de la textura moral del sujeto; pero la manera de administrar las propias reacciones a los diversos estímulos y de dosificar su incidencia sobre terceros, es un rasgo de la personalidad que tiene mucho que ver con el carácter. Así, dos individuos de una falta de humanidad equivalente y de similar capacidad de crueldad proyectarán su abyección de distinta manera en función de la diversidad de sus temperamentos. De este modo, una acción perversa podrá desarrollarse, con más o menos excitación o autocontención, con morosidad o de manera impulsiva, según el perfil psicológico de su protagonista.

En el caso de que aquí se trata, la sala ha apreciado la concurrencia de indicadores objetivos inequívocos de un propósito que iba más allá de la simple privación de la vida; y también ha entendido, con toda razón, y así lo expresa en la sentencia, que el acusado causó de forma intencional ese excedente de daño. Llegando a esta conclusión —de forma procesalmente correcta— a partir de las peculiaridades y el número de las lesiones, de algunas manifestaciones del propio interesado, y de la suposición, nada arriesgada en términos empíricos, de la intensidad del horror que hubo de experimentar la víctima en los que fueron sus últimos momentos.

Es cierto que se apreció en el acusado un trastorno de conducta y que por eso se le ha aplicado una exención incompleta de responsabilidad penal. Pero del mismo modo que ese trastorno no eliminó el dolo de matar alevosamente, tampoco tendría por qué excluir el de causar de forma deliberada un excedente de sufrimiento, sin perjuicio de que esa circunstancia modificativa tuviera que valorarse, como ha sido valorada, en la graduación de la pena.

Por lo demás, la compatibilidad del ensañamiento con la exigencia incompleta de enajenación mental puede registrarse en distintas sentencias de esta sala (así, en las de 27 de septiembre de 1983, 28 de mayo de 1984, 20 de febrero de 1986 y 27 de febrero de 1992).

En consecuencia, este motivo debe también desestimarse.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 22.6

### *Concepto de abuso de confianza e incompatibilidad con la alevosía proditoria*

Cuarto.—(...) Tiene declarado esta Sala (Cfr. sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito e inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

Y es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 11 de diciembre de 2000, que el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no llevan implícita el abuso de la confianza como elemento esencial o constitutivo de la figura delictiva de que se trate.

Esta Sala igualmente ha examinado la compatibilidad o no de la agravante de alevosía con la de abuso de confianza. Así en la sentencia de 31 de marzo de 1990 se inclina por la incompatibilidad, aunque otras sentencias ven necesario precisar la modalidad alevosa que se ha tenido en cuenta antes de pronunciarse sobre esa compatibilidad. Con ese criterio, la Sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2000, señala que la alevosía proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada, y nos recuerda otra, la de 11 de marzo 1996 en que se declara que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una supe-

rioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS de 7 de marzo de 2000, en la que se afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor».

En el caso que examinamos en el presente recurso, indudablemente existía una relación afectiva entre el acusado y Laura, con la que había tenido el hijo cuya muerte violenta igualmente causó, y la convivencia que ambos mantenían es lo que a juicio del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia justifica la agravante de abuso de confianza por haberse aprovechado, se dice por este último, de los lazos de lealtad y confianza que tenía con la víctima. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial antes expresada, hay que destacar que la apreciación de la agravante de alevosía, según razona el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, surge por la inexistencia de reacción defensiva al encontrarse la víctima durmiendo o que al menos hubo una agresión súbita e inesperada que impide la reacción y permite rematar a la víctima, actuación alevosa en cuanto se aprovecha la sorpresa para asegurar el resultado y eliminar el riesgo de una eventual defensa de la ofendida. Y estos razonamientos de la sentencia recurrida en casación permiten sostener que, en este caso, ha sido esa especial relación personal y de convivencia que la víctima mantenía con su agresor la que le indujo a quedarse dormida o mantener una actitud de confianza que fue aprovechada por su agresor para causar la muerte sin ofrecerle posibilidad alguna de defensa.

Así las cosas, apreciada la agravante de alevosía, en este caso no puede aplicarse, asimismo, la de abuso de confianza en cuanto responde a una mayor facilidad comisiva que está implícita en aquélla, y la apreciación de ambas supondría penar dos veces el aprovechamiento por el agresor de la ausencia de reacción defensiva basada en una relación de confianza que inhibe la sospecha frente a una posible agresión.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 22.8

*No hay reincidencia si el condenado por robo con fuerza lo fue anteriormente por receptación, por no ser ambos delitos de la misma naturaleza*

Tercero.—El último de los apartados del Recurso se ampara igualmente en el precitado artículo 849.1.º de la LECrim para denunciar indebida aplicación del artículo 22.8.º del Código Penal.

La propuesta recurrente cuenta con el apoyo expreso del Ministerio Fiscal que, a tal fin, manifiesta que habiéndose tenido en cuenta para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia en el presente hecho —delito intentado de robo con fuerza— el antecedente penal que se contiene en el hecho probado respecto de Abdelmagid M. —receptación—, no concurren los requisitos que el propio artículo 22.8 del Código Penal exige para su apreciación, pues, aún tratándose de delitos que están comprendidos en el mismo título del Código, no se trata de delitos de la misma naturaleza.

Los argumentos expuestos por el autor del Recurso, referidos en esencia a la distinta naturaleza del delito de referencia y del hecho delictivo que ahora ha sido sancionado, descalifican la tesis de la combatida que aboga por la homogeneidad de ambos y, además, se acomodan a directrices jurisprudenciales ya consolidadas que, a partir de la vigencia del Nuevo Código Penal discurren por derroteros de restricción interpretativa y aplicativa de la meritada agravante de reincidencia de los que se hace eco —entre otras— la Sentencia de 23-9-1999 citada en su informe por el Ministerio

Público y que, por su ilustrativo contenido, creemos oportuno reproducir como definitivo argumento para justificar la estimación del Motivo.

Dice así la meritada resolución:

«Con la importante modificación legal de 1983 y con la nueva regulación introducida en la materia por el CP/1995 se ha venido restringiendo cada vez más el radio de acción de esta agravante de reincidencia, en la línea de conceder cada vez menos relevancia al comportamiento anterior del delincuente que en lo fundamental debe ser enjuiciado sólo por el acto criminal de que se trate en el supuesto concreto examinado.

Ahora esta agravante genérica queda definida en el artículo 22.8.º CP en los siguientes términos: “cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

Tiene que ser la aplicación concreta al caso, al confrontar la norma con la realidad que la práctica judicial nos ofrece, lo que nos sirva para ir delimitando el alcance de esta norma penal.

De los dos requisitos de identidad exigidos en tal artículo 22.8 –mismo Título y misma naturaleza– parece que el primero ha de crear pocos problemas, con la aclaración que nos ofrece la Disposición Transitoria 7.ª de la LO 10/1995 por la que se publicó el nuevo CP.

No así el segundo, por la indeterminación propia de los términos en que se halla redactado: “misma naturaleza”.

Tal Disposición Transitoria 7.ª nos da unas pistas al respecto cuando nos dice que “ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”. Es decir, hay que tener en cuenta el bien jurídico atacado y también el modo concreto en que ese ataque se haya producido, a los efectos de medir la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el examinado en el caso.

Tres recientes sentencias de esta Sala, las de 8-7-1997, 17-10-1998 y 15-3-1999, se refieren a la finalidad político-criminal de la reincidencia como agravante, diciendo que responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial.

Es decir, que ahora la reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos.

Existirá, pues, una “misma naturaleza” cuando, al menos, concorra una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva.

A veces bastará sólo con conocer el delito cometido para llegar a precisar que hubo un mismo modo de comisión; pero esto no puede ser suficiente en otros casos, por ejemplo en los delitos de robo, porque la diversidad de formas en que estos hechos punibles pueden realizarse impide el que por la sola constancia de la clase de delito cometido (el único dato de interés para estos efectos que consta en las hojas de antecedentes expedidas por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia) pueda conocerse el modo concreto de su comisión con la precisión necesaria para afirmar esa identidad de naturaleza que se exige para esta agravante, identidad que, como ya se ha dicho, ha de revelar la inclinación de la persona a cometer una misma clase de delitos.

Por todo esto, el órgano judicial competente para instruir, así como el Ministerio fiscal al proponer las diligencias o pruebas a practicar, han de tener especial cuidado, cuando haya algún antecedente penal que pudiera constituir la agravante de reincidencia, para que en las actuaciones conste el hecho delictivo cometido con los datos

necesarios para que pueda conocerse cuál fue la conducta concreta observada por el reo al cometer aquel delito anterior que habría de servir el fundamento a la posible agravante de reincidencia».

Aplicando la doctrina antes expuesta, hemos de decir que en el caso aquí examinado no fue correcta la solución acordada en la sentencia recurrida al aplicar al caso la agravante de reincidencia, lo que obliga a estimar el motivo con la consecuencia penológica de reducción que tal determinación comporta y que, de acuerdo con la propia proposición de la Defensa, supone la imposición al condenado recurrente de la pena de un año de Prisión. Debiendo rectificarse el relato de hechos probados en los términos que en la sentencia que a continuación se dicta se contiene.

(Sentencia de 2 de marzo de 2001)

*Al no constar la fecha de cumplimiento de la sentencia anterior se tendría como fecha de cumplimiento el de la firmeza de la misma a efectos de determinar la cancelación de los antecedentes*

Quinto.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se denuncia en el sexto motivo de impugnación, infracción por aplicación indebida del artículo 22.8 del Código Penal, al mantener el recurrente que no constan en los hechos probados datos suficientes para afirmar que concurre la referida circunstancia.

El motivo debe estimarse.

En primer lugar hay que examinar si la condena por delito contra la salud pública, única que podría dar lugar a la reincidencia en relación al aquí enjuiciado, puede considerarse cancelada. Si se tiene en cuenta la fecha de firmeza, 4 de noviembre de 1986, han transcurrido más de tres años hasta la fecha de la sentencia de 1990, de 14 de mayo, por lo que tal antecedente podría haber sido cancelado en esa fecha, si no se dispusiera de otros datos, no quedando afectado por esta última condena. Parece que el Tribunal entiende que el plazo de tres años de cancelación queda interrumpido en la fecha en que se cometen los hechos y no en la de la sentencia que los declara delictivos, y que considera que ocurrieron antes de septiembre de 1989, fecha en la que estaba en prisión provisional, según los datos que obran en el informe médico. El Tribunal interpreta estos últimos en sentido desfavorable al reo, ya que aunque puede considerarse acreditado que estaba en prisión, no consta que la causa fuera la comisión de los hechos enjuiciados en la causa en la que se dicta la sentencia de 14 de mayo de 1990. No obstante, se trata de una declaración contenida en los Hechos Probados de la Sentencia, que no ha sido impugnados en este aspecto, y que han de respetarse en este cauce casacional.

Pese a ello, aunque quedara interrumpido el plazo para la cancelación, por la condena de 14 de mayo de 1990, sin embargo, desde dicha fecha, hasta la comisión del delito que en la actualidad se enjuicia, 1 de junio de 1996, han transcurrido con exceso el plazo de tres años previsto para la cancelación por el artículo 136-2.º del texto vigente, y en consecuencia, debe considerarse cancelada la condena derivada de la sentencia de 12 de mayo de 1986.

En cuanto a la cancelación de esta última condena de 1990, probablemente, como dice la sentencia, no haya transcurrido en la fecha de los hechos el tiempo necesario para cumplir las penas impuestas. Pero no consta en los hechos probados, ni tampoco en los Fundamentos de Derecho, la fecha efectiva de cumplimiento desde la cual contabilizar los plazos exigidos en el Código Penal, por lo que en su defecto habría que considerar, a estos efectos, que la pena se cumplió en la fecha de firmeza de la sen-

tencia, desde cuya fecha, 1 de junio de 1996, han transcurrido con exceso los tres años previstos para la cancelación.

Procede, por lo tanto, la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia de instancia en tal extremo, dictándose, a continuación, la procedente.

(Sentencia de 6 de marzo de 2001)

*Concepto de «misma naturaleza»: No lo son los delitos de hurto y de robo con violencia*

Cuarto.—El segundo motivo el recurrente lo formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender aplicada indebidamente la agravante de reincidencia contenida en el número 8 del artículo 22 del Código Penal.

La circunstancia agravante de reincidencia se ha caracterizado por la paulatina disminución de su radio de acción, sin duda condicionado por la falta de un fundamento político-criminal, suficientemente claro. Se intensifica la pena al sujeto, aumentando la «dosis» de aquello, que se ha revelado como poco efectivo, para la corrección y reinserción del mismo. Ello nos debe alertar, del carácter restrictivo con que deben interpretarse los criterios ofrecidos por la ley, para concretar el alcance de tal agravatoria.

El Juez para resolver sobre su existencia deberá hacer un juicio de equiparación material entre los dos delitos correlacionados, a la luz del artículo 22-8 CP que nos dice: «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».

De tal dicción tenemos un primer límite, inequívoco, de naturaleza formal, que es el título del Código, impeditivo de la apreciación de la agravativa.

Pero dentro del mismo título, ¿a qué parámetros o referentes debemos acudir, para aglutinar los delitos de la misma naturaleza? La doctrina científica y la jurisprudencia han estimado que en una primera aproximación interpretativa, el término naturaleza hace referencia al bien jurídico protegido.

Por tanto, sólo en aquellos casos en que concurra identidad del objeto de protección podrá postularse la equiparación de los dos delitos.

El instrumento hermenéutico del «bien jurídico», sin embargo, no arrojará mucha luz en la determinación de la naturaleza de los delitos en cuestión, ya que el agrupamiento de los mismos distribuyéndolos en títulos, el legislador lo hace normalmente atendiendo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Pero, tal sentido debe aquilatarse más, so pena de quedar reducida a nada, la expresión del Código, referida a la «misma naturaleza».

En primer término, existen títulos con un amplio catálogo de figuras delictivas, en las que se aprecian variantes y matizaciones sobre la delimitación del concreto bien jurídico atacado. El propio título del Código, a que se contrae la cuestión planteada, se intitula «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», y aunque el legislador no precise cuáles son unos y otros, constituye un primer elemento diferenciador radicado en la naturaleza del delito.

Un paso más, en este camino hermenéutico, nos lo brinda la sentencia de esta Sala de 23-7-1999, que acudió a la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> del Código Penal, lógicamente prevista para la resolución de conflictos de derecho transitorio, pero a fin de cuentas, referida a la agravante de reincidencia. Nos habla dicha disposición de «atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico», lo que nos indica que la modalidad

comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aún más, la naturaleza del delito.

Si dentro de la protección que el legislador dispensa a un bien jurídico, desarrolla los tipos delictivos, atendiendo preferentemente, al modo de atacar los mismos y a la intensidad del ataque, estimamos, que no debe ser ajeno, a efectos de agrupar los delitos por razón de la naturaleza, la «gravidad de las conductas» deducida de la pena asignada por el legislador al tipo delictivo de que se trate.

El criterio de la modalidad comisiva, parece igualmente colegirse del artículo 81-1.º del Código Penal, cuando establece los requisitos para acordar la suspensión de la pena, el primero de los cuales es «que el condenado haya delinquirido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes». Ello nos está marcando la distinción entre delito doloso e imprudente, cuyo módulo diferencial no se establece en atención a la afectación que pueda producir al bien jurídico, sino en base al menor desvalor de acción.

Quinto.—Junto a estas directrices interpretativas, deben mencionarse los antecedentes de esta Sala.

La aplicación más cercana o próxima, atendiendo a los delitos interrelacionados, la hallamos en la Sentencia antes referida de 23-7-1999. En ella se hace una aplicación flexible, declarado de naturaleza jurídica diversa, al robo violento e intimidatorio y al cometido con fuerza en las cosas.

Llevando a sus últimas consecuencias, el criterio de la modalidad comisiva se niega la misma naturaleza a dos figuras delictivas dolosas con el mismo *nomen iuris* (la disposición transitoria 7.ª hablaba de «la misma denominación»), que a su vez, estaban incluidas en el mismo capítulo y definidos en el mismo precepto (art. 237 CP).

Esta postura que reputaba de distinta naturaleza a las dos modalidades de robo contempladas en nuestro derecho, fue definitivamente corregida en Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 6 de octubre de 2000, que dejó sentado, que las dos clases de robo son de la misma naturaleza.

Resulta de sumo interés, para la resolución del presente caso, aludir a las razones jurídicas que fundamentan la decisión adoptada, que eran precisamente las que hemos ido refiriendo en la argumentación precedente: el mismo *nomen iuris*, mismo capítulo y análoga modalidad comisiva.

Existe, ciertamente, en relación al bien jurídico ofendido, una diferente configuración tipológica, entre el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza. En el primero se da un «plus» de ofensividad, al atacar, amén del patrimonio, bien jurídico protegido en ambas clases de robo, a la libertad y seguridad de las personas, con riesgo para su integridad corporal.

Así y todo, se estimó, que estructuralmente, en ambos supuestos, se exigía del culpable, un mayor esfuerzo y resolución en la comisión del delito, al tener que vencer los obstáculos que le impedían el apoderamiento de las cosas muebles ajenas (modalidad comisiva). En el robo violento, superando la protección que le presta al bien, la persona que lo posee legítimamente o los que acuden en su ayuda para impedir el expolio, y en el robo con fuerza, salvando las barreras defensivas de protección derivadas de los obstáculos materiales que el propietario tuvo a bien proveer, como refuerzo tuitivo de sus bienes.

Sexto.—Aplicada la doctrina reseñada al caso presente, es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo con violencia e intimidación, pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta.

Partiendo de su distinta denominación («nomen iuris»), no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva.

Se da entre ambos, al igual que entre las dos clases de robo, el aditamento en el robo violento, del ataque a la integridad y libertad de las personas, como bienes jurídicos lesionados, mientras que el hurto constituye la forma más simple de apoderamiento de las cosas muebles ajenas.

Criminológicamente hablando y en la línea de la inclinación delictiva de los sujetos que cometen unas y otras infracciones, también aparecen bien diferenciados. Una persona, que no resistiría la apropiación de algo apetecido, que puede llevarla a cabo sin que nadie la advierta (apoderamiento subrepticio) sería incapaz, en general, de obtener eso mismo, atacando violentamente o intimidando a su poseedor legítimo.

El Ministerio Fiscal, que apoya expresamente el motivo, incide en los mismos argumentos. Las diferencias –apunta– no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno. Las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos.

En consecuencia procede estimar este segundo motivo de casación, no considerando concurrente la agravante de reincidencia, indebidamente aplicada, dictando otra sentencia, conforme a lo razonado, sin hacer imposición de costas en el recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Sentencia de 3 de abril de 2001)

*Concepto de delitos de la misma naturaleza. Es inapreciable la reincidencia en el caso de condena anterior por utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno de quien ahora es condenado por robo con intimidación. Son, en cambio, delitos de la misma naturaleza los delitos de robo con violencia o intimidación y los de robo con fuerza en las cosas*

Quinto.–(...) Cuestión distinta es la relativa a la identidad de la naturaleza de ambos delitos, robo con intimidación y utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. El artículo 22.8 CP, para que haya reincidencia, exige que el culpable, al delinquir, «haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza». Al objeto de acotar el alcance de esta última expresión se ha acudido a la Disposición Transitoria Séptima del Código Penal de 1995 en la medida que establece que «a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de éste Código aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». Teniendo en cuenta lo anterior la Jurisprudencia ha considerado improcedente la apreciación de la agravante cuestionada cuando se trata de delitos como los aquí aplicados, puesto que, con independencia que están regulados en el mismo Título del Código Penal, participando por ello de una naturaleza genérica común de infracciones que atentan contra el patrimonio ajeno, lo cierto, como señala la sentencia de 28-9-2000, es que hay que tener presente que el tipo de robo y hurto de uso hoy definido en el artículo 244 CP/1995 tiene una extensión menor que la que tenía en el artículo 516 bis CP/1973. En éste bastaba la utilización de un vehículo de motor ajeno aunque

no lo hubiese sustraído ni hubiese participado en la sustracción el imputado. Desde la perspectiva del precepto vigente, sólo puede ser realizado por quien materialmente sustraiga o participe en la sustracción mediante las formas previstas en los artículos 28 y 29. En los hechos probados de la sentencia recurrida no se especifica la fecha de comisión del delito de utilización ilegítima imputado, lo cual conlleva que tampoco pueda determinarse el modo de ataque al bien jurídico a que se refiere la Disposición Transitoria mencionada más arriba (ver también Sentencia de 22-5-2000). Por otra parte, por Acuerdo del Pleno de esta Sala, posterior a la Jurisprudencia mencionada, de 6-10-2000, se acordó aplicar la doctrina según la cual «podrá apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia entre delitos de robo con violencia e intimidación y delitos de robo con fuerza en las cosas, por considerarse ambos de la misma naturaleza delictiva, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación». Ello quiere decir que el argumento empleado en base a la Disposición Transitoria Séptima se relativiza y a la postre no resulta decisivo (entre otras razones porque se dirige a la aplicación de la revisión de sentencias para acomodarlas al nuevo Texto). No obstante persistirían entre ambos tipos delictivos, robo y hurto de uso, una diferencia esencial, cual es el alcance del ánimo del agente, apropiación definitiva o transitoria de la cosa objeto del delito. Pues bien, teniendo en cuenta la indeterminación señalada más arriba y esta última diferencia sustancial, el motivo debe ser acogido con el alcance que se dirá en la segunda Sentencia.

(Sentencia de 15 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 23

*No procede la agravante de parentesco si en el momento de producirse la agresión sexual ya no existía convivencia conyugal.*

Tercero.—Se interpone a través del mismo artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de la agravante de parentesco recogida en el artículo 23 del Código Penal. El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

Esta especie de circunstancia modificativa de carácter mixto ha sido interpretada por esta Sala en múltiples sentencias, cuando se trata de su vertiente agravatoria, en el sentido de que cuando esa circunstancia nace o tiene su origen en que el vínculo conyugal no puede entenderse subsistente, aun no habiéndose disuelto legalmente el mismo (caso que sólo se daría en los supuestos de divorcio), cuando la relación matrimonial y afectiva está manifiestamente destruida o muy deteriorada, aunque para que así sea y pueda apreciarse «es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unido a una notoria desafección sentimental» (sentencias de 28 de marzo de 1994, 11 de mayo de 1996 y 3 de julio de 1998).

Esa doctrina es perfectamente aplicable al supuesto enjuiciado, pues según los propios hechos narrados en la sentencia, la convivencia matrimonial, aunque con muchas desavenencias, continuó hasta el día 8 de enero de 1997 en que el encausado impidió a su esposa la entrada en el domicilio en que convivían, motivo por el cual Matilde (la víctima) ya no volvió a él, pasando a vivir con sus padres en una localidad distinta.

Lo razonado creemos que es suficiente para dar lugar a este motivo y no aplicar la referida agravante de parentesco.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 24.2

### *Concepto penal de funcionario público. Lo es el personal laboral*

Tercero.—(...) La integración en el concepto de funcionario público, definido en los artículos 119 (CP/1973) y 24.2 (CP/1995), requiere la concurrencia de dos elementos, el título por el que una persona accede a la función pública y el ejercicio de una función pública, concurrencia que ha de ser conjunta. Se destaca en la jurisprudencia y en la doctrina que en el concepto de funcionario público no se requiere la nota de incorporación a un cargo escalafonado de la administración ni la permanencia en los servicios.

De estos dos elementos el recurrente discute precisamente, el del título afirmando que era un contratado laboral y consecuentemente no tenía la condición administrativa de funcionario.

Como antes señalamos, el funcionario público a efectos penales, no requiere la nota de incorporación sino el nombramiento por autoridad competente o por ley o por elección. En el primer supuesto se integran todas aquellas personas que en virtud de las disposiciones legales son llamados a participar en el ejercicio de funciones públicas con los que se firma los pertinentes contratos y que permite, en cuanto nombrados por autoridad competente para participar en el ejercicio de funciones públicas, tener la consideración de funcionario público a los efectos del Código Penal. Desde el hecho probado resultan evidentes las notas que exige la consideración penal de funcionario público derivadas del nombramiento por autoridad competente y el ejercicio de funciones públicas.

(Sentencia de 27 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 28

### *Teorías para distinguir al autor del cómplice*

Cuarto.—(...) 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 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, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva.

Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectados los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho.

Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

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 (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, 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 retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro 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.

La Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1999, mantiene que el auxilio al tráfico sexual con menores mediante precio, realizado por terceros, existe desde el momento en que aceptan los cometidos que facilitan que el tráfico sexual se realice. En este sentido, el recurrente desde el primer momento —como se declara en los hechos probados—, ya expresó al menor (nada menos que de once años de edad) que «lo único que tenía que hacer era dejarse tocar por el alemán», aceptando el mismo,

lo que no desvirtúa la acción del recurrente encaminada a conseguir los propósitos del autor, del que perfectamente sabía sus intenciones de antemano, siendo claro y evidente que tal actuación encaminada a la corrupción del menor era constitutiva del delito enjuiciado de abuso sexual, por la escasa edad del mismo (menor de doce años). Este solo elemento fáctico es suficiente para construir al menos la complicidad delictiva. Pero hay más; no solamente le propone participar en la acción delictiva del autor, sino que después la presencia pasivamente en el curso del trayecto, y más tarde, por si fuera poco, intenta participar en el precio recibido por Norman, a partes iguales con el menor, cuya indemnidad sexual queda atacada. La complicidad delictiva surge así de forma rotunda, y en consecuencia el motivo tiene que ser desestimado.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

*Autoría conjunta: requisitos de la agresión en grupo. Existe en el caso de desconocimiento de cuál de los dos agresores propinó la única puñalada que acabó con la vida de la víctima*

Noveno.—(...) Partimos pues de que Juan María F. H., tras entablar una discusión con Guillermo G., comenzó a agredirle, precipitándose los dos al suelo donde, al tiempo que lo hacía Fareed M., sacó un machete y prosiguió golpeando a Guillermo, quien en el curso de la agresión, recibió una puñalada a la altura de la clavícula izquierda que le originó la muerte horas más tarde.

La Sala *a quo* en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia, reconociendo que de las dos personas intervinientes en la agresión, Fareed y Juan María, solamente una de ellas asestó la puñalada mortal, considera a ambos procesados autores del delito de homicidio por el que los condena «por haber tomado ambos parte directa en la ejecución de los hechos que fueron, en definitiva, el fruto de un plan súbitamente acordado».

En el mismo Fundamento Jurídico, con base en la sentencia de 25 de marzo de 2000, expone:

– Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

– Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

– Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica.

Efectivamente, cuando como en este caso concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro.

En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el condominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

En el hecho que ahora se analiza, según resulta de lo declarado probado por el Tribunal de instancia, Juan María al ver la discusión que surgía entre su amigo Fareed y Guillermo G., en vez de tratar de que la misma cesara, increpa a éste y le golpea, continuando con la agresión, estando ya en el suelo tras sacar un machete que llevaba, hasta producirse la muerte de la víctima al recibir una puñalada mortal.

Por tanto en su conducta concurren los requisitos antes exigidos para que pueda ser considerado autor del delito de homicidio de Guillermo G. P. por el que ha sido condenado, ya que participó activa, continuada, e intensamente en la agresión que culminó con la muerte de Guillermo G., lo que supone la correcta aplicación de los artículos 28 y 138 del Código Penal y la consiguiente desestimación de los Motivos Tercero y Cuarto del recurso.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 29

### *Es cómplice quien impide que la amiga de la víctima ayude a ésta y le da un preservativo al agente autor del delito de agresión sexual*

Séptimo.—El tercer motivo de este recurso se formula por infracción de Ley, apoyándolo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y señalando como precepto legal infringido, por indebidamente aplicado, el artículo 29 del Código Penal, quien señala que faltan los elementos precisos para la figura de la complicidad, como son el pacto previo o coetáneo para la ejecución del hecho que, en este caso dice inexistente como lo prueba que por dos veces dijo al otro acusado que dejara antes marchar a las dos mujeres y que manifestó en el plenario que no había hablado con el otro de mantener relaciones sexuales con las chicas, además de que no oyó gritos de la víctima sino sólo conversación, añadiendo que su omisión en actuar para evitar los hechos no le estaba impuesta por no tener él la condición de garante.

Este recurrente fue inicialmente acusado de autor del delito, pero al fin ha sido condenado como mero cómplice. Si la doctrina de esta Sala ha recurrido a diversos criterios para distinguir la autoría de la complicidad, atendiendo a si el colaborador puede evitar la comisión retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), o si aporta con su colaboración algo que no es de otro modo fácil de obtener (teoría de los bienes escasos), o a si su conducta ha contribuido a la comisión del delito y sin la cual éste no se hubiera cometido (sentencias de 4 de febrero de 1997 y 5 de julio de 1999), lo que en este caso el motivo plantea no es tal distinción lo que ya se ha resuelto en la sentencia recurrida, sino la existencia de una conducta meramente cómplice. Para la existencia de complicidad se precisan, como elementos subjetivos, un concierto de voluntades, que puede ser inicial o previo, coetáneo o sobrevenido, y adoptarse expresa o tácitamente, y, además la plena conciencia por el cooperador de la ilicitud y antijuridicidad del auto y, como elemento objetivo, la aportación de actos anteriores o simultáneos, pero no trascendentes, fundamentales o esenciales para el fin delictivo, sino sólo accesorios, secundarios o de simple ayuda, pero realmente innecesarios para el cumplimiento del fin delictivo (sentencias de 6 de junio de 1997 y 19 de octubre de 1999).

No hay que acudir a expresiones o manifestaciones que pudieran indicar la oposición del recurrente a la conducta del otro acusado y no consten en los hechos, sino atenerse a lo que se expresa en el relato fáctico, inatacable en un motivo por

infracción de Ley como es el presente. Y en esos hechos, si bien en un primer momento indicó al otro acusado, que era quien conducía el vehículo, que dejara marchar a las dos mujeres, luego se dice que, tras parar el coche, el otro acusado se abalanzó sobre Miren tocándole los pechos y es entonces cuando este recurrente adopta una conducta de acuerdo y colaboración conociendo ya las intenciones de su compañero no sólo sin ayudar a la otra joven que intentaba a su vez ayudar a la agredida a salir del coche sino también adoptando una intervención activa consistente en retirar 20 ó 30 metros a la amiga de la agredida del lugar de los hechos, impidiéndola que se acercara al coche cada vez que la mujer pretendía volver a acercarse para ayudarla, e incluso proporcionando al agresor un preservativo, con lo que, si aún le hubiera cabido alguna duda de lo que pretendía realizar, debió comprender que era el yacimiento lo que el otro se proponía, y no podía caberle duda por la actitud de la mujer que estaba en el coche de que ello era forzándolo para realizarlo.

La conducta del acusado ahora recurrente fue pues, de conocimiento de la ilicitud de la conducta del otro acusado hacia la mujer, que tan claramente pudo observar que retuvo en el interior del coche por la fuerza oponiéndose con éxito a sus esfuerzos para hacerlo con la ayuda para salir que le prestaba su amiga, a la que este recurrente, adoptando espontáneamente tal resolución con tácito acuerdo, impidió que volviera a ayudar a la retenida en el vehículo y, finalmente, facilitando al agente del hecho un preservativo. Sin embargo toda esta actividad de este acusado anterior y coetánea a la del otro acusado, no fue necesaria para la comisión de la agresión sexual, que pudiera haber realizado también solo el coacusado sin la colaboración del ahora recurrente por lo que, constituyó una ayuda periférica y facilitadora de la conducta del otro, pero no esencial ni fundamental para el cumplimiento del propósito delictivo al que coadyuvaba.

(Sentencia de 19 de febrero de 2001)

### *Cómplice: concepto y elementos*

Segundo.—Por infracción de ley y con base en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula este primer motivo «por errónea aplicación de la ley sustantiva penal, contraviniendo —se expone— la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 24-3-1998, así como la Sentencia del TSJ de Baleares de fecha 31-3-1999», y artículos 12 y 16 del Código Penal de 1973 y 27 y 29 del actual. Tal planteamiento es sin duda poco ortodoxo, desde una depurada técnica casacional, ya que la infracción que autoriza este recurso es exclusivamente de la Ley Penal Sustantiva, y no de la jurisprudencia, y tampoco lo son las sentencias de los tribunales superiores de justicia (art. 1.6 del Código Civil).

El recurrente plantea, sin embargo, un interesante tema relacionado con su concreta participación delictiva, considerando su actuación como mera actividad pasiva, o contemplación delictiva, sin intervención alguna hasta después del momento de la consumación, en que realiza actos de encubrimiento, como es el traslado del cadáver hasta un descampado, donde es abandonado el cuerpo de Arhimo M. M., desnuda y con los brazos en cruz, dejando caer sobre su pubis la cuerda con la que la estrangularon.

El motivo tiene que ser desestimado. En efecto, partiendo de los hechos probados que relata la Sentencia de instancia, intangibles en esta instancia, dada la vía casacional elegida, vemos que la actuación del recurrente se reconduce a tres momentos diferentes en la noche del 24 de octubre de 1988 (el sumario estuvo para-

lizado durante años por falta de autores conocidos). En un primer episodio, se disputa con Mohamed Haddi A.-L. los «favores sexuales de Arhimo», rechazando a ambos la citada mujer, lo que origina todo el incidente posterior; después, entre Mohamed y Eusebio P., inmovilizan «a la chica sobre una de las camas del inmueble, desnudándola» para acto seguido entre los dos, uno pinchándola en el pecho y otro estrangulándola con una cuerda, darla muerte por asfixia; «interin se desarrollaba la secuencia luctuosa descrita en líneas precedentes —dice el *factum*—, Abdelmalik (el recurrente) se paseaba nerviosamente por la habitación al tiempo que urgía a los agresores para que concluyesen su acción ante el temor que le producía que pudiese venir alguien». Y, por último, producida la muerte de la víctima, «entre Mohamed y Abdelmalik sacaron el cadáver para introducirlo en el automóvil de este último» trasladándola hasta un pinar donde la dejaron como ya hemos transcrito, tardando en dicha operación quince minutos hasta la vuelta de Mohamed y Abdelmalik.

La Sala sentenciadora consideró tales actos como constitutivos de participación criminal a título de complicidad, descartando la autoría, por la que había sido acusado el recurrente, tanto por el Ministerio Fiscal, como por la acusación particular, ya que su actuación no se limitó a la mera contemplación pasiva de lo que allí ocurría, sino que urge a los partícipes directos como autores materiales a que concluyan prontamente la acción criminal, ante el temor de ser vistos por alguien, y tras producirse tal apremio, coadyuva a desprenderse del cadáver con uno de los autores materiales.

La complicidad requiere, como aquí concurre, el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), el denominado *animus adiuvandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (v. SS. 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. S. 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoria o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (cfr. SS. 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998, y últimamente, Sentencia de 24 de abril de 2000). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios

conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (Sentencia de 10 junio 1992).

(Sentencia de 17 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 31

*El Presidente de junta vecinal que incumple requerimiento de pago reclamado en ejecución de sentencia firme en la que fue condenada la citada junta no constituye un supuesto de extensión de responsabilidad de los representantes de personas jurídicas*

Primero.—(...) En el primer motivo, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. En la argumentación que desarrolla no cuestiona la existencia de una actividad probatoria sobre los presupuestos del tipo penal, sino que refiere la impugnación a la aplicación del artículo 15 bis del Código Penal de 1973, correspondiente al 31 del Código Penal de 1995, arguyendo que el recurrente es representante legal de la Junta vecinal y cumplió con poner en conocimiento de la misma los requerimientos siendo la mencionada Junta la que por unanimidad negó su pago limitándose el recurrente a cumplir las decisiones de la Junta. Cuestiona, en definitiva, la aplicación a los hechos del mencionado artículo 15 bis del Código Penal, pues la conducta del recurrente no iba encaminada al incumplimiento del requerimiento judicial.

2. El motivo se desestima. No nos encontramos, propiamente, ante un supuesto de extensión de la responsabilidad penal a los representantes por hechos delictivos cometidos por personas jurídicas, supuesto contemplado en el artículo 15 bis del Código Penal aplicado. La aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concurrencia de unos elementos especiales de autoría, que no se expresa en el artículo 237 del Código Penal aplicado, hoy 556, y que por aplicación del artículo 15 bis, hoy 31, se transfieren al representante legal o voluntario. En el supuesto enjuiciado, el condenado recibió los requerimientos como presidente de la Junta vecinal y estaba obligado a su cumplimiento. Al no hacerlo de forma reiterada se colocó él personalmente en una situación antijurídica a la que se aplica la norma penal prevista.

El recurrente, Presidente de la Junta vecinal, recibió los requerimientos judiciales que obligaba a una determinada actuación, atender el pago de la cantidad expresada en la sentencia. De ahí surge la obligación de observar la conducta dispuesta sin que el recurrente tuviera capacidad de discutirla, una vez agotadas las posibilidades de impugnación jurisdiccional y consecuentemente, firme.

El recurrente se escuda en la adopción del acuerdo negativo por la Junta vecinal de la que era Presidente, situación antijurídica de la Junta que no ampara la actuación personal del Presidente con sus funciones específicas previstas en el ordenamiento jurídico como órgano unipersonal ejecutivo (Ley de Bases del Régimen Local y Real Decreto Legislativo de la Entidad Local Menor).

(Sentencia de 23 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 45

*Efectos de la inhabilitación especial: la inhabilitación para el ejercicio de profesión médica, abarca la prohibición del ejercicio de la medicina y no únicamente de la especialidad en la que se cometió el delito*

Primero.—(...) En el caso, la conformidad contenía el siguiente tenor literal: «inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión». Ante el recurso de aclaración, la Sala sentenciadora motivó la inclusión del apartado «su profesión médica» (que había ya consignado en la Sentencia dictada), en razón a que en dichos términos se había producido la aceptación de la penalidad, mediante conformidad, por lo que, añadimos nosotros, en aplicación del meritado artículo 45 del Código Penal, el Tribunal sentenciador debió concretar tal inhabilitación con una profesión, y la profesión de la acusada no era otra que su profesión médica, con independencia de la especialidad que ejerza, en el ramo de cuya actividad profesional, obviamente se cometió el delito, lo que no significa que deba individualizarse, por tanto, en dicha especialidad (obstétrica), por las siguientes razones: *a)* la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, priva al penado de la facultad de ejercerla durante el tiempo de la condena (art. 45 del Código Penal); *b)* dicha profesión está conectada con el oficio (en sentido amplio de actividad retribuida) en cuyo ámbito se comete el delito, para cuyo ejercicio, cuando se trata de una profesión, en el caso médica, se requiere la oportuna titulación facultativa, la cual a su vez es habilitante para la obtención de las posteriores especialidades dentro del ejercicio de su profesión; *c)* la finalidad de la pena es el apartamiento temporal del penado en el ejercicio de tales actividades en que se cometió el delito, que actúa en un doble sentido, como sanción individual y como mecanismo de protección social; *d)* la profesión en el caso de la acusada era la de profesional de la medicina, cometiendo el delito en el ámbito de una de las facetas del mismo, sin que tenga que estar necesariamente conectado con la específica y concreta actividad —médica— en la que se comete el delito, aunque sea especializada, pues tal delimitación podría conducir a resultados absurdos, permitiendo entonces al penado ejercer su profesión en otros ámbitos diferentes, pero no por ello dejar, mediante su apartamiento, de ejercer su profesión, que es la razón de la pena, y que se concreta en el artículo 45 del Código penal con relación a una determinada profesión (en este caso, el ejercicio de la medicina, como profesión, no como especialidad); *e)* por último, el delito doloso previsto en el artículo 157 del Código Penal, individualiza la inhabilitación especial con el ejercicio de «cualquier profesión sanitaria», sin perjuicio de acotar en otros términos referida inhabilitación para la prestación de servicios en clínicas ginecológicas, con relación a otros partícipes no sanitarios, siendo evidente que el delito culposo descrito en el artículo 158 debe tener idéntico tratamiento en este particular aspecto penológico relacionado con la inhabilitación especial que también concreta para la imprudencia profesional en inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

(Sentencia de 15 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 50.5

*El haberse costeado un Letrado particular que les defienda en el proceso es un indicador de la situación económica*

Segundo.–(...) Cuarto motivo, por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849-1.º por vulneración del artículo 50 del vigente Código Penal.

La denuncia casacional se refiere a la cuantificación de la multa, que de acuerdo con el sistema de días-multa, tiene un abanico cuantitativo desde 200 pesetas diarias a 50.000, determinando el párrafo 5.º del artículo citado que los Jueces y Tribunales determinaron el importe de las cuotas «... teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo...».

En cumplimiento de este mandato legal de motivación de la cuantía de las cuotas de la multa, el Fundamento cuarto de la sentencia fija la misma en 2.000 pesetas diarias en base al argumento del potencial económico de cada recurrente que puede deducirse de haberse costeado letrado particular que les defienda en el proceso penal.

Se alza contra esta fundamentación el recurrente que tilda de «verdadera perversión de los efectos del ejercicio por el encautado –sic– del derecho a la defensa», estimando el argumento torticero, porque no es ostentación de lujo, el disponer de Letrado elegido, amen de no constar que el letrado haya cobrado del recurrente, o incluso puede haber cobrado de otra persona.

No le asiste la razón al recurrente en ninguna de sus críticas. El tema es mucho más sencillo. El artículo 50 exige que la imposición de la cuantía de la multa lo sea en proporción a la situación económica del condenado, dando unos indicadores: patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares. Ello exige una investigación económica cuya ubicación sería la pieza de responsabilidad civil y su destino, entre otros, facilitar los datos para fijar la cuantía de la multa.

Desde este presupuesto, la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta la existencia de letrado particular que le ha defendido para fijar el importe de la cuota-multa en 2.000 pesetas. Esta defensa particular, es ciertamente un indicador de una cierta situación económica, que debiera haberse complementado con más datos, pero en la medida que la cuantía de la multa fijada no llega a la vigésima parte del máximo, y se encuentra en zona muy próxima del mínimo –cuantía de 2.000 pesetas sobre un mínimo legal de 200 pesetas– se ofrece una suficiente fundamentación –SSTS de 24 de febrero de 2000 y 7 de abril de 1999–.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

*Significado de la averiguación de la capacidad económica para establecer la cuota diaria, procediendo la mínima sólo en los casos extremos de indigencia o miseria*

Quinto.–El quinto motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega infracción del artículo 50.4 e inaplicación del artículo 50.5.º, por estimar que la cuota diaria de 1.000 pesetas resulta muy elevada al no constar los ingresos del recurrente, debiendo haberse aplicado la mínima de 200 pesetas.

El artículo 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la

situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Como señala la Sentencia de 12 de febrero de 2001, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 pesetas), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal, convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999.

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 pesetas de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 pesetas cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 pesetas, por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil pesetas, ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos sí consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 pesetas diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así por ejemplo la sentencia de 20 de noviembre de 2000, considera correcta la imposición de una cuota diaria de mil pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización «prudencial» propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal, tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia, la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales.

Sexto.—En definitiva, para cuotas elevadas es absolutamente necesario que se contrasten datos más completos sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo, como la cuota de 1000 pts

diarias impuesta en el caso actual, es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia que es la que debe determinar la imposición del nivel mínimo absoluto de 200 pesetas.

Y en el caso actual es claro que el recurrente no se encuentra en dicha situación: consta que actúa ocasionalmente como subastero y con frecuencia como depositario judicial (folio 16 de las actuaciones y párrafo primero *in fine* del relato fáctico), y también que dispone de domicilio fijo, teléfono, una tienda y una nave o almacén (folio 15 vto.). En tales condiciones la imposición de la cifra mínima de 1.000 pesetas diarias de multa, muy alejada del máximo de 50.000 pesetas diarias previsto por el Legislador, resulta proporcionada.

A no ser que pretendamos, como anteriormente señalábamos, privar de contenido efectivo a este tipo de sanciones, que constituyen una legítima opción adoptada soberanamente por el Legislador. Sanciones que no pueden ser boicoteadas con interpretaciones maximalistas que supriman su contenido efectivo e impongan el retorno al derecho administrativo sancionador, donde las penas pecuniarias, incluso por meras infracciones de tráfico, se imponen por cuantías fijas. Cuantías muy superiores a las que resultarían para los delitos y las faltas si se generalizase este recurso efectista al mínimo legal absoluto ante la dificultad, bastante frecuente, de efectuar una indagación exhaustiva de la situación económica del acusado. Indagación, por otra parte, que puede resultar desproporcionada e innecesaria —así como dilatoria— en caso de infracciones menores en las que se aplican cuotas moderadas muy próximas al mínimo legal.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado, pues la cuantía de la cuota de multa impuesta debe estimarse correcta, atendidas las circunstancias concurrentes.

(Sentencia de 11 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 56

*Penas accesorias: sólo la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, debe tener relación con el delito para ser impuesta, no así las demás existentes en el artículo 56 del CP*

Segundo.—En el correlativo motivo, por el cauce procesal del número 2.º del artículo 849 de la LECrim, se denuncia indebida aplicación del artículo 56 del Código Penal.

Como señala la jurisprudencia de esta Sala, ya reiterada, sentencias 26 enero, 23 marzo, 25 septiembre y 18 octubre, todas de 1999, el artículo 56 del Código Penal de 1995, *in fine*, establece efectivamente 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». Pero 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», y 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.

Y más recientemente la Sentencia de 9 noviembre 2000 señala que, atendiendo a una interpretación gramatical del precepto, permite referir la relación directa con el delito a las accesorias inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, sin que sea necesaria para las otras dos, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, o suspensión de empleo o cargo público, que fue la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, el motivo, debe rechazarse.

(Sentencia de 13 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 58.1

*Abono de prisión preventiva a otras causas. No procede si se trata de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión preventiva*

Único.—En el Motivo Único del recurso, por infracción de Ley y al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación que se ha hecho del artículo 58.1 del Código Penal, en relación al 76.2 del mismo Código.

Sobre este tema es de señalar, como hace la sentencia de 27 de noviembre de 1998, que el artículo 58.1 del actual Código Penal ha recogido la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, en beneficio del reo, mantuvo unos criterios amplios en la interpretación del artículo 33 del anterior Código en el que se establecía que «el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de su condena», permitiendo incluso su abono en causa distinta de la en que se sufrió tal medida cautelar siempre que se cumplieran ciertas condiciones temporales.

El actual artículo 58.1, por razones de seguridad jurídica, ha concretado tales límites temporales al establecer que la privación preventiva de libertad será abonable en otras causas «que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión».

Al sustituir la expresión «prisión preventiva» por «tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente» consolida legalmente el criterio jurisprudencial conforme al cual en el cómputo del abono deberán incluirse aquellos períodos de privación provisional de libertad que no constituyen propiamente prisión preventiva, como la detención.

Al disponer expresamente que el abono se realizará también para el cumplimiento de las penas que pudieran imponerse al acusado en otras causas distintas de aquellas en que sufrió la prisión preventiva, se consolida también el criterio de la jurisprudencia más reciente.

Y al señalar un límite temporal se justifica la doctrina jurisprudencial anterior que estimaba que reconocer indefinidamente el abono en causas por delitos posteriores, de una prisión preventiva anterior, podía constituirse en un factor criminógeno para quienes, sabiendo cumplida de antemano, total o parcialmente, la pena que pudiera corresponderles, podrían actuar delictivamente en el futuro sin el freno o inhibición que representa la contaminación de una pena legal.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 66.1

*No concurriendo circunstancias: aplicación de la pena en su mitad superior razonándolo en la sentencia, sin que ello suponga la aplicación de una «agravante encubierta» de abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias que no fue objeto de acusación*

Quinto.—En los dos últimos motivos se denuncia que el Tribunal *a quo* ha aplicado indebidamente la circunstancia agravante del artículo 22.2.<sup>a</sup> CP, así como el artículo 66.1.º y 3.º, y también se censura que ha sido vulnerado el derecho a ser informado de la acusación formulada contra el acusado que proclama el artículo 24.2 CE.

Alegan los recurrentes que la Sala de instancia ha impuesto las penas en su mitad superior como consecuencia de haber «aplicado encubiertamente» la agravante de «ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delito» (art. 22.2.º CP), que no había sido interesada por la acusación y de la que, por tanto, no fueron informados los acusados.

Ninguna de las dos quejas puede prosperar. La violación del principio acusatorio no se ha producido por cuanto, no habiendo solicitado el Fiscal la concurrencia de la agravante mencionada, ninguna información se debía a los acusados a ese respecto, ni el Tribunal ha aplicado la misma en la sentencia impugnada, como se puede comprobar al examinar dicha resolución.

Tampoco podemos aceptar el reproche de que el juzgador «ha aplicado encubiertamente la citada circunstancia agravante» como sostiene el motivo por el hecho de haber tomado en consideración alguno de los elementos que configuran dicha agravante, junto a otros que no figuran en la descripción legal, a la hora de proceder a motivar la pena a imponer. No se puede olvidar, que, al no haberse apreciado la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante ni agravante (y así se expresa clara y categóricamente en el Fundamento de derecho Tercero, a pesar de que —sin duda por error material— se mencione más adelante el artículo 66.1 y 3 CP), resulta de aplicación la regla primera del artículo 66, que autoriza al Tribunal a imponer la pena «señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». Esta labor individualizadora es la que realiza el Tribunal en el mencionado Fundamento jurídico, atendiendo a una serie de datos para determinar «la gravedad del hecho», como es «la superioridad numérica de los agresores», pero también a otros elementos que no forman parte de la circunstancia agravante que el recurrente afirma se ha aplicado de manera encubierta, como «la modalidad de la violencia empleada... y la edad y especial vulnerabilidad de la víctima», en lo que afecta al robo, y, además, «porque la situación en que se lleva a cabo el abandono resultó de una evidente peligrosidad...» en lo que atañe a la detención ilegal.

No ha existido una aplicación subrepticia de la agravante, sino la observancia por el Tribunal sentenciador de la exigencia legal de razonar en la sentencia los criterios utilizados para determinar la gravedad del hecho como factor legalmente establecido para la individualización penológica.

(Sentencia de 1 junio de 2001)

## ARTÍCULO 68

*Concurriendo una eximente incompleta: es obligado rebajar la pena en un grado y potestativo en dos*

Único.—Se esgrime un solo motivo en el recurso, que se introduce por infracción de Ley y al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La infracción legal que se alega consiste en indebida inaplicación al caso del artículo 68 del Código Penal. Razona el recurrente que, comoquiera que la atenuante que le aprecia el Tribunal es una eximente incompleta de drogadicción, la cita en la sentencia del artículo 66 del Código Penal para determinar la pena no es la adecuada, sino que el aplicable era el 68 del mismo Código, con lo que debería habersele rebajado la pena en vez de imponérsele en el grado mínimo que resulta de aplicar la regla del 66 citado.

El pleno de esta Sala, en 23 de marzo de 1998, ante la duda suscitada por la dicción del artículo 68 del Código Penal de 1995, que señala que el tribunal «podrá», en los casos del artículo 21.1.º del Código Penal, imponer la pena inferior en uno o dos grados a la legalmente señalada, se orientó a entender que, pese al cambio en la forma de expresión del citado artículo, diferente de su precedente, el 66 del Código Penal de 1973, que decía textualmente: «se aplicará pena inferior en uno o dos grados...» en casos similares a los del actual 68, la rebaja de la pena en un grado no es potestativa, sino obligada, quedando como potestativa tan sólo la rebaja en dos grados. Sobre tal base parece que podría acogerse la pretensión que en el motivo se formula, pero a ello se opone, en primer lugar, que en el tercer fundamento jurídico de la sentencia, aunque se dice concurrir en los acusados una circunstancia eximente incompleta de drogadicción, se merma grandemente la valoración como tal al señalar el tribunal que no ha quedado acreditado que tal adicción anulara o limitara gravemente las facultades intelectivas y volitivas de los acusados, calificando así como de poca importancia la merma de facultades volitivas e intelectivas de los mismos, que antes expresó en la última frase de los hechos probados. La disminución, que con carácter fáctico, se introduce en el apuntado fundamento jurídico de la sentencia recurrida, en realidad, podría incluso dificultar la aplicación de la atenuante de drogadicción del número 2.º del artículo 21, ya que este precepto condiciona la aplicación de la misma a que el culpable actúe a causa de su grave adicción a sustancias entre las que se mencionan —en referencia al número 2 del artículo precedente— las drogas tóxicas y estupefacientes y desde luego no aparecen en los hechos probados un impedimento ni aun incompleto, de la comprensión de la ilicitud del hecho o de la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensiva que exige el número 2 del artículo 20 del Código Penal al definir la eximente. Esto permite descubrir el error sufrido por el juzgador, que, pese a la cita del artículo 21.1.º del Código Penal, estaba en realidad considerando que concurría una atenuante del número 2 del mismo Código, como permite corroborar el que cite para determinar su extensión el artículo 66 del mismo texto legal, aclarando a continuación que la pena que va a imponer, de dos años, de prisión es la mínima del marco penológico aplicable, que, aclara, es de dos a cinco años. En definitiva el tribunal entendió estar aplicando la atenuante normal y no la eximente incompleta y, en tales circunstancias, la pena inferior imponible es, efectivamente, la realmente impuesta, con lo que el motivo ha de decaer.

(Sentencia de 17 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 74.1

*Acusados que usan varias veces tarjeta de crédito fingiendo ser sus titulares en diferentes partes de unos grandes almacenes, suplantando la firma del titular de la tarjeta en los resguardos de compra. Continuidad delictiva; diferencia con unidad natural de acción.*

Tercero.—El concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación) de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (sentencias de 15 de febrero de 1997, 7 de mayo, 19 de junio y 14 de julio de 1999, y 4 de abril, 2 y 18 de julio de 2000).

Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad (sentencia 7 de mayo de 1999), pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia de 7 de mayo 1999 consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía del aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sendos sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción la materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes.

Cabría estimar como unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente.

Pero lo cierto es que dicho concepto no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones autónomas (abonar un producto falseando la firma de la tarjeta de compra y seguidamente iniciar ante otro empleado de unos Grandes Almacenes una nueva operación de compra que culmine con la nueva presentación de la tarjeta para el pago y una nueva firma falsificada, suplantando en cada uno de dichos actos diferentes de pago la personalidad y la firma del titular de la tarjeta), pues en tal caso se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado, forzándose de modo inadmisiblemente el concepto racional y natural de acción.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto.

(Sentencia de 19 de abril de 2001)

*Delito continuado en agresión sexual: no existe en el caso de penetración vaginal y bucal a la víctima en el mismo contexto espacial y temporal, constituyendo, por tanto, una unidad de acción*

Cuarto.—El último de los apartados del Recurso también toma la vía del artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por indebida aplicación, del artículo 74 del C. Penal.

Se afirma por quien recurre que «el Tribunal de instancia, después de considerar probado que el acusado conminó a su víctima a que “le realizase primero una felación para después proceder a penetrarla vaginalmente ... una vez que finalizó el coito vaginal, Modesto intentó localizar 12.000 pesetas que sabía llevaba María Isabel exi-

giéndole, entre tanto que se masturbase ...”, concluye la existencia de delito continuado. Sin embargo, tal figura jurídica exige la existencia de pluralidad de acciones, resultando de la descripción de los hechos una única acción, por lo que es improcedente su aplicación. Debe afirmarse que en el presente caso concurre infracción de lo dispuesto en el artículo 74 del C. Penal, por cuanto nos hallamos, no ante un supuesto en el cual el sujeto haya llevado a cabo varias acciones distintas desde el punto de vista de su calificación, sino ante un caso de “unidad de acción desde un punto de vista natural”».

Como soporte de tal postura se cita, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1996, para concluir que «el Tribunal sentenciador erró al calificar como delito continuado lo que es un único delito que se manifiesta en una multiplicidad de movimientos corporales que, sin embargo, constituyen, desde el punto de vista de la acción natural, una unidad».

El Motivo cuenta con el apoyo del Ministerio Público lo que, en el presente supuesto, avala definitivamente el acogimiento de la tesis recurrente de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial que tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 13-12-1990, 24-3-1993, 8-7-1994, 22-9-1995 y 26-4-1996, que procede apreciar la existencia de «una sola acción punible» en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica (S. 14-5-1999).

Efectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente (SS. 24-3-1993, 22-1-1994, 16-2-1995, 13 y 20-11-1995, 28-2-1996, 26-10-1996, 28-9-1996, 17-3-1997 y 19-4-1997), en el sentido de que, en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad natural de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve. (S. 19-6-1999). En definitiva, es la unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos.

Tal conclusión, como es obvio, implica la estimación del Motivo, lo que por su parte produce una aminoración penológica que, en razón de la concurrencia de una circunstancia atenuante de la responsabilidad, permite imponer la pena de nueve años de Prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la conducta, permaneciendo inalterado el resto de los pronunciamientos condenatorios e indemnizatorios de la sentencia que en parte se revoca.

(Sentencia de 21 de mayo de 2001)

### *Doctrina jurisprudencial sobre delito continuado de abusos sexuales*

Cuarto.—(...) El artículo 74 del CP 1995 es sustancialmente igual al artículo 69 bis del CP de 1973, al que se incorporó por LO 8/1983, de 25 de junio, tras una larga evolución doctrinal y jurisprudencial en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso y es considerado como un solo delito.

Los requisitos del delito continuado, según jurisprudencia consolidada de esta Sala, son los siguientes:

- a) Pluralidad de hechos delictivos diferenciados.
- b) Identidad de sujeto activo.
- c) Elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras.
- d) Elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal.
- e) Una cierta conexidad temporal.

La jurisprudencia de esta Sala fue, en principio, restrictiva en aplicar la figura de la continuidad delictiva a las agresiones contra la libertad sexual por ser un bien eminentemente personal, pero admitiendo excepciones hoy legalmente reconocidas en el artículo 74.3 del CP, en los mismos términos literales del derogado artículo 69 bis, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Pueden citarse al respecto, entre muchas, las sentencias de esta Sala de 31 de enero de 1986 y 24 de junio de 1998 que comprenden más de una década. La primera, recuerda que el delito continuado había sido recibido en la doctrina jurisprudencial con anterioridad al artículo 69 bis rechazando, por lo general, su aplicación a las agresiones sexuales, pero añadiendo que había de apreciarse la existencia de una sola acción punible en «los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los “mismos” sujetos y en el marco de una “misma” ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar». En el caso contemplado por la segunda, la descripción se presentaba como paradigmática de la exteriorización de un único dolo excluyente de renovaciones plurales con autonomía diferenciada. Se reincide en su concreción externa, sobre el mismo sujeto pasivo, con aprovechamiento de idénticas ocasiones y razón de prevalimiento por parte del mismo sujeto activo. Ello significa la evidencia de un propósito unificador que aglutina las acciones en un contexto homogéneo propio de la continuidad delictiva «sin que el que temporalmente sean espaciadas sea suficiente para eliminar tal continuidad». Como establecieron entre otras las sentencias de esta Sala de 3 de febrero de 1983 y 28 de abril de 1994 cuando sean varias infracciones homogéneas, una en grado de tentativa y otra de consumación, aquélla es absorbida por ésta y se integra en la unidad tipológica del delito continuado, cuando concurren los presupuestos del artículo 74.

Sentencias como las de 16-2 y 25-5-1998 y 26-1-1999 admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996,

entre otras), criterio reiterado, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998, conforme se recuerda en la de 9 de junio de 2000, Sentencia ésta que, por cierto, niega la posibilidad de utilizar tal continuidad delictiva cuando se trata de dos sujetos pasivos distintos, como ocurre en el caso de autos.

Por lo demás, la continuidad delictiva ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala en materia de abusos sexuales en Sentencias de 8 de julio de 1997, 22 de abril y 25 de mayo de 1998, 12 de abril y 14 de mayo de 1999, entre otras muchas.

(Sentencia de 30 de mayo de 2001)

Quinto.—Al único Motivo que lo conforma se ha adherido la Acusación Particular para asumir la fórmula que, por el cauce del número 1 del artículo 849 de la LECrim, sirve para denunciar infracción, por aplicación indebida, de un solo delito continuado de abuso sexual y la no aplicación de cuatro delitos continuados de abusos sexuales (tantos como sujetos pasivos) de los artículos 181-1 y 2-1.º, 182-1 y 2-1.º, en relación con los artículos 74 y 192, todos ellos del Código Penal.

Estima el Ministerio Público que, a la vista de los hechos declarados probados, el Tribunal de instancia debió de condenar por un delito continuado respecto a todos y cada uno de los sujetos pasivos afectados e individualizados y, por lo tanto, condenar por cuatro delitos continuados de abuso sexual.

Tal planteamiento ha de ser aceptado, pues la justificación ofrecida por la Sala *a quo* parece presidida por esquemas de benevolencia mas no por razones de estricta técnica jurídica homologadas por una ya consolidada praxis jurisprudencial. Al efecto dice la Audiencia Provincial, después de apreciar la continuidad delictiva: «otra cosa es si la continuidad ha de apreciarse respecto de todas la infracciones y pese a la pluralidad de sujetos pasivos, solución legal que obviamente también contempla el artículo 74 del Código Penal que habla del mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, y que ofendan a uno o varios sujetos.

El tribunal es consciente de que esa posibilidad ha de administrarse con cautela, y que no procederá en aquellos casos en que las víctimas lo son sin relación alguna entre ellas ni con la conducta sufrida: pero en este caso lo son dentro de la misma acción las tres niñas, y en absoluta proximidad el niño, de modo que cada uno de los abusos llevados a cabo por el acusado se presenta como la parte de un todo cuyos peñaños recorre el autor para alcanzar el fin deseado, de modo que el número de víctimas es algo circunstancial en el dolo del acusado, que alcanza sus torpes fines con las que en cada ocasión tiene a mano. Una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 7-2-1996, para negar la continuidad delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, usa el argumento que aquí se expone *a contrario sensu* de cómo allí se hace, y que justifica esta solución, habida cuenta aquella absoluta indeterminación de número y circunstancias a que se ha hecho mención» (*sic*).

De nuevo hemos de invocar el integral respeto a los hechos probados impuesto por la vía elegida, para, en este caso, apuntalar definitivamente la propuesta recurrente del Ministerio Fiscal. En dicho relato, el propio Tribunal sentenciador diferencia de forma tajante la existencia de cuatro sujetos pasivos en el delito. Así se constata cómo en el *factum* se habla de qué abusos realizados por el procesado se hacían sólo a Cristina o a las tres niñas juntas (Cristina, Joana y Marta), incluso diferenciando algunos hechos realizados sobre Marta (introducción del pene a esta última) y, por último, distinguiendo los hechos realizados sobre la persona del menor Jorge.

A partir de dicha narración, la fórmula calificadora instrumentada en la instancia resulta inadmisibles por forzada ya que no cabe hablar de «proximidad» desde el momento en que los hechos sentenciados en numerosas ocasiones se practicaban por

el procesado sólo respecto de Cristina, así como que los tocamientos y penetraciones se hacían una tras otra de las niñas, con una clara individualización de las mismas y, por supuesto, y en último lugar, no existe ningún nexo en común respecto a los tocamientos y demás hechos referidos al menor Jorge, los cuales se practicaban totalmente independientes de los de las menores.

Si la exigencia del mismo sujeto pasivo es absolutamente trascendente, según se pone de manifiesto, por todas en la Sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1998, al establecer que para aceptarse la continuidad en estos delitos que conculcan un derecho tan personal como es el de la libertad sexual, se necesita que concurren cuanto al menos estos requisitos.

a) Que el acto sexual tenga como sujeto pasivo la misma persona y se repita de manera casi seguida o inmediata.

b) Que ello acontezca con motivo de la misma ocasión y en análogas circunstancias de tiempo y lugar, siendo muy trascendente en estos delitos sexuales para aplicarles la continuidad a estas dos circunstancias (...), no ofrece duda que en el supuesto sometido ahora a consideración aun cuando se dan los dos requisitos necesarios para aplicar la continuidad, los sujetos pasivos son cuatro perfectamente diferenciables y, lo que determina la aplicación de cuatro delitos continuados de abuso sexual, pues —como señala el Ministerio Público— de no ser así, se daría la paradoja de que si el procesado sólo hubiera realizado los hechos denunciados con una sola de las menores o sólo con el niño Jorge, le hubiera recaído al mismo idéntico reproche penal, situación inaceptable máxime cuando, la conducta del acusado se soporta en un dolo individualizado y totalmente separado respecto a los cuatro sujetos pasivos que impide hablar de un solo delito continuado.

Tales conclusiones vienen avaladas por las citas jurisprudenciales que se contiene en el Recurso (SS. de 12-6-1995, 16-1-1997, 6-10-1998, 26-1-1999 y 23-3-1999, entre otras) que, en síntesis, señalan que cuando la agresión o atentado a la literalidad sexual afecta a varios menores, en cada uno de ellos se lesiona la libertad individual representativa de un derecho fundamental y personalísimo, dando lugar a una pluralidad de delitos.

En su consecuencia, ratificamos la anunciada estimación del Recurso, lo que determina un efecto penológico que, en razón de las circunstancias concurrentes en el caso, los vínculos parentales o afectivos del acusado con las víctimas y la edad de éstas, individualizadamente comporta la imposición de las penas de ocho años y seis meses de Prisión por cada uno de los delitos de Abusos Sexuales de los que son sujetos pasivos sus hijas Marta y Joana, siete años de prisión para el delito continuado de Abusos Sexuales cometido con la menor Cristina y otros 7 años de Prisión para el delito continuado de Abusos Sexuales cometido con el menor Jorge. Penas a las que se aplicará el límite de cumplimiento máximo de 20 años previsto en el artículo 76 del Código Penal, quedando subsistente el resto de los pronunciamientos de condena e indemnizatorios fijados en la sentencia de instancia.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

*El hecho de que los abusos sexuales fueran interrumpidos durante dos meses tras el alumbramiento no supone la existencia de dos delitos continuados diferentes; tampoco el hecho de que el prevalimiento fuera, durante un tiempo, por ser la víctima menor de trece años y tras cumplirlos, por superioridad manifiesta*

Tercero.—Los tres motivos siguientes, formalizados por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratan en definitiva de combatir la construcción delictiva a la que llega la Sala sentenciadora, entendiendo que todo el suceso puede ser calificado como constitutivo de un solo delito de abusos sexuales con penetración vaginal, sin que sea dable discernir en dos tipos de dolo diferentes, aún renovados, uno de ellos cualificado por la falta de consentimiento de la menor, al no haber alcanzado la edad de 13 años, y el segundo como consecuencia del prevalimiento que la situación de superioridad del agresor, dada la relación con su madre, le colocaba frente a aquélla, viciando en definitiva tal consentimiento, hasta doblegarse a sus deseos como consecuencia de procurar la estabilidad de las relaciones sentimentales de su propia madre, relaciones que mantenía con el procesado. De este modo, el recurrente considera infringidos sucesivamente los artículos 74, 181.1.º en relación con el 182.1.º, y 183.2.º del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado. En un caso muy semejante, esta Sala (Sentencia de 9 de diciembre de 1998) ya declaró que «el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive», para ello debe concurrir el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos, integrándose el conjunto de actos abusivos realizados en un mismo delito continuado que abarca tanto las acciones subsumibles en el artículo 181.2.1.º como los subsumibles en el artículo 181.3.º, atendiendo a la semejante naturaleza del precepto infringido y a la homogeneidad de las acciones realizadas. Asiste razón al recurrente —decía la Sentencia citada— en el sentido de que los actos practicados con posterioridad a que la menor cumpliera los 12 años de edad (actualmente, 13 años) deben encuadrarse en el párrafo 3.º y no en el 2.º del artículo 181, pero dicha alegación carecía (en el precedente citado) de practicidad, ya que la totalidad de los abusos se habían calificado correctamente como un único delito continuado, sancionable «con la pena señalada para la infracción más grave» (que es la del párrafo 2.º), como previene expresamente el artículo 74.1 del Código Penal de 1995, y antes el artículo 69 bis del Código Penal anterior.

Igualmente esta misma Sala, en reiterados pronunciamientos (Sentencias de 5 y 7 julio y 21 enero 1994, 28 marzo 1995, 15 marzo y 1 octubre 1996, etc.), ha admitido la aplicación del delito continuado en estos supuestos de reiteración de abusos, entre los mismos sujetos, activo y pasivo, prevaleciéndose el primero de una misma relación o situación sobre el segundo, ya que los sucesivos abusos corresponden a un único propósito dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación que se proyecta en la continuidad y repetición de actos de similar naturaleza.

La Sentencia de 28 de junio de 1999, con cita de las Sentencias de 16-2 y 25-5-1998 y 26-1-1999, admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996, entre otras), criterio reiterado, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998. Añadiendo que «la sucesión de conductas abusivas realizadas por el acusado sobre su

hija... refleja la existencia de una unidad jurídica en la que las sucesivas acciones típicas aparecen integradas en el propósito inicial como simples manifestaciones de éste y estructuradas en el seno de una decisión de mantener el aprovechamiento de una misma clase de situación o relación autor-víctima, se exterioriza así un dolo único, prolongado en el tiempo, al reiterarse el mismo comportamiento de aprovechamiento sexual en similares ocasiones, sobre un mismo sujeto pasivo y dentro del contexto homogéneo de una relación abusiva. Todo ello justifica la aplicación del delito continuado y la adecuación penológica propiciada por dicha figura ajustada a criterios de proporcionalidad a esa situación de prevalimiento estable, fijación preconcebida y actuaciones atentatorias a la indemnidad sexual de un sujeto pasivo idéntico».

En el caso sometido a nuestra consideración, existe un dolo unitario, renovado en cada actuación, que se estructura en una misma relación «cuasi-familiar», con idéntico propósito criminal, sobre la misma persona siempre, y con la infracción de idéntico precepto penal, que se traduce en la existencia de unos abusos sexuales (agravados con penetración vaginal) caracterizados por el prevalimiento de una superioridad no solamente de edad, sino de situación derivada de su posición en la familiar, compañero sentimental de su madre, y con gran ascendencia sobre la menor, cuyo consentimiento cuando tiene menos de trece años es irrelevante para la ley penal, en razón a su extrema inmadurez biológica-psicológica, y cuando alcanza dicha edad, se encuentra viciada por tal situación de ascendencia, que es en definitiva la razón de su doblegamiento, cualquiera que fuese la atracción emotiva-afectiva que tal figura impregnara en su psicología infantil, pero en todo caso viciada al punto de ser incapaz de oponerse a los libidinosos deseos del procesado, que se aprovechaba de la situación de superioridad, ascendencia, edad, posición familiar y le infundía la creencia que por delatar tales relaciones la estabilidad afectiva entre su madre y él, se vería muy seriamente deteriorada, e incluso desmembrada estructuralmente, razón por la cual el delito siempre fue el mismo y el corto espacio temporal de dos meses (que coincidió con el alumbramiento) en que cesaron las relaciones sexuales no puede servir de frontera para la construcción de dos delitos continuados diferentes (como hizo el Tribunal *a quo*), toda vez que la naturaleza delictiva es la misma, admitido por la Sala sentenciadora, y los restantes requisitos correspondientes a la infracción penal continuada han sido también idénticos.

Con base en las anteriores consideraciones, el delito de abusos sexuales se caracteriza por el atentado contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia ni intimidación, pero también sin que medie consentimiento (que es el tipo básico del artículo 181.1 del Código Penal, del que forma parte el apartado segundo de mencionado precepto, que únicamente presume legalmente la irrelevancia del consentimiento, como norma interpretativa, al decir, en la redacción vigente, que «a los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años» (entre otros supuestos) y el apartado tercero, que no es sino una faceta más de la obtención viciada del consentimiento, en este caso, prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima; todos ellos se castigan con la misma pena, y no son tipos penales distintos de abusos sexuales, sino el mismo delito, por participar de la misma naturaleza, tanto en el dolo del actor, como en la ejecución delictiva, y que únicamente disciplinan la obtención del consentimiento, irrelevante por razón de la edad de la víctima (equiparándose el consentimiento prestado por personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse), o finalmente viciado tal consentimiento cuando el culpable abuse o se prevalega de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En suma, no hay dos delitos

distintos cuando se comete el delito frente a la misma víctima valiéndose para obtener su consentimiento de cualquiera de tales modalidades legales, aspecto éste que no planteará problemas interpretativos cuando estemos en presencia de una sola acción delictiva, pero sí cuando nos encontremos ante una situación concursal. En efecto, si en el transcurso de la acción continuada, la víctima alcanza la edad de trece años, el delito no muda su naturaleza, porque lo decisivo será la realización de actos atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima sin su consentimiento, lo mismo que una secuencia de agresiones sexuales no se tornan diferentes por el hecho de que en unas el agente obtenga su propósito bajo la presión de una intimidación suficiente que doblegue la voluntad de la víctima y en otras subsiguientes se utilice «vis física» o violencia para conseguirlo (que no se construya en tal caso un delito continuado obedece a otras consideraciones, pero el concurso delictual lo será de idénticas infracciones penales).

En consecuencia, el tipo delictivo sancionable es el abuso sexual del artículo 182.1 del Código Penal, esto es, abuso sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, que disciplina una franja punitiva de cuatro a diez años de prisión, pena que se impondrá en la mitad superior por aplicación de la circunstancia 4.<sup>a</sup> del artículo 180.1, conforme impone el artículo 182.2 del mismo Cuerpo legal, es decir, abuso sexual por prevalimiento de relación de superioridad, en razón de la influencia ejercida sobre la menor, dada su posición familiar, conforme ya razonó la Sala sentenciadora, que deberá ser sancionado en continuidad delictiva, como un solo delito, y no dos, como construyó el Tribunal de instancia, imponiéndose la penalidad que se determinará en la segunda Sentencia que ha de dictarse, estimándose los motivos casacionales indicados anteriormente.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2001)

## ARTÍCULO 76

### *Acumulación de penas: la finalidad de las penas privativas de libertad no se agota en el fin reinsertador*

Único.—(...) 1. En este sentido la Sala debe señalar, en primer lugar, que el auto recurrido no infringe el artículo 25.2 CE, dado que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dicha disposición no acuerda un derecho subjetivo fundamental, y no excluye que las penas puedan tener una pluralidad de finalidades, que, junto a la prevención especial o individual, permitan la prevención del delito dentro del respeto de la dignidad de la persona. En particular, es preciso subrayar que el artículo 25.2 CE puede ser entendido de tal manera que determine, como consecuencia de la acumulación de penas, que el autor de cierto número de delitos ya no puede ser condenado por nuevos hechos punibles a nuevas penas, cuando las impuestas hayan alcanzado el límite del artículo 70 CP/1973 o del artículo 76 CP. Este punto de vista sería inclusive contrario a la idea de prevención especial y, lo que es lo mismo, de resocialización o de reinserción social. En efecto, la mencionada resocialización del autor no será nunca posible sobre la base de eliminar su autorresponsabilidad frente al ordenamiento jurídico. Resocialización implica, ante todo, autorresponsabilidad y capacidad para ejercitar la libertad dentro del marco diseñado por las leyes. Con otras palabras: sólo será factible lograr la reinserción social si el condenado adquiere capacidad de convivir en una sociedad con todos sus deberes jurídicos. Sería

inconsecuente con la idea básica del artículo 25.2 CE admitir que un sujeto que ha cometido un número importante de delitos, debería quedar liberado del peso de sus deberes jurídicos para la convivencia, simplemente por haber alcanzado un cierto límite penal.

Tampoco se puede, en parte por las mismas razones, alegar la infracción del artículo 15 CE, pues las penas aplicadas, individualmente consideradas, no constituyen ni torturas ni tratos degradantes. En primer lugar no se trata de torturas en la medida en la que son consecuencia de un acto antijurídico y culpable establecido según las reglas del debido proceso. En segundo lugar, el tiempo de duración de cada pena impuesta no implica un trato degradante mientras se mantenga dentro de los límites que se deducen del principio de proporcionalidad y no exija al condenado prestaciones, durante su cumplimiento, que afecten su dignidad como persona. La Defensa del recurrente no ha denunciado ninguna circunstancia que permita contrarrestar estas consideraciones.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

### *Crterios a seguir para acumular condenas: improcedencia de hechos posteriores a la firmeza de la sentencia con la que se pretende acumular*

Único.—El procedimiento que establece el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional (STS de 24 de noviembre de 1998 y STC 130/1996, de 9 de julio) y lo mismo puede afirmarse, en concreto, de la limitación de las penas del artículo 70 –hoy 76 CP vigente– (SSTC 11/1987, de 30 de enero y 147/1988, de 14 de julio), porque puede afectar a derechos fundamentales. Su trascendencia explica que el legislador previera la posibilidad de recurso de casación en estos casos. En los últimos años la jurisprudencia de esta Sala se ha ido matizando gradualmente, en un considerable y sostenido giro, para flexibilizar en favor del reo, por razones humanitarias, los requisitos establecidos, sobre todo el de conexidad, que además de su carácter procesal, extraño a un mandato sustantivo, no sólo contradice el principio general del artículo 76.1 Código Penal y su finalidad de evitar una excesiva prolongación de la privación de libertad, sino la propia finalidad constitucional de resocialización de las penas consagrado en el artículo 25 de la Constitución Española (STS 6-3-1998), aunque el precepto no genere un derecho fundamental ni excluya otros fines primordiales de las penas (SSTC 2/1987 y 119/1996). La conexión, más que como requisito impeditivo, se configura como una posibilidad de extender el supuesto contemplado por el artículo 988.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «dando prevalencia a las normas sustantivas» (SSTS. de 24 de noviembre de 1998), por estimarse «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 mismo de su comisión» (STS 31/1999, de 14 de enero), lo que constituye exigencia legal insoslayable que no puede dejarse al albur de la mayor o menor celeridad de los procesos (STS 24 noviembre 1998), ni mucho menos indefinidamente ilimitada en el tiempo para evitar un sentimiento de impunidad en el condenado contrario a los fines de prevención especial que tienen las penas (STS 28 septiembre 1998), por lo que sólo serían acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que da lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos

podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso (STS de 14 de enero de 1999, 12 de julio de 2000 y 26 de enero de 2001).

La sentencia de 29 de mayo de 1999 recordaba a este respecto «que no se puede acceder a una acumulación a ultranza, cuando nos encontremos con delitos cometidos con posterioridad a la firmeza de anteriores resoluciones ya que ello sería tanto como reconocer a la persona una especie de patrimonio penitenciario que le permitiría cometer impunemente toda clase de delitos en la seguridad de que su condena no se vería incrementada, al haber alcanzado los topes legales las impuestas con anterioridad».

Esta Sala acordó en Junta General de 12 de febrero de 1999, que «en los recursos de casación referentes a expedientes de acumulación jurídica de penas no será aplicable el artículo 76 del vigente Código Penal, salvo que las condenas cuya acumulación se interese se hayan dictado conforme al nuevo Código Penal bien en origen, o bien tras la revisión efectuada por el tribunal sentenciador».

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

*Fundamento y límites de la acumulación: la acumulación no puede transformarse en una causa de irresponsabilidad penal futura. El límite de veinte años no tiene un carácter absoluto e incondicional, siéndole aplicable el requisito de la conexidad temporal*

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 76 del Código Penal.

Es doctrina de esta Sala —veáanse las sentencias de 15 de julio y 30 de diciembre de 1996 y 11 de enero de 1997— que en la refundición de condenas debe seguirse una interpretación generosa a favor del reo y que únicamente se deben excluir de la refundición aquellas causas ya sentenciadas cuando se cometieron los hechos de la sentencia y condena a la que se pretenden acumular, lo que impide que pudieran seguirse en un mismo proceso.

En el supuesto que examinamos, como muy bien se razona por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en la resolución recurrida, no procede la acumulación respecto determinadas condenas por referirse a hechos que ya estaban enjuiciados y sentenciados cuando se cometieron otros hechos que determinaron unas causas y condenas a las que se pretenden acumular ya que resulta imposible que pudieran seguirse en un mismo proceso. Y eso sucede con las condenas incluidas en los tres apartados en los que se dividen las condenas impuestas a este penado, en la parte dispositiva del Auto recurrido.

No puede estimarse la pretensión que en definitiva constituye el objeto de este recurso y es que con independencia de si pudieron o no ser objeto de un mismo proceso y aunque se trate de hechos delictivos acaecidos después de la firmeza de las sentencias dictadas por otros delitos, se solicita que en ningún caso se superen los veinticinco años de prisión. Es decir que se proceda a la refundición entre los distintos bloques que se mencionan en la resolución recurrida y que el Tribunal de instancia no pudo refundir entre sí por referirse a hechos acaecidos después de dictarse sentencias por los otros hechos a los que se pretenden acumular.

La posición que se defiende en el recurso supone establecer un límite penológico del que no puede excederse sin que puedan tenerse en cuenta los hechos delictivos

que puedan cometerse en el futuro. Es decir que se haga un pronunciamiento de irresponsabilidad penal respecto de todos los hechos delictivos que haya cometido o pueda cometer después de las firmezas de determinadas sentencias, cuando se ha alcanzado el límite de los 25 años.

Esta pretensión no puede ser estimada. No se puede conceder una patente de irresponsabilidad penal para el futuro. Y el recurrente deberá acudir a otros beneficios o cauces legales para mitigar las penas correspondientes a delitos que no pueden ser enjuiciados en un mismo proceso y que superan los límites establecidos en el Código Penal para los hechos delictivos que sí pueden ser enjuiciados en un mismo proceso.

A esta cuestión se han referido varias sentencias de esta Sala.

Así, en la Sentencia de 23 de enero de 2000, se declara que es cierto que, en algunos casos, esta Sala ha forzado el concepto de conexidad temporal y por razones de humanismo penal y penitenciario, ha extendido la posibilidad de la refundición de condenas a causas que originariamente no se hubieran podido llevar en un solo proceso, pero esta posibilidad tiene sus límites y se ha dicho, también de manera uniforme, que las penas impuestas en sentencias declaradas firmes no pueden acumularse a otras derivadas de hechos cometidos con posterioridad a tal firmeza ya que, en caso contrario, podría crearse y alentarse un sentimiento de impunidad al considerar que todos los hechos delictivos que se pudieran cometer posteriormente quedarían absorbidos por el límite máximo de los treinta años acordado a consecuencia de sentencias anteriores. La sentencia que comentamos apunta una serie de soluciones que pudieran ajustar la duración de la pena a límites, compatibles con el humanitarismo penal y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes. La primera solución, que queda en manos del Poder Ejecutivo, es la concesión de un indulto parcial que acompañe la duración de la pena que queda por cumplir a módulos aceptables y razonables por razones de justicia y equidad. Otra fórmula utilizable es la prevista en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, cuya iniciativa corresponde a la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico. Este organismo podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la tramitación de un indulto particular en la cuantía que aconsejen las circunstancias, si bien se exigen una serie de requisitos previos, como la buena conducta, desempeño de actividad laboral y participación en actividades de reeducación y reinserción social. Otra medida alternativa sería el adelantamiento de la libertad condicional que se contempla en el artículo 91 del Código Penal de 1995 y el artículo 205 del Reglamento Penitenciario, si ello fuera posible.

También la sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2000, se refiere a la cuestión que examinamos, indicando que la doctrina de esta Sala se muestra estricta en cuanto a la exigencia de que los diferentes procesos en los que se impusieron las condenas a acumular «pudieran haberse enjuiciado en uno solo». Por ello cuando ya hay una sentencia, los delitos cometidos con posterioridad a ella no pueden acumularse a los ya sentenciados, puesto que no habrían podido ser todos ellos objeto de un mismo proceso. La Sala fundamenta esta limitación en el peligro que supondría como incentivo para la comisión de nuevos delitos el que un condenado, vistas las penas que ya se le han impuesto, supiera que podía cometer otro u otros delitos sin tener que cumplir las penas a ellos correspondientes al haber alcanzado previamente el límite legal. Para evitar esa impunidad se excluye la acumulación de las penas correspondientes a delitos anteriores con las impuestas por delitos posteriores a la fecha de la sentencia.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 77

*Teoría del concurso ideal de delitos con unidad de acción y varios resultados*

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 621.2.º y 3.º, en relación con el artículo 77 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que al haberse ocasionado la muerte de una persona y lesiones a otra, como consecuencia de la imprudente conducción que hizo el acusado de su vehículo automóvil, debió apreciarse un concurso ideal de delitos y castigarse conforme al artículo 77 del Código Penal, imponiendo la pena correspondiente a la infracción más grave, homicidio por imprudencia previsto en el número 2.º del artículo 621 del Código Penal, en su mitad superior, sin exceder de la que pudiera corresponder penando ambas faltas por separado.

Este motivo del Ministerio Fiscal debe ser estimado.

Es cierto que el sistema del crimen *culpa*, que mantenía el Código Penal derogado, considera que el delito imprudente es único y que el resultado sólo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el «resultado» que será tratado de forma unitaria. En este sistema los supuestos imprudentes son *numerus apertus*.

Por el contrario, el sistema de los *crimina culposa*, que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas imprudencias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de *numerus clausus*.

El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». De manera que el Código acoge un sistema de *numerus clausus*, por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o *numerus apertus*.

Entre las diferencias entre un sistema y otro presentan especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples.

Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del crimen *culpa* se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización.

Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código Penal, como tiene reconocido esta Sala —cfr. Sentencia de 10 de octubre de 2000.

En el supuesto que examinamos, en el que se han producido pluralidad de resultados, al haberse ocasionado la muerte de uno de los ocupantes del vehículo y heridas

graves a otro, como consecuencia del mismo accidente provocado por la negligente conducción del acusado, se ha producido un concurso de infracciones imprudentes, y al haberse presentado en unidad de acción, surge un concurso ideal que deberá sancionarse conforme se previene en el Código Penal, es decir, se impondrá la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. En este caso el homicidio por imprudencia simple que está penado en el artículo 621.2 con multa de uno a dos meses, siendo, por consiguiente, procedente la pena ya impuesta en la instancia de cuarenta días de multa.

Con este alcance, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

*Concurso ideal: distinción entre unidad de acción y unidad de hecho. El concurso medial es una modalidad de concurso que se castiga como el concurso ideal*

Primero.—1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se denuncia por José Alberto B. O. y por María José D. A., que ejercieron la acusación particular en la instancia, la infracción por aplicación indebida, del artículo 77 del CP por entender que todos los delitos por los que fue condenado el acusado constituían un concurso real y no un concurso ideal como estimó la Sala *a quo*.

2. La sentencia que se impugna condenó al acusado: *a*) por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, uno de lesiones y otro de daños, en régimen de concurso ideal propio; y *b*) por un delito de fabricación de explosivos en régimen de concurso medial entre el mismo y los otros cuatro delitos antes mencionados.

3. El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de prosperar. El concurso ideal, según la dicción literal del artículo 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del artículo 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como de la culpabilidad (en este sentido sentencia de 11 de junio de 1997). Así sucedió en el presente caso en que el acusado, según el tercero de los hechos probados, «... decidió matar a María José y a José Alberto...», realizando la agresión a los mismos en la forma descrita expresivamente en los apartados cuarto y quinto del relato fáctico, que la Sala califica en el fundamento jurídico quinto, muy correctamente, de dos delitos de homicidio en grado de tentativa, pues dos fueron los sujetos pasivos y, en definitiva, dos fueron los hechos en régimen, por tanto, de concurso real y no de concurso ideal como ha entendido la Sala en su valioso y meritorio análisis de la materia que es, ciertamente, una de las más complejas de la dogmática penal. Las lesiones y daños, en grado de consumación, son delitos igualmente autónomos, como resultados heterogéneos, calificados en la sentencia impugnada como tales, en los fundamentos séptimo o noveno, por dolo directo de segundo grado, y por tanto en concurso real (SS. de 2 de julio de 2001 y 12 de julio de 2000).

4. Se impugna también en el recurso que la fabricación y tenencia de explosivos, tipificado en el artículo 568 del CP, por el que fue condenado el acusado, esté

relacionado en «concurso medial» a los otros cuatro delitos analizados en los apartados anteriores, sino que es también una manifestación del concurso real de delitos.

El concurso medial, teleológico o finalista es una rara figura en nuestras leyes (S. 29-7-1998) y constituye, una modalidad del concurso real aunque se sanciona como concurso ideal.

Esta Sala ha reiterado que el medio necesario, como dice el artículo 77 del CP, no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. «Para que proceda la estimación del concurso ideal se dijo en la Sentencia de 9 de febrero 1990 no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su casualidad efectiva y no en el orden teleológico individual» (S. 19-9-1996 citada por la de 12 de julio de 2000).

(Sentencia de 19 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 104

### *Medida de seguridad consistente en internamiento en centro de deshabitación. Aplicación facultativa en caso de eximentes incompletas*

Único.—El único motivo de casación formalizado en cada uno de los recursos interpuestos —uno en nombre de Francisco José N. V., otro en nombre de Siro M. S. y Carlos Manuel G. G.— lo ha sido al amparo del artículo 849.1.º LECrim y denunciando la misma infracción legal, esto es, la inaplicación indebida a los recurrentes del artículo 104 CP en cuya virtud —se dice— deberían haberles sido aplicadas, al primero, la medida de seguridad prevista en el artículo 101 y, al segundo y al tercero, la prevista en el artículo 102, ambos del CP. La identidad de norma procesal autorizante —el artículo 849.1.º LECrim— y de norma penal pretendidamente infringida —el artículo 104 CP— permite que demos a las dos impugnaciones deducidas contra la Sentencia de instancia una única respuesta que tendrá que ser necesariamente negativa. La aplicación, por el Juez o Tribunal sentenciador, de las medidas de internamiento previstas en los artículos 101, 102 y 103 CP a los responsables de hechos delictivos en los que se hubiese apreciado una eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP, tiene carácter facultativo a tenor de la misma dicción legal —«podrá imponer»— lo que parece rigurosamente lógico teniendo en cuenta que se trata de una decisión cuya adopción debe depender normalmente del examen directo de la persona y circunstancias que en ella concurran. Es por ello por lo que, en términos generales, difícilmente puede ser combatida en casación la decisión que se haya tomado sobre el particular en la instancia; y aún más difícilmente si allí se ha tomado de forma razonada y no irrazonable. Distinto, sin duda, es el caso que se plantea cuando, casada y anulada la Sentencia de instancia, esta Sala adquiere plenitud de jurisdicción y los autos le ofrecen elementos suficientes para resolver sobre la aplicación de las mencionadas medidas; pero es claro que no nos encontra-

mos en este supuesto. El único punto sobre el que podemos pronunciarnos en este recurso es, precisamente, el de la negativa del Tribunal de instancia a aplicar a los recurrentes las medidas de internamiento legalmente previstas, negativa que el Tribunal ha razonado en términos de los que esta Sala no puede discrepar. Porque realmente no se advierten motivos para aplicar una medida –con el efecto sustitutorio de la pena que prácticamente le vincula el artículo 99 CP– a quien, como Francisco José N., padece un «trastorno orgánico de personalidad» o a quienes, como Carlos Manuel G. o Siro M., se encuentran ya prácticamente liberados de la drogodependencia que en el pasado tuvieron. Se desestiman, en consecuencia, los motivos únicos articulados en los dos recursos de casación.

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 110

*Contenido de la responsabilidad civil (reparación del daño) en caso de estafa: el perjudicado puede optar entre mantener el contrato realizado bajo engaño constitutivo de estafa solicitando una indemnización y la declaración de nulidad del mismo*

Décimo.–El único motivo del recurso interpuesto por la representación de la acusación particular, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega vulneración de los artículos 109.1.º, 110 y 111 del Código Penal de 1995, en relación con los preceptos concordantes de la LECrim, por no haberse señalado indemnización alguna como responsabilidad civil.

El motivo debe ser estimado. La sentencia impugnada deniega la solicitud de responsabilidad civil efectuada por la acusación particular alegando que existen dificultades para su cuantificación dada la concurrencia de una serie de procedimientos civiles entre los querellantes y el querellado, por lo que debe quedar la concesión de dicha indemnización al resultado de los referidos procedimientos y reclamarse en los mismos.

Pero esta fundamentación no puede ser compartida pues ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1.º del Código Penal), es en el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 109.2.º y concordantes del Código Penal, 111 y concordantes de la LECrim y artículo 742.2.º del mismo texto legal), sin perjuicio del efecto que dicho resarcimiento pueda tener en otros procedimientos de otro orden que se susciten entre querellantes y querellado. Los perjudicados no sólo no se han reservado la acción civil para ejercitarla separadamente (arts. 110, 111, 112 y 114 de la LECrim), sino que de modo expreso han optado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Penal (art. 109.2.º del Código Penal de 1995), sin perjuicio de suscitar otras cuestiones relacionadas ante la Jurisdicción Civil.

El perjuicio en la estafa de venta de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada se encarna en el menor valor de la cosa recibida a cambio de la contraprestación entregada, que rompe el equilibrio de las prestaciones, propio de todo negocio jurídico oneroso. El momento consumativo se produce cuando el adquirente entrega el precio o contraprestación, percibiendo a cambio la cosa gravada, con valor engañosamente disminuido. Dado el carácter delictivo del negocio, fundado en el engaño, la

nulidad se impone cuando se solicita, como sucede en este caso, por la parte perjudicada, pues es claro su derecho a resolver una venta a la que fue inducido por error esencial. Ello determina que si la parte perjudicada opta por el mantenimiento del contrato, la responsabilidad civil derivada de este delito deberá consistir en el importe de la devaluación sufrida por el bien como efecto directo de la carga o gravamen, más los demás perjuicios acreditados, pero si la parte perjudicada insta la anulación del contrato fraguado delictivamente, esta nulidad debe declararse como consecuencia civil del hecho delictivo, condenando al responsable de la estafa a la devolución del precio percibido, con los intereses correspondientes, y demás perjuicios acreditados.

En consecuencia, en el caso actual debe declararse, como reparación civil del delito de estafa, la nulidad de la compraventa de maquinaria y enseres –vendidos como libres, cuando se encontraban embargados– a que se refiere el contrato de 19 de diciembre de 1996, y la consiguiente devolución a la Sociedad compradora (Potaje Canario SL), de la cantidad abonada de 12 millones de pesetas, con los intereses legales correspondientes.

No cabe extender, sin embargo, la indemnización al precio abonado por el contrato de traspaso de local de negocio de 10 de diciembre de 1996, pues este contrato tiene un objeto diferente, sin perjuicio de lo que resulte de los procedimientos civiles entablados o que puedan entablarse. Es claro que ambos negocios jurídicos se encuentran relacionados íntimamente, pero de modo preciso el delito de venta de bienes embargados como si fuesen libres se concreta en el de 19 de diciembre, conforme al relato fáctico.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso interpuesto por esta representación.

(Sentencia de 24 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 111

### *Responsabilidad civil derivada del delito e incidencia en las anotaciones del Registro de la Propiedad*

Segundo.—El artículo 111.1 CP establece como regla general en materia de responsabilidad civil *ex delicto* la restitución del mismo bien, añadiendo que «tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta». Sin embargo, el segundo párrafo de dicho precepto establece la excepción a dicha regla en los siguientes términos: «esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable», emanación del principio de unidad del ordenamiento jurídico, lo que merma extraordinariamente el ámbito de aplicación de la regla general que incluye las adquisiciones legales y de buena fe (el antiguo artículo 102 no incluía este último requisito). Las Leyes extrapenales llamadas por el Legislador penal, además de las atinentes a bienes muebles (arts. 464.2 y 3, 1940 ó 1955, todos CC, 85, 86, 324, 560 ó 561 del Código de Comercio), incluyen indudablemente en relación con los inmuebles, además del artículo 1957 CC, el artículo 34 LH que consagra el principio de la fe pública registral, emanación del de publicidad junto con el de legitimación.

Tercero.—Pues bien, el recurso sostiene que los adquirentes de la finca reúnen las condiciones establecidas en el artículo 34 citado más arriba, siendo terceros hipotecarios, y en base a ello debieron ser mantenidos en su adquisición, inmunes a la reivindicación de la titular extrarregistral, por lo que la Sala Provincial (ARP 2001\388) violó por inaplicación el párrafo segundo del artículo 111 CP.

En su desarrollo, bien armado jurídicamente, frente a los argumentos aducidos por la Audiencia, se alega que la buena fe debe concurrir en el momento de la adquisición o celebración del contrato y no en la fecha de la inscripción del título en el registro. Tienen razón los recurrentes. La doctrina hipotecaria más convincente y la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se decantan por dicho momento (SSTS de 26-2-1949, 24-4-1962, 22-11-1963, 12-11-1970 o 23-12-1992). Esta última, con cita de la de 29-3-1960, señala que el conocimiento de las condiciones «ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble o sea aquel en que se efectúe la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública, a base del artículo 1462 CC», lo que es perfectamente conforme con la realidad del tráfico jurídico, pues es antes del otorgamiento de la escritura cuando el comprador debe inquirir la situación registral y de todo orden de la finca objeto de la adquisición, sin que influya al respecto que se considere la hipótesis del artículo 34 LH una adquisición a *non domino*, sea el transmitente *non dominus* o *dominus* con poder de disposición limitado o resoluble, pues se trata de un hecho ajeno al adquirente que contrató basado en la confianza en el contenido del Registro (principio de seguridad). Igualmente puede sostenerse que basta la presentación del título en el Registro para alcanzar la protección dispensada al tercero de buena fe por el artículo 34, pues el asiento de inscripción es consecuencia necesaria de lo anterior y por ello dicho precepto se refiere a que «será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho». Sin embargo, en el presente caso la cuestión se plantea en términos de excepción a dicha regla como veremos más abajo. Tampoco la ineficacia del contrato otorgado entre el enajenante y los terceros subadquirentes es consecuencia de la aplicación del artículo 33 LH que se refiere a que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes. Dicho precepto, que fue desglosado del artículo 34 en el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, lo que quiere decir es que mientras el derecho continúe según el Registro en la misma persona que inscribió el acto nulo tiene pleno vigor, pero si lo adquiere un tercero dicha adquisición se regirá por la norma del artículo siguiente, es decir, la nulidad del acto anterior produce sus efectos entre las partes que lo otorgaron pero no perjudica al tercero adquirente mediante un acto aparentemente válido. Desde luego tampoco un acto nulo en sí mismo puede quedar purgado del vicio que lo invalida por el hecho de inscribirle si el tercero ha participado en dicha causa de nulidad, lo que en el presente caso tampoco sucede (existe buena fe en el momento de la adquisición).

A la vista de lo anterior, en línea de principio, podríamos entender que concurren las condiciones que permiten desplegar la protección que el artículo 34 LH dispensa al tercero de buena fe.

Cuarto.—Sin embargo, se consigna en el hecho probado que «no se ha llegado a producir la inscripción de propiedad de Iñaki y su esposa o Promociones El Tato, al haberse prorrogado, por mandamiento del Juzgado de Instrucción, el correspondiente asiento de presentación».

No se trata, y ello es secundario en sí mismo en el caso, de si es suficiente el mero acceso al Registro, presentación, o si ha debido extenderse la inscripción, para que devenga inatacable el título del adquirente, sino que existe una medida cautelar acordada en una causa criminal por el Juez de Instrucción que tiene por finalidad precisamente la investigación y comprobación de la falsedad del título del transmitente,

medida prevista en el artículo 432.1.º.d) RH, conforme al cual el plazo de vigencia de los asientos de presentación podrá ser prorrogado, entre otros supuestos, cuando vigente el mismo y antes de su despacho, «se presente mandamiento judicial en causa criminal ordenando al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos otorgados por el procesado. En este supuesto podrá prorrogarse el asiento de presentación hasta la terminación de la causa». La Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 27-5-1999, y las citadas en la misma, en relación con la naturaleza y efectos de dicha suspensión establecida por la reforma del Reglamento de 1982, se refiere a determinados supuestos excepcionales, cuales son, cuando la propia transmisión presentada constituye un acto delictivo cometido por todos los otorgantes, o si se trata de procedimiento en que se enjuicia la falsedad del documento presentado. Pero igualmente cuando se trata de un título jurídicamente inescindible del otorgado por el transmitente, como es el caso, la suspensión es acogible al precepto reglamentario, de forma que la inscripción excepcionalmente en este supuesto deviene imposible, sin que ello suponga menoscabo del principio de la fe pública registral, sino consecuencia del ejercicio de la acción penal y del principio de preferencia de esta jurisdicción (art. 44 LOPJ), sin que deje de tener un sólido fundamento en la propia inexistencia (es una mera apariencia) del negocio antecedente otorgado por el enajenante por sí y ante sí, cuya falsedad radical ha incidido en el tráfico jurídico en un momento anterior a la inscripción del título del tercero, y precisamente por ello ésta ha sido suspendida de conformidad con el artículo 432 RH. Si el asiento de inscripción se hubiese realizado, conforme a ello, no sería posible desconocer la protección del tercero, pero la medida cautelar adoptada tiene por finalidad evitar la consolidación del derecho en casos excepcionales como el presente. Por ello acudir a la anotación preventiva de la querrela no produciría este efecto.

Siendo ello así, sin inscripción no hay protección, y debe operar la regla general del artículo 111.1 CP.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 27 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 113

*Obligatoriedad en la aplicación del baremo introducido por la disposición adicional 8.ª Ley 30/1995, después de la STC 181/2000; aplicación analógica del factor de corrección del baremo por «fallecimiento de ambos padres en el accidente» a fallecimiento de madre soltera y se desconoce quién es el padre de los hijos menores de aquélla*

Consideraciones preliminares.—1. A consecuencia de la imprudencia grave del conductor y propietario de una furgoneta, carente de cualquier seguro de responsabilidad civil, se produjo entre otros resultados, el fallecimiento de la pasajera Ana María V. A., de 34 años, soltera que estaba embarazada de quince a diecisiete semanas y tenía dos hijos menores Miguel y Patricia de 4 y 10 años respectivamente, de los que es tutor su abuelo Miguel V. O., viudo, de 74 años, padre de la interfecta, que era su única hija.

La sentencia impugnada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2.ª) condenó al conductor imprudente, por vía de responsabilidad civil —decla-

rando la responsabilidad civil directa y solidaria del Consorcio de Compensación de Seguros— a que indemnizara a cada uno de los dos hijos menores de la fallecida en 21.362.400 pesetas y en 3.199.200 pesetas al padre, abuelo de los menores, más 187.995 pesetas por los gastos de entierro y funeral.

2. Contra esa sentencia por los cauces de los artículos 5.4 de la LOPJ y 849.1.º de la LECrim se interpone el presente recurso de casación por don Miguel V. O., en su nombre y en el de sus nietos, que articula en siete motivos por infracción de preceptos constitucionales y legales para interesar, en concreto, que se anule la sentencia elevándose las indemnizaciones concedidas, en 6.769.705 para cada nieto lo que las situaría en 28.132.105 para cada uno de ellos y también la concedida al propio señor V. de 3.386.999 pesetas que debería ser incrementada en 15.959.476 hasta alcanzar los 19.346.475 pesetas.

Así queda, en estos estrictos términos, delimitado y acotado el objeto de este recurso, pues no se ha interpuesto ningún otro contra la sentencia, ni por el Ministerio Fiscal ni por las otras partes que estuvieron personadas en la causa. El Abogado del Estado, como representante del consorcio, preparó el recurso pero desistió.

3. Se afirma con razón en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de inconstancia que la primera cuestión a resolver, desde los términos en que se había planteado el debate, consistió en si era o no de obligada aplicación el baremo establecido en la Ley 30/1995, recordando al respecto las afirmaciones *obiter dictae* de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo y la pendencia ante el Tribunal Constitucional de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por distintos órganos jurisdiccionales.

Dichas cuestiones fueron resueltas por el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia 181/2000 de 29 de junio, que incide en más de un aspecto en lo resuelto entonces por la Sala *a quo*, y en los esenciales argumentos impugnativos de este recurso de casación, principalmente en lo que se refiere al carácter imperativo del baremo y a la alegada vulneración de los artículos 15 y 14 y 24.1 de la CE, en cuanto reconocen los derechos fundamentales del derecho a la vida, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

4. Varias sentencias de esta Sala se habían planteado el grado de imperatividad del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados. Expresa la exposición de motivos de esta Ley, que entre otras modificaciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuantificación legal del «daño causado» a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

La citada disposición adicional octava de dicha Ley 30/1995 introdujo, en efecto varias modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que pasó a denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor». En sus Disposiciones generales y en concreto en su artículo 1.2 dispone que

«los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley y ciertamente, entre esas modificaciones incorpora, como anexo, un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, disponiendo el artículo 1 del anexo que el presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso».

Como precisara recientemente la sentencia de esta Sala 2011/2000, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, reconoce que «la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se constriñe a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria». Disipa tales dudas señalando que «el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos, cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo». Sigue afirmando que «por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de este régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...».

Las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que «ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Se ha resuelto, pues, en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente «orientativo» o «indicativo» sin reconocer su obligado cumplimiento.

Tras declarar que determinados preceptos cuestionados no vulneran el principio de igualdad, ni el derecho a la vida y a la integridad física y moral, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, la sentencia se plantea si el sistema legal de valoración tasada de los daños corporales, considerado en su globalidad o por el contrario referido a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo, vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En cuanto a la consideración del sistema en su conjunto y globalidad, como tal sistema, la sentencia se pronuncia abiertamente por su constitucionalidad desde la órbita de la proscripción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución y así declara que «no cabe aceptar que la opción del legislador a favor de un sistema legal de valoración tasada de los daños corporales regulado en la Ley 30/1995 sea arbitrario, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa

homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros), y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hacen plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global».

Tras esta obligada consideración general procederemos al análisis de cada uno de los motivos del recurso por su mismo orden.

(Sentencia de 15 de febrero de 2001)

### *Aplicabilidad y constitucionalidad del baremo de la Ley 30/1995 en delitos de tráfico vial*

Cuarto.—(...) La Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, cuya aplicación al hecho es discutida, ya señala las finalidades de la ley que no son otras que la de ordenar las indemnizaciones derivadas de los accidentes de circulación consecuentes de la naturaleza de una relación contractual y de una naturaleza del contrato de seguro por hechos derivados de la circulación basada en la solidaridad, por lo que se procede a una cuantificación legal del daño causado (art. 1902 CC y 19 CP/1973). La necesidad de la ordenación del seguro es clara con la finalidad de ordenación y otorgar la necesaria seguridad en esta función jurisdiccional de fijación de las cuantías.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, declara que «el sistema basado o de baremo introducido por la Ley 30/1995 vincula como es lo propio de una disposición con ese rango normativo a los Jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Consecuentemente, las dudas que se plantearon en las cuestiones de constitucionalidad, y que el recurrente expone en su impugnación, han sido resueltas afirmando el carácter vinculante del sistema legal de valoración, criterio que supera las opiniones doctrinales, y de alguna Sentencia que afirmaba su carácter orientativo e indicativo.

Reproducimos en esta Sentencia el fundamento segundo de la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000.

«Son varias las sentencias de esta Sala en las que se ha planteado la cuestión de si el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, es o no obligatorio.»

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, expresa en su Exposición de Motivos, que entre otras modificaciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuanti-

ficación legal del «daño causado» a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

Y ciertamente la Disposición Adicional Octava de dicha Ley introduce modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que pasa a denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor» y en sus Disposiciones generales y en concreto en su artículo 1.2 dispone que «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley y ciertamente, entre esas modificaciones incorpora, como anexo, un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, disponiendo el artículo 1.º del citado anexo que el presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 181/2000, de 29 de junio, vino a resolver varias cuestiones por supuesta inconstitucionalidad de preceptos de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor en la nueva redacción que le dio la disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, y en la citada sentencia se declaran nulos e inconstitucionales, por violación de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, el inciso final y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo al que antes se ha hecho mención. Si bien, precisa la sentencia, que esa declaración de inconstitucionalidad se limita en los términos expresados en su fundamento jurídico 21.º, es decir, no se lleva a cabo “de forma absoluta o incondicionada”, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, dimanante de la “incapacidad temporal”, tenga su exclusiva causa en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo».

A los efectos del presente recurso, resulta de interés reseñar algunos de los razonamientos jurídicos esgrimidos para alcanzar tal declaración de inconstitucionalidad.

Reconoce la sentencia que «la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se constriñe a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria». A continuación disipa tales dudas señalando que «el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos, cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuera del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo». Sigue afirmando que «por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de éste régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...».

Y las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que «ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los

procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor».

Queda pues resuelto, y en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente «orientativo» o «indicativo» sin reconocer su obligado cumplimiento.

Ello no obstante, y tras declarar que determinados preceptos cuestionados no vulneran el principio de igualdad ni el derecho a la vida, ni a la integridad física y moral, la sentencia se plantea si el sistema legal de valoración tasada de los daños corporales, considerado en su globalidad o por el contrario referido a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo, vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En cuanto a la consideración del sistema en su conjunto y globalidad, como tal sistema, la sentencia se pronuncia abiertamente por su constitucionalidad desde la órbita de la proscripción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución y así declara que «no cabe aceptar que la opción del legislador a favor de un sistema legal de valoración tasada de los daños corporales regulado en la Ley 30/1995 sea arbitrario, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Existen poderosas razones para justificar objetivamente un régimen jurídico específico y diferenciado en relación con los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor. Así, la alta siniestralidad, la naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía supervisados por la Administración (Consortio de Compensación de Seguros), y, en fin, la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, son factores concurrentes perfectamente susceptibles de ser valorados por el legislador y que justifican suficientemente y hacen plausible la opción legislativa finalmente acogida, en cuanto sistema global».

Pasamos a examinar las consideraciones que se hacen en la sentencia referidas al sistema, no en su consideración conjunta o global, sino a concretas piezas o elementos integrantes del régimen tasado o baremo. Y en particular analiza si se vulnera el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 en el apartado letra B) de la Tabla V del baremo que contiene los factores de corrección de la indemnización por incapacidad temporal. Y alcanza la conclusión, si bien limitada a los supuestos de culpa exclusiva del conductor, «de que resulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél. Es ésta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3». Por otra parte, sigue diciendo la sentencia que comentamos, «la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del *quantum indemnizatorio*, dado que el legislador parte de la premisa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepciones, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente. A mayor abundamiento no puede desconocerse que los denominados “perjuicios económicos” presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y

constituir un concepto indemnizatorio propio. Sin embargo, y a pesar de su relevancia desde la perspectiva de la reparación del daño efectivamente padecido, el legislador ha decidido regularlos como un simple factor de corrección de la indemnización básica prevista en el apartado A) de la tabla V, privándolos de toda autonomía como específico concepto indemnizatorio y, sobre todo, impidiendo que puedan ser objeto de la necesaria individualización y de un resarcimiento mínimamente aceptable, en comparación con las pérdidas que por tal concepto pueda sufrir un ciudadano medio por cada día de incapacidad para el desempeño de su trabajo o profesión habitual». Y añade que el sistema reduce este concepto indemnizatorio a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño y se obliga a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido. Por todo ello, sobre este derecho constitucional, termina diciendo la sentencia que sólo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del Anexo con la concreta configuración legal de los «perjuicios económicos» allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al artículo 9.3 de la Constitución. Y asimismo declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución ya que el sistema cerrado establecido en el supuesto acabado de mencionar no permite la reclamación eventual del exceso a través de otras vías procesales de carácter complementario y ello supone que «el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida Tabla V, vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE».

Por las razones expuestas el motivo se desestima.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 120.3

### *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por homicidio cometido por un recluso de Centro penitenciario contra otro: doctrina sobre la aplicación del artículo 121 o del artículo 120.3.º del Código Penal*

Segundo.—La acusación particular recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al amparo del artículo 849.1.º LECrim por indebida aplicación del artículo 121 CP y por indebida inaplicación del artículo 120.3 del mismo Código, precepto éste que había aplicado la sentencia del Tribunal del Jurado como fundamento legal para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, la sentencia recurrida aplica el artículo 121 CP y excluye el 120 porque considera que el primero es un precepto especial que debe prevalecer sobre el segundo que es de carácter genérico. En consecuencia, y partiendo de que ningún funcionario público, Autoridad o agente de ésta ha sido criminalmente responsable del delito a título de dolo o culpa (cometido por un recluso sobre otro interno en el centro penitenciario), decide la improcedencia de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado al no concurrir los elementos del citado artículo 121 CP.

Sin embargo, no puede esta Sala compartir el criterio de la sentencia que, a su vez, recoge el argumento de la Abogacía del Estado, pues, como sostiene la sentencia del Tribunal del Jurado, el principio de primacía de la ley especial sobre la ley general debe imperar cuando una y otra norma regulen un mismo supuesto, pues será entonces cuando, por incompatibilidad de ambas disposiciones, la ley específica desplace en su aplicación a la ley más general, pero, en cambio, no entrará en juego el principio de especialidad cuando las normas se refieran a presupuestos fácticos diferentes. A juicio de esta Sala esto es precisamente lo que fundamenta la estimación del reproche: el artículo 121 CP regula la declaración de la responsabilidad civil del Estado en el ámbito penal en aquellos supuestos en que los daños a reparar hayan sido causados por los criminalmente responsables de los delitos que generan dichos daños cuando sean autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos. Lo cual no quiere decir que, cuando no concurren estos presupuestos, no sea posible la exigencia de esa responsabilidad por otros cauces que también están previstos en el Código, como el que previene el artículo 120.3, en el que el legislador parte de otras situaciones distintas, enmarcando en su ámbito de aplicación a toda clase de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, que sean titulares del establecimiento en el que se comete el hecho delictivo, alcanzando este elemento del lugar del suceso, una especial y decisiva relevancia para la aplicación del precepto que nada tiene que ver con el artículo 121.

Esta diferencia de situaciones fácticas, como presupuestos de distinta naturaleza que permite la aplicación de uno u otro precepto, había sido establecido por la doctrina notoriamente mayoritaria de esta Sala, al examinar los artículos 21 y 22 del Código Penal derogado –inmediatos precedentes de los actuales 120 y 121–, siendo de destacar a este respecto las SSTS de 13 de diciembre de 1995, 20 de abril de 1996 y 14 de febrero de 1997, en las que diferencia la aplicación de uno u otro precepto «... en cuanto ambos atienden a supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, y, según las circunstancias, tal responsabilidad ligada al Estado ha venido fundada en una u otra norma legal» (STS de 13 de diciembre de 1995); precisando la de 14 de febrero de 1997 que «la responsabilidad que se residencia en el artículo 21 se orienta por razón del lugar –establecimiento– en el que se comete el hecho delictivo y gira en torno a la idea de culpa, infracción de reglamentos generales o especiales de policía, y extiende su cobertura ya se cometa el delito o falta por los dependientes o por un tercero, mientras que la del artículo 22 se decanta por la idea de dependencia del sujeto que ha generado por su acción u omisión un daño...». Establecida así la distinción entre los dos preceptos legales como fuente cada uno de ellos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la jurisprudencia de esta Sala ha aplicado reiteradamente el artículo 21 CP derogado para fundamentar esa responsabilidad por hechos delictivos cometidos en los establecimientos penitenciarios de titularidad estatal, siempre que concurren los siguientes requisitos: *a)* Que se haya cometido un delito o falta; *b)* Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; *c)* Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual; *d)* Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsa-

bilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

Y en el mismo sentido se pronunciaba la STS de 13 de diciembre de 1995 con motivo de abordar un supuesto similar, declarando que «... La responsabilidad civil del Estado debe analizarse considerando la que le incumbe en un centro administrado y custodiado por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el riesgo de conflicto derivado de obvias razones psicológicas... esa responsabilidad... alcanza *ex* artículo 76.5.º del Reglamento Penitenciario, que los funcionarios sin duda conocen, hasta cualquier indicio o sospecha de perturbación de la vida normal del establecimiento... Hay pues, responsabilidad del Estado en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia. Consecuentemente, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el resarcimiento pecuniario».

Pero es que, además, la referida sentencia de 20 de abril de 1996 –dictada cuando ya se había publicado el texto del nuevo Código pero en período de *vacatio legis* de éste– mantenía explícitamente que «el nuevo Código Penal en el artículo 120.3.º, extiende la responsabilidad civil subsidiaria a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se trata de aplicar anticipadamente el precepto legal mencionado sino de poner de relieve que la interpretación jurisprudencial ha recibido, en cierto modo, el respaldo del nuevo texto legal. La titularidad de los establecimientos a los que se refiere el actual artículo 21 CP, puede corresponder innegablemente a las personas jurídicas, que tanto pueden ser de índole privada como de naturaleza pública, figurando entre estas últimas el Estado en sus diversos organismos, como titular indiscutible de los establecimientos penitenciarios».

Finalmente no podemos dejar de subrayar que toda esta corriente doctrinal ha sido refrendada por el Pleno de esta Sala celebrado en 28 de mayo de 2000 al establecer que «el artículo 121 del nuevo CP no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3.º CP».

Como conclusión de cuanto antecede debe señalarse que en contra de lo que sostienen la sentencia y la parte recurrida en el presente caso, los artículos 120.3.º y 121 del Código vigente no son incompatibles ni excluyentes uno del otro, porque se refieren a situaciones y conductas diferentes, de modo que en el artículo 120.3.º lo determinante –en la línea jurisprudencial examinada– es el lugar donde se comete el hecho punible, mientras que en el artículo 121 lo decisivo es la dependencia funcional del autor de ese hecho delictivo con el Estado, con independencia del lugar de comisión del delito, y así se ha mantenido en recientes pronunciamientos de esta Sala (véanse SSTS de 28 y 30 de junio de 2000) que reiteran que uno y otro precepto son autónomos y que ambos, cada uno en su ámbito, pueden generar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, como en anterior Código lo hacían los artículos 21 y 22. En el supuesto presente, es claro que no cabe aplicar el artículo 121 CP toda vez que el responsable criminal del homicidio generador del daño a indemnizar carece de todo vínculo funcional con el Estado. Pero sí lo es el artículo 120.3.º pues homicida y víctima se encontraban reclusos en un Centro Penitenciario del Estado que fue el lugar donde se cometió el delito para cuya ejecución tuvo singular relevancia la ausencia o el déficit de la vigilancia que la sentencia del Tri-

bunal del Jurado pone especialmente de relieve en el fundamento jurídico Séptimo, A), siendo esta infracción reglamentaria de los encargados de establecer o llevar a cabo las medidas de control y vigilancia necesarias para garantizar la seguridad de los internos el elemento causal que contempla y exige el tan citado artículo 120.3.º CP.

Corolario de cuanto antecede es que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida ha incurrido, efectivamente, en el *error iuris* que se denuncia al no haber aplicado el artículo 120.3.º CP como fundamento legal de la responsabilidad subsidiaria del Estado que, correctamente, había sido declarada en la sentencia del Tribunal del Jurado objeto de apelación y que, en este trance casacional, debe ser restablecida en sus propios términos.

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

### *Recluso rociado de gasolina y quemado por otros internos*

Tercero.—Procediendo del mismo modo que en los precedentes fundamentos, es adecuado abordar la resolución conjunta de estos dos recursos, ya que la única razón impugnatoria de los mismos es la expuesta en el motivo único interpuesto por el lesionado M. L., coincidente con el motivo segundo del otro lesionado.

Lo hacen por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1.º por entender inaplicable el artículo 120-3.º y aplicado indebidamente el 121, ambos del Código Penal vigente.

1. A la vista de las argumentaciones contenidas en los dos recursos y el acuerdo del Pleno de 28-5-2000, el recurso de estos perjudicados debe prosperar, acorde con la nueva tendencia jurisprudencial, consecuencia de la inflexión operada en el Pleno no jurisdiccional referido, que fijó el campo aplicativo de los dos preceptos invocados, que no son excluyentes.

La evolución de la doctrina de la Sala, la sucesión de preceptos, del Código derogado al vigente, y los motivos o razones de la postura adoptada quedan reflejados en la ilustrativa sentencia, de 28 de junio de 2000 que junto a la de 10 de julio del mismo año constituyen una perfecta referencia, dada la identidad o gran semejanza de los casos. En aquéllos un recluso había producido la muerte a otro dentro de la cárcel, con una pistola u otro instrumento cuya posesión y utilización se hallaba prohibida.

Dice la sentencia referida de 28-6-2000: los elementos determinantes de la responsabilidad civil subsidiaria configurada en el artículo 21 del CP/1973, son los siguientes: *a)* Que se haya cometido un delito o falta; *b)* Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; *c)* Que tal persona o entidad o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual; *d)* Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria. Esta sentencia y la de 13 de diciembre de 1995, son las dos últimas dictadas sobre esta específica materia de delitos cometidos por un interno contra otro en establecimientos penitenciarios. Ambas se dictaron en tiempo de *vacatio legis* del nuevo

Código Penal y las dos desestimaron el recurso de la Abogacía del Estado interpuesto, respectivamente, contra sentencias de la Audiencia Provincial de Almería y Vitoria, que condenaron al Estado como responsable civil subsidiario. El fundamento de esa responsabilidad es claro: "... La responsabilidad civil del Estado debe analizarse considerando la que le incumbe en un Centro administrado y custodiado por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el riesgo de conflicto derivado de obvias razones psicológicas... esa responsabilidad... alcanza *ex artículo* 76.5.º del Reglamento Penitenciario, que los funcionarios sin duda conocen, hasta cualquier indicio o sospecha de perturbación de la vida normal del establecimiento... Hay, pues, responsabilidad del Estado en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos, así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia. Consecuentemente, debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria del estado en el resarcimiento pecuniario" (S. de 13 de diciembre de 1995, F. 4). Subraya esta sentencia en el F. 5.º, que en el caso concreto, homicidio de un recluso por otro, como el que está en el origen de este recurso las infracciones reglamentarias del ordenamiento penitenciario "fueron condicionantes y favorecedoras del atentado criminal perpetrado en el centro penitenciario", para concluir afirmando que "La responsabilidad civil subsidiaria del Estado goza de una incuestionable base lógica y legal"..."»

«3. Llegados a este punto sólo resta preguntarse si el Estado puede ser responsable civil subsidiario sólo por el artículo 121 o también por el artículo 120.3 como sostienen los recurrentes. La respuesta ha de ser afirmativa. Los artículos 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el artículo 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el artículo 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado....»

«4. Esta interpretación es acomodada a los principios constitucionales de justicia e igualdad y sensible con la víctima, a la que evita el llamado peregrinaje de jurisdicciones, y con las crecientes exigencias de la victimiología actual; es acorde con nuestro sistema tradicional, elogiado por la doctrina española y extranjera, de ejercicio conjunto de la acción penal y de la civil, que en el Ministerio Fiscal se rige en deber institucional (art. 108 de la LECrim) y constituye una "característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1 CE... que beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esa actuación tuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 CE y, con ella, la justicia" (STC 98/1993, de 22 de marzo, F. 3).»

2. Visto todo lo expuesto y el contenido del acuerdo, obliga a la Sala a estimar el recurso. En dicho acuerdo se resolvió lo siguiente:

«El artículo 21 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120-3.º del Código Penal.»

Consecuentemente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos:

a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:

1. Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.
2. Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.
3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

b) Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos.
2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.
3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir.

3. En el caso de autos hemos de partir de que las Autoridades y funcionarios penitenciarios se constituyen en garantes de la vida y seguridad corporal de los internos (art. 3-4.º de la Ley Orgánica Penitenciaria).

Pues bien, si los controles de vigilancia y seguridad no pudieron impedir que los procesados se hicieran con un recipiente con dos litros de gasolina y accedieran a la habitación de las víctimas, es indudable que se incurrió por los funcionarios en una infracción reglamentaria, fruto de una omisión culposa, que influyó causal y decisivamente en el resultado (arts. 68, 69 y 70 del Reglamento Penitenciario).

El motivo debe ser admitido, y con él el recurso, haciéndose innecesario el examen del otro motivo, aducido por el recurrente P. M.

(Sentencia de 5 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 121

### *Interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria del estado en caso de delito cometido por policía fuera de servicio: responsabilidad por el riesgo*

Único.—(...) Por otro lado conviene recordar que los criterios que llevaron a la interpretación del anterior artículo 22 del Código Penal derogado, no se modifican sino que se ratifican, por el nuevo Código en el artículo 121, que ya hace una referencia expresa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes Públicos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuviesen confiados, consecuencia que, como ha dicho también la jurisprudencia de esta Sala, cabe atribuir a los resultados derivados del mal uso del arma reglamentaria por los agentes policiales.

Como se ha dicho en la sentencia de 21 de octubre de 1997, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ha de ser interpretada extensivamente, desbordando incluso los tradicionales criterios de la culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, para

adentrarse en los terrenos marcados por la creación del riesgo o peligro que supone poner en marcha una actividad o servicio, de tal manera que debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan del peligro creado, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que está integrado.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

### ARTÍCULO 130.3

*Corresponde al Gobierno otorgar o denegar el indulto y tal facultad no está sometida a control jurisdiccional, pero una vez concedido sí está sometido al control del Tribunal sentenciador*

Octavo.—Si se compara la decisión adoptada por el Gobierno en el Real Decreto de Indulto y la parte dispositiva del auto de 18-1-2001, se comprueba que el único punto en el que ambas difieren es el referente al «reintegro a la Carrera Judicial». El Gobierno entendió que al indultar «con arreglo a la ley», estaba autorizado a hacer lo que hizo, pues el artículo 4 de la Ley de Indulto no se lo impedía. El Tribunal Supremo, por su parte, estimó que dicho artículo 4 de la Ley de Indulto limita la prerrogativa de gracia a las penas «que todavía no hubiese cumplido el delincuente». Esta diferencia de criterios es la cuestión que auténticamente se ha planteado.

Consecuentemente, el conflicto planteado por el Gobierno se define como una cuestión relativa a la interpretación del artículo 4 de la Ley de Indulto y a la extensión de la intervención del Tribunal sentenciador en la aplicación del indulto.

Apoyándose en la letra de ese artículo la Sala entendió, en esencia, es decir como *ratio decisionis*, que —de acuerdo con su propio auto de 24-11-2000 y los precedentes citados de su jurisprudencia— la pena de inhabilitación especial ya había sido cumplida en el aspecto correspondiente a la privación definitiva del empleo o cargo y que, por tal motivo, el Real Decreto de Indulto en cuanto disponía el «reintegro en la carrera judicial» no era aplicable, pues en esa parte, el indulto no había sido dictado «con arreglo a la ley», como lo requiere el artículo 62.i) CE, dado que contradice la letra del artículo 4 de la Ley de Indulto.

Tampoco se cumple con los requisitos del artículo 5 de la Ley de Conflictos de Jurisdicción. Establece este precepto, que el conflicto de jurisdicción únicamente tiene por fin «reclamar el conocimiento de los asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda entender ellos mismos». De acuerdo con la legislación vigente la aplicación de la gracia no corresponde al Ejecutivo, sino al Tribunal sentenciador, por disponerlo así —como vimos— el artículo 31 de la Ley de Indulto. En lo que se refiere a la interpretación del artículo 5 de la LCOJ, que se realiza en el oficio de inhibición es de señalar que con ella se postula una ampliación sin ningún límite de la competencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción para que decida sobre si el artículo 4 de la Ley de Indulto ha sido correctamente interpretado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Cualquiera sea la interpretación que se le quiera dar a dicho artículo, en todo caso, siempre será necesario que el órgano que plantea la cuestión tenga alguna atribución legal que le haya sido cercenada por la jurisdicción judicial, que le corresponda con exclusividad y no esté sometida a control jurisdiccional en los términos del artículo 106 CE. El artículo 4.1 LCOJ, cuando habla de «defensa de la esfera de competencia», no puede ser entendido como una cláusula que consienta ampliar el ámbito de aplicación del artículo 5, pues, evidentemente, es sólo una disposición que autoriza a los órganos administrativos, subordinados a lo

autorizado por el artículo 3 de la misma ley, a dirigirse a éstos, para que sean quienes planteen la cuestión.

La aplicación del artículo 4.1 LCOJ a este caso no es, por tal razón, procedente, dado que el conflicto ha sido planteado directamente por un Miembro del Gobierno. En todo caso, es evidente que sobre la base del artículo 4.1 LCOJ no es posible transformar un conflicto de jurisdicción en un recurso de apelación o de revisión.

Por lo demás, ninguna de las SSTCJ citadas en el oficio, con referencia al artículo 5 LCOJ, da lugar a un precedente aplicable a un caso en el que el conflicto se haya planteado entre el Ejecutivo y el Tribunal Supremo con relación a la aplicación de un Real Decreto de Indulto. La individualidad del caso, hace especialmente dificultoso trasladar a la resolución de este contencioso, criterios que han sido desarrollados para otros conflictos, trabados entre Tribunales inferiores y órganos administrativos de la Agencia Tributaria o de la Tesorería de la Seguridad Social.

En particular el conflicto de «defensa de la esfera de competencia» del artículo 4 LCOJ fue utilizado sin que de ella se pueda deducir ningún precedente, que permita reducir la jurisdicción del Tribunal Supremo, como aplicador del Real Decreto de Indulto en la forma postulada en dicho oficio, es decir, excluyendo el límite del artículo 4 de la Ley de Indulto de todo control jurisdiccional y reservándolo el Ejecutivo. En realidad, la sentencia citada en el requerimiento viene a favorecer la tesis del Tribunal Supremo. En efecto, en el caso allí resuelto, se trataba de una cuestión absolutamente diversa de la presente, pues un Juzgado de Primera Instancia pretendía que se le remitieran declaraciones fiscales de personas que tenían el carácter de reservadas en los términos del artículo 113 de la Ley General Tributaria.

El propio planteamiento del Conflicto, al afirmar que el control de la legalidad del Real Decreto de indulto compete a la Jurisdicción contencioso-administrativa está reconociendo que la competencia cuestionada no es gubernamental sino jurisdiccional.

Prueba de ello es que en el requerimiento no se reclama la competencia para conocer de la ejecución del indulto, que en ningún caso podría ejercitar el Gobierno, sino, pura y simplemente, la anulación de la resolución judicial firme con la que se discrepa. Anulación, para dictar otra resolución conforme a lo que interesa el requirente, que difícilmente puede alcanzarse a través del cauce procedimental escogido, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Conflictos el trámite del Conflicto debe concluir con una sentencia que se limite a declarar a quien corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado.

Es cierto que el Tribunal de conflictos ha declarado en más de una ocasión (SS. 28 junio, 2 y 7 julio y 14 diciembre 1995 y S. 25 de junio de 1996) que, aun sin reclamar el conocimiento del asunto que motiva la controversia, cabe que las Administraciones Públicas promuevan un conflicto jurisdiccional «en defensa de su esfera de competencia», tal y como se desprende del artículo 4 de la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción. Pero en el caso actual lo que viene a hacer el Ministerio de Justicia es convertir en un conflicto de jurisdicción lo que es una impugnación de un auto judicial por considerar que no es ajustado a Derecho, para que se dicte otro más acorde con sus pretensiones y eso no es un conflicto de jurisdicción, sino una discrepancia de criterio, un litigio, que debe solventarse por la vía de los recursos judiciales que legalmente procedan, cuya resolución corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 2 LOPJ).

### *Sobre la existencia de una cuestión de competencia intrajurisdiccional*

Noveno.—Desde la perspectiva de la articulación de las funciones de los Poderes Constitucionales debe rechazarse también el requerimiento de inhibición porque a través del inadecuado instrumento del conflicto de jurisdicción se plantea, en realidad, una cuestión de competencia intrajurisdiccional, que pretende que el Tribunal de Conflictos determine los supuestos en que el control jurisdiccional del indulto compete a la jurisdicción penal y aquellos en que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta función delimitadora corresponde desarrollarla, en su caso, a la Sala de Competencias del propio Tribunal Supremo, prevenida en el art 42 de la LOPJ, que tiene una composición y naturaleza distintas que el Tribunal de Conflictos.

El requerimiento de inhibición mantiene que la competencia para el control de legalidad de los Decretos de Indulto corresponde ordinariamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa pero también alcanza al Tribunal sentenciador penal en los estrictos y limitados supuestos prevenidos en la Ley de indulto. Como ya se ha expresado la resolución impugnada estima que el actual es precisamente uno de dichos supuestos en los que la ilegalidad parcial del indulto se deriva de la referida Ley Penal de indulto. Pero en cualquier caso, siendo efectivamente discutibles en derecho los límites entre la jurisdicción penal y la administrativa en este ámbito, lo que en este trámite resulta determinante para desestimar el requerimiento es que el Conflicto no plantea en realidad una controversia competencial sobre el control de legalidad de este indulto entre la Administración y la Jurisdicción sino entre dos órdenes jurisdiccionales distintos. Y es claro que para el planteamiento de dicha competencia intrajurisdiccional ni se encuentra legitimado el Órgano requirente, ni el Conflicto de Jurisdicción es el procedimiento legalmente procedente, ni el Tribunal de Conflictos es el órgano competente para su resolución, tanto por su naturaleza como por su composición y diseño competencial legal.

Conforme a lo prevenido en el artículo 42 de la LOPJ los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto. Si la cuestión que se plantea como núcleo esencial del presente Conflicto de Jurisdicción es que la competencia cuestionada —la competencia específica para verificar la legalidad del Real Decreto de indulto 2392/2000 aplicado en esta ejecución de sentencia penal— correspondía a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y no a la Sala Segunda del mismo Tribunal, es claro que lo que en realidad se plantea es un conflicto competencial en el ámbito interno de la Jurisdicción, y no un conflicto entre Administración y Jurisdicción.

Como recuerda el propio Tribunal de Conflictos en sus sentencias de 21 de diciembre de 1993 y 17 de marzo de 1999, entre otras, no hay verdadero y propio conflicto jurisdiccional cuando se trata de dilucidar si es una u otra rama de la única jurisdicción ordinaria la llamada a otorgar la tutela jurídica.

(Auto de 13 de marzo de 2001)

### *Competencia sobre alcance de indulto*

Primero.—Ateniéndonos a la literalidad de la motivación esencial del requerimiento recogido en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, se estima por el señor Ministro de Justicia que con el Auto de 18 de enero de 2001, dictado por la Sala

Segunda del Tribunal Supremo, se han lesionado muy gravemente las competencias que vienen atribuidas al Gobierno y a dicho Ministerio por los artículos 62 i), 64 y 97 de la Constitución y 23 y 30 de la Ley de 18 de junio de 1870, dejándose de respetar la configuración constitucional y legal de la esfera administrativa de competencia en materia de indulto al transformarla indebidamente en una potestad compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

La Ley Orgánica 2/1987 atribuye a este Tribunal con carácter exclusivo e irrecusable –salvo el amparo constitucional– la decisión del conflicto planteado (art. 1), precisamente atendiendo a su carácter mixto, al hallarse compuesto por Consejeros de Estado y Magistrados del Tribunal Supremo bajo la presidencia de la más alta autoridad judicial de la nación española. Con ello se viene a sustituir la atribución anteriormente conferida al Jefe del Estado, propia de un régimen autoritario de concentración de poderes, por un sistema en el que representantes de los Tribunales de Justicia y del más alto órgano consultivo de la Administración –aunque desvinculados orgánica y funcionalmente de la Administración activa– han de decidir por sentencia a quien corresponde la jurisdicción controvertida, si bien absteniéndose de extenderse en otro tipo de consideraciones, o en afrontar aquellos otros extremos, que por no hallarse directamente relacionados con el tema a resolver resulten ajenos al conflicto planteado (art. 17.1).

El Tribunal de Conflictos responde a las exigencias constitucionales derivadas del principio de división de poderes y permite «salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo de Estado», decidiendo con su Sentencia «a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas» –STC 56/1990 F. 37.

Segundo.–Es un hecho fácilmente constatable, que el trámite a seguir en la resolución de este tipo de conflictos no prevé la posibilidad de resolver de manera específica otras cuestiones previas que las referentes a irregularidades procedimentales, y las que se refieran a recabar el complemento de los antecedentes que se juzguen necesarios para decidir con conocimiento de causa (art. 15).

Ello supone que la totalidad de los argumentos expuestos por las partes en discordia, así como por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en sus alegaciones, a lo largo del trámite a seguir luego del requerimiento de inhibición han de ser considerados y resueltos por el Tribunal en esta misma sentencia, sin que sea dable efectuar ningún pronunciamiento interlocutorio previo. Lo cual no significa que en el desarrollo lógico expositivo de esta resolución no deba de seguirse un orden determinado, examinándose en primer lugar las objeciones expuestas en el Auto de la Sala Segunda de 13 de marzo de 2001 que podrían considerarse como condiciones formalmente obstativas al planteamiento mismo del conflicto de jurisdicción.

Con este carácter han de abordarse, por lo tanto, la posible extemporaneidad del requerimiento y el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 5 de la LO 2/1987; ya que se sostiene en el Auto citado que el oficio de 2 de febrero de 2001 no tiene por objeto reclamar el conocimiento de un asunto del que corresponda conocer a la Administración, cuyas facultades estén siendo menoscabadas por la actuación de los Tribunales, sino que se limita a solicitar la anulación de una resolución judicial firme, con la que se discrepa, lo que no constituye materia propia de conflicto jurisdiccional.

No puede hablarse sin embargo de extemporaneidad, no ya solamente porque la LO 27/1987 no fije un plazo preclusivo para plantear el conflicto, sino porque la prohibición de efectuarlo frente a resoluciones judiciales firmes, que establece el artículo 7.º, no excluye ni limita la potestad de la Administración de reclamar frente a

la invasión competencial que se está alegando, siempre que el origen de la controversia se haya producido precisamente en trámite de ejecución de alguna de dichas resoluciones.

El motivo desencadenante del conflicto que ahora se examina ha sido la aplicación meramente parcial, no ajustada a su tenor literal, que del RD 2392/2000 ha efectuado el Tribunal sentenciador en su Auto de 18 de enero de 2001, y la firmeza de ese Auto frente al recurso de súplica interpuesto por el señor G. L. no solamente no obsta a su planteamiento, sino que viene a constituir la razón que lo justifica; porque es a partir de ese momento cuando, de una manera definitiva e irreformable en la vía judicial, se produce la supuesta invasión en la esfera de competencia de la Administración que se acusa. Sostener que el Ministerio de Justicia ha tenido la posibilidad, a través de una actuación del Ministerio Fiscal, de impugnar el Auto de 18 de enero y que no habiéndolo hecho así ha perdido la oportunidad de plantear el presente conflicto, supondría relegar a la Administración a la mera condición de parte procesal en la ejecutoria contra el señor G. L., negándole la prerrogativa de reclamar contra la que considera una invasión en sus facultades competenciales por parte de los Tribunales, con evidente frustración de la finalidad precisamente perseguida por la Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

Tampoco puede considerarse como un óbice procesal obstativo al requerimiento efectuado que el Ministerio de Justicia no reclame para sí el conocimiento de las actuaciones a que ha dado lugar la aplicación del indulto otorgado, como una interpretación excesivamente literal del artículo 5 (LCJ) podría hacer suponer. La controversia ha nacido en torno al alcance que el artículo 31 de la Ley de 1870 atribuye precisamente al Tribunal sentenciador en la ejecución de un indulto concedido por el Gobierno, con lo que carecería de sentido pretender avocar la actividad procesal a desarrollar por el Tribunal en favor de la Administración.

La jurisprudencia del Tribunal de Conflictos viene reconociendo que la invasión en la esfera de las competencias de la Administración puede producirse, y debe ser corregida, siempre que los Tribunales se arroguen facultades cuyo ejercicio se halla reservado a la misma, y que la Administración tiene la obligación de reivindicar y conservar aunque no reclame materialmente el conocimiento de las actuaciones judiciales. Así se ha declarado en multitud de resoluciones, algunas de las cuales aparecen citadas en el requerimiento del Ministerio de Justicia (25 de junio de 1996) o en el trámite de alegaciones a que se refiere el artículo 14 de la LCJ (29 de junio, 7 de julio y 14 de diciembre de 1995), sin perjuicio de la existencia de otras todavía posteriores (30 de octubre de 1998) y 20 de octubre de 2000) en las que se mantiene la misma doctrina: que la interpretación conjunta de los artículos 4 y 5 de la LCJ ha de llevarnos a la conclusión de que la finalidad perseguible con el planteamiento de un conflicto de esta naturaleza no se agota con la vindicación del ámbito competencial invadido, sino que se extiende a la defensa y conservación del mismo en la medida en quearezca desconocido o menoscabado.

Y será también de citar la STC 234/2000 –F. 5.º– que amplía el concepto del conflicto extendiéndolo a los supuestos en el que un órgano «ha frustrado el ejercicio de una atribución» que otro considera como propia. Esta es la alegación que aquí se hace y que justifica la existencia del conflicto, independientemente de que tal frustración sea o no correcta –ésta es aquí la cuestión de fondo–. Ello excluye la calificación de este conflicto como intrajurisdiccional, pues la frustración se liga a la decisión del Tribunal sentenciador ejerciendo las competencias que derivan del artículo 31 de la Ley del Indulto.

Tercero.–Desechados los obstáculos de carácter formal que pudiesen impedir un pronunciamiento de fondo sobre la disyuntiva planteada, ha de comenzarse por subra-

yar que no existe realmente discrepancia entre la Administración y el Tribunal sentenciador en lo que se refiere a la posibilidad de efectuar un cierto control, por vía jurisdiccional, de los indultos otorgados por el Gobierno.

La Constitución de 1978 es parca en sus referencias a este tipo de medida de gracia, únicamente mencionada en sus artículos 62 i), 87.3 y 102.3, aunque los dos últimos preceptos se limiten a consignar disposiciones meramente prohibitivas en torno al ejercicio de la misma. Del texto de estos preceptos, así como de los contenidos en los artículos 62 f), 64, y 97, se llega a la conclusión de que si bien la concesión de indultos, no generales, es facultad reservada al Monarca, su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia (expresamente lo afirma el artículo 30 de la Ley de 18 de junio de 1870), cuyo control puede ejercitarse a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esa posibilidad se reconoce, por otra parte, de una manera explícita en la página 6.<sup>a</sup> del requerimiento efectuado por el Ministerio de Justicia en 2 de febrero de 2001, en las páginas 7 y siguientes del informe evacuado por el Ministerio Fiscal en este trámite, y en las páginas 10 y 23 del emitido por el Abogado del Estado, entre otros puntos concretos de las presentes actuaciones, haciendo buena con ello la previsión constitucional (art. 106.1) de que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad de la Administración, con el alcance prevenido en los artículos 1 y 2.a) de la Ley 29/1998; es decir: en lo que se refiere a la actuación de la misma sujeta al Derecho Administrativo.

Sin embargo ese genérico control, que deriva del principio de legalidad recogido en la Constitución Española con carácter general –artículo 9.3–, y que nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón [prerrogativa regia, con el único límite del apartado i) del artículo 62 de la Constitución Española], ha de ejercitarse en el ámbito y con arreglo a los principios de instancia de parte, audiencia del autor del acto y de la persona a favor de la cual se deriven derechos del mismo, que inspiran el ejercicio de esa jurisdicción especializada. En este punto insiste el voto particular del Presidente de la Sala Segunda de 5 de febrero pasado, que destaca las distintas oportunidades para formular alegaciones que en un recurso contencioso-administrativo hubieran tenido tanto el Gobierno como el indultado, y cuya omisión aquí «podría constituir un claro supuesto de indefensión tanto para el Gobierno como para el titular del derecho –artículo 24 de la CE–».

El punto de fricción ocasionante del conflicto que ahora examinamos no se refiere, por lo tanto, a esa posibilidad de control que queda expuesta. Se concreta en las potestades específicas que pueden corresponder al Tribunal de lo criminal con respecto a la aplicación de un RD de indulto, si ese Tribunal estima que su contenido se opone a una norma legal de rango superior, en la que se establecen reglas para el otorgamiento del mismo. Y ello enlaza con la interpretación excesivamente amplia que la Sala Segunda ha otorgado a la «norma especial en razón de la materia», contenida en el artículo 31 de la Ley de Indulto de 17 de junio de 1870 –Razonamiento Jurídico 1.º del Auto de 18 de enero pasado–, que prescribe que «la aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador».

No resulta fácil llegar a tal entendimiento del precepto.

Ante todo, es de advertir que no nos encontramos en el supuesto del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

Este precepto se proyecta sobre normas y no sobre actos. El RD de indulto ha de ser encuadrado dentro de esta última categoría, ya que se agota con su ejecución y no

es susceptible de una pluralidad indefinida de aplicaciones. Aún cabe añadir que el indulto es un acto declarativo de derechos y por ello dotado de una especial virtualidad jurídica, con lo que se dota mayor relevancia a la necesidad de que el control de la legalidad del acto que los otorga se someta a una tramitación en la que sean oídos, tanto la persona a cuyo favor deriven esos derechos, como el autor del acto.

En último término, el Preámbulo del Proyecto de la Ley de Indulto presentado por el Ministerio de Gracia y Justicia a las Cortes Constituyentes –Diario de Sesiones, 17 de diciembre de 1869, Apéndice VIII– restringe profundamente el sentido del artículo 31 al señalar que «es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba de la misma mano que le impuso la pena el beneficio del perdón que se le otorgue». Esta identidad de mano aspira al mantenimiento del prestigio de los Tribunales más que a un control de legalidad.

Cuarto.–Pese a todo ello es innegable que, atendiendo tanto al principio de legalidad como al de oficialidad característico de la jurisdicción penal, constituye una exigencia derivada de la misma función atribuida al Tribunal de esa jurisdicción con relación a la ejecución de la sentencia –artículo 117.3 de la Constitución– en la que incide el indulto, el admitir que pueda ejercer un control de la aplicación del mismo en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una manifiesta vulneración de la legalidad.

Así lo reconoce incluso el Ministerio Fiscal, pese a su posición netamente favorable al requerimiento inhibitorio cuando, apartándose de la única excepción admitida en el oficio del Ministerio de Justicia, enumera una serie de casos en los que a su juicio el Tribunal podría dejar de aplicar el indulto acordado por el Gobierno. A los artículos 5 y 17 de la Ley de 1870, ya mencionados por el Abogado del Estado, se adicionan todos los supuestos comprendidos en el Capítulo I de la misma que definen los límites subjetivos y objetivos del indulto, a los que cabría añadir incluso algún otro (el mencionado en el artículo 11 puede ser un buen ejemplo), excluyendo no obstante el artículo 4.

A este respecto, se refiere al ya mencionado Preámbulo de dicha Ley «en el que», a su juicio, «se citan aquellos artículos delimitadores del indulto que el Tribunal sentenciador, en su encomendada función de aplicación ha de cuidar que se respeten». El texto del Preámbulo indicado es el siguiente: «Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuan necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los artículos 6, 8, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto».

Quinto.–La primera de las objeciones que el Tribunal sentenciador formula respecto del indulto otorgado al señor G. L. en su Auto de 18 de enero pasado, es la de que la literalidad del artículo 42 del Código Penal y del artículo 4 de la Ley de 1870 «sólo permite el indulto de la pena que todavía no se hubiere cumplido o ejecutado» (Razonamiento Jurídico 2.º, apartado 3.º).

Sostiene el Tribunal que la pena de inhabilitación especial impuesta ha ocasionado el doble efecto que recoge el artículo 42 del Código Penal: la privación definitiva del cargo de Magistrado, miembro de la carrera judicial, y de los honores anejos al mismo, por una parte, y la incapacidad para obtener dicho cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena (15 años en este caso), por la otra. Entiende asimismo que la primera de esas consecuencias había quedado ya consumada y ejecu-

tada con anterioridad al otorgamiento del indulto, de tal suerte que el automático reintegro a la carrera judicial del condenado acordado como secuela expresa del mismo, con una única limitación concerniente al ejercicio de su cargo en la Audiencia Nacional, se hallaba en desacuerdo con lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de 1870, párrafos primero y segundo, que limita la prerrogativa de gracia a las penas «que todavía no hubiese cumplido el delincuente».

Es cierto que en el ejercicio de sus indudables facultades jurisdiccionales la Sala Segunda del Tribunal Supremo, actuando en única instancia, se ha pronunciado definitivamente sobre la imposición de la pena de inhabilitación especial al señor G. L. con los efectos que señala el artículo 42, acordando igualmente tres días más tarde llevar a efecto la ejecución de la sentencia a través de comunicación cursada al Consejo General del Poder Judicial (que tomó la anotaciones y adoptó las providencias oportunas en ejecución y cumplimiento del fallo dictado), y declarando mediante Auto firme de 24 de noviembre de 1999 «tener por ejecutada la pena de inhabilitación en lo concerniente a la privación definitiva del cargo y la consiguiente pérdida de la condición de Magistrado del condenado». Por ello, no cabe poner en duda el efectivo alcance de la decisión adoptada con respecto a la pérdida de miembro de la carrera judicial del condenado, que aparece incluso reconocido en el RD cuestionado, cuando provee expresamente sobre el «reintegro» a la misma del beneficiario del indulto.

Sin embargo, ya en este punto será de indicar que en el curso de la tramitación de este indulto el Tribunal sentenciador ha mantenido dos posiciones claramente opuestas:

a) Cuando el condenado solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia (y así lo advierte el voto particular del Presidente de la misma Sala Segunda que recoge «los argumentos expuestos por los Magistrados disidentes del criterio adoptado por la mayoría de la Sala General») el Tribunal la deniega por Auto de 28 de octubre de 1999, basándose entre otros argumentos en «el hecho de que su ejecución no frustraría la finalidad perseguida con la solicitud de indulto».

Quedaba claro, por lo tanto, que la ejecución de la sentencia dejaba intactas las posibilidades discrecionales del indulto; es decir: que tal ejecución no recortaba el posible contenido de la eventual concesión del mismo.

b) En cambio en el Auto de 18 de enero de 2001 la ejecución de la pena se erige en obstáculo para su posible indulto. Lo que en el Auto anterior resultaba inocuo se convierte ahora en límite reglado que cercena las posibilidades de otorgarlo, haciendo depender su viabilidad de: «algo tan aleatorio como la mayor o menor rapidez con que puedan cumplirse las formalidades administrativas para el efectivo cumplimiento de las penas», o incluso de «la mayor o menor celeridad con que el órgano jurisdiccional acordase la ejecución de la sentencia» (voto particular discrepante).

La misma resolución de la Sala de 13 de marzo pasado, advirtiendo que las competencias del Gobierno y del Tribunal sentenciador más que compartidas son sucesivas, destaca que se ejercen en fases diferentes: en un primer momento por el Gobierno, y después, en una fase posterior, por el Tribunal (art. 31 de la Ley del Indulto, Razonamiento Jurídico 2.º). Y ocurre que de admitirse la tesis del Auto de 18 de enero pasado esa inicial competencia del Gobierno iría precedida de una decisión anterior del Tribunal sentenciador que predeterminaría el posible contenido discrecional del indulto.

Lo expuesto implica, sin que ello suponga que este Tribunal de Conflictos revise en modo alguno la interpretación que la Sala sentenciadora ha dado al artículo 4.º de la Ley del Indulto, que ha de llegarse a la conclusión de que no estamos ante una

manifiesta infracción de la misma que habilite al Tribunal sentenciador para ejercer el control de legalidad en los términos señalados anteriormente.

Sexto.—En el mismo Auto de 18 de enero pasado, y ya en otro sentido, el Tribunal sentenciador entiende que el antecedente penal derivado de la pena indultada impide la reintegración de un juez en la carrera —artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, destacando que la efectividad del reintegro «necesitará el concurso del Consejo General del Poder Judicial, que es el único organismo que podría reintegrar a un juez al que ha dado previamente de baja en el escalafón».

La conclusión a que se llega en el Auto de 18 de enero de 2001 viene a coincidir hasta cierto punto con el voto particular en el que se estima que, puesto que «los antecedentes penales del indultado, indudablemente, no pueden ser borrados por la gracia del indulto, es evidente que el control sobre su incidencia en el régimen estatutario del condenado por su condición de miembro de la carrera judicial, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino al Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, las valoraciones sobre tal incidencia son ajenas a este Tribunal».

La cuestión ahora planteada sale del ámbito natural del indulto —penas, artículo 1 LI— para entrar en el terreno de las consecuencias jurídico-administrativas del indulto.

Ha de recordarse que la Constitución, precisamente para garantizar la independencia del Poder Judicial, desapoderó al Poder Ejecutivo de funciones que tradicionalmente venía ejerciendo en aquel ámbito, creando el Consejo General del Poder Judicial al que, después de una previsión genérica de competencias, se atribuyen funciones «en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» (art. 122.2).

Así las cosas, y siendo indudable que el indultado había perdido la condición de magistrado a consecuencia de ejecución de sentencia penal, hay que entender que su reingreso en la carrera judicial —principios latentes en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985— reclama una decisión del Consejo General del Poder Judicial que, obviamente, será susceptible de impugnación jurisdiccional por la vía adecuada.

(Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 132.1

### *Interrupción de la prescripción: diligencias específicas encaminadas a la localización de los procesados para tomarles declaración indagatoria*

Segundo.—(...) 2. Opina este recurrente que, desde que se dictó Auto de procesamiento hasta que fue puesto a disposición de las autoridades judiciales españolas, había transcurrido el plazo de diez años señalado para la prescripción, ya que según su criterio, no se habían producido actos procesales interruptivos de la prescripción.

El Auto de procesamiento y prisión es de 8 de junio de 1988 habiéndose realizado inmediatamente requisitorias con fecha 13 de junio de 1988, habiéndose cursado dichas órdenes a la Dirección General de la Guardia Civil y de la Policía con fecha 22 y 24 de junio de 1988. El Auto de rebeldía lleva fecha de 6 de julio de 1988 y existe una comunicación de la Guardia Civil, de fecha 19 de julio de 1988, dando cuenta del resultado negativo de las gestiones realizadas para localizar al recurrente. La expulsión administrativa desde México y su llegada a Madrid se produce el día 25 de junio de 1998, habiéndose reabierto el sumario con fecha 6 de julio de 1998. Estos

antecedentes cronológicos ponen de relieve que, aunque por escaso margen de tiempo, lo cierto es que no han transcurrido los diez años de interrupción necesarios para la prescripción.

La Sentencia de 19 de julio de 2000 dictada por esta Sala en una causa que afecta también a uno de los recurrentes, A, en el presente procedimiento establece, como doctrina general que, de acuerdo con el criterio seguido en sentencias de esta Sala, el Auto de rebeldía no tiene la capacidad de interrumpir la prescripción, en tanto que tales instrucciones no se traduzcan en diligencias concretas y documentadas con verdadero sentido en su origen y justificación.

Ahora bien, admite implícitamente como doctrina de esta Sala, acordada en la Sala General celebrada el día 29 de abril de 1997, que cuando existen diligencias específicas encaminadas a la localización de los procesados para tomarles declaración indagatoria, el plazo de prescripción se interrumpe, hasta que se acredite que las pesquisas han dado un resultado infructuoso y se decida de manera inmediata, la declaración de rebeldía.

El artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos da una pauta interpretativa al decirnos que la mera declaración de rebeldía no paraliza la actividad judicial ya que, si la causa estuviese en Sumario, se continuaría hasta que se declare terminado por el Juez o Tribunal competente, suspendiéndose después su curso y archivándose los autos.

Como ya se ha constatado, después de dictados los autos de procesamiento, se procede a declarar la rebeldía por auto de 6 de julio de 1988 y no se paraliza en ese momento la actividad procesal ya que se cursan órdenes a la Guardia Civil para la averiguación de su paradero, gestiones que resultan infructuosas como se pone de manifiesto, lo que indica que en esa fecha –19 de julio de 1988– se deben considerar paralizadas las actuaciones para A.

La única diferencia respecto del otro recurrente, C, radica en que las gestiones infructuosas para su localización finalizan el 6 de julio de 1988.

En ambos casos se estima que no han transcurrido los diez años necesarios para la prescripción de los delitos de pertenencia a banda armada y tenencia de explosivos, ya que el plazo de prescripción se interrumpe materialmente con su llegada a España el día 25 de junio de 1998.

(Sentencia de 6 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 132.2

### *Prescripción del delito fiscal: plazo e interrupción*

Segundo.–(...) 1. Si concretamos nuestras consideraciones a los puntos en los que verdaderamente difieren la resolución recurrida y el recurso del Ministerio Fiscal se comprueba que éste sostiene que para determinar si el procedimiento se dirige contra el culpable, en el sentido del artículo 132.2 CP no se requiere ni la liquidación de la especie del impuesto evadido ni la mención, aunque sea genérica, de las circunstancias de hecho en las se podría apoyar la inculpación de una infracción concreta de las leyes fiscales que complementan el tipo del texto del artículo 305 CP. La Audiencia, por el contrario afirma que dicha liquidación era necesaria, toda vez que mientras no fue presentada por la Agencia Tributaria no consideró que la acusación haya sido dirigida contra los inculpadados, a quienes, hasta ese momento, sólo se les

había imputado la cooperación en el delito fiscal contra el IRPF de los llamados «inversores reales».

La Audiencia consideró, basándose en la STS 28-10-1997 (caso Filesa), que sólo a partir de la liquidación del impuesto sobre las sociedades era posible en el presente caso apreciar la existencia de «actos procesales dirigidos contra el culpable de manera concreta e individualizada», dado que, «si bien no es necesario para la interrupción (de la prescripción) la existencia de una auténtica imputación judicial, no basta la mera interposición de denuncia o querrela, pues resulta necesario un acto judicial de verificación de la consistencia de la imputación, en suma una resolución judicial que incoe el procedimiento». Por lo tanto, consideró que «no interrumpe la prescripción el procedimiento que se dirija contra el culpable con un objeto distinto del que en definitiva constituye materia de la acusación». En tal sentido concluyó que «incluso el tipo penal varía cuando la norma extrapenal llamada a completar la ley penal en blanco es diversa y en este caso la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la Ley del Impuesto sobre las Sociedades establecen específicamente y de modo diverso las condiciones de pago de los respectivos tributos».

2. La diferencia esencial de ambos puntos de vista reside, en primer lugar, en la distinta interpretación del contenido de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal el 19 de agosto de 1994 y del escrito de conclusiones provisionales del mismo, en el que la acusación sólo se concretó por un delito fiscal contra la Ley del Impuesto sobre las Sociedades, que la Audiencia consideró que no había sido objeto del procedimiento hasta la liquidación practicada el 11 de noviembre de 1997.

El Ministerio Fiscal estima, por el contrario, que en los párrafos contenidos en los folios 73, 100, 108, 163 y 176 del Informe de la Agencia Tributaria acompañado a la denuncia se deben considerar incluidas las defraudaciones del delito fiscal contra la ley de impuestos sobre las sociedades, dado que: *a)* la cooperación en el delito fiscal contra el IRPF es «inescindible» del primero, *b)* el objeto del proceso es un hecho sin referencia alguna a la calificación jurídica del mismo, *c)* la elusión del impuesto sobre las sociedades estaba suficientemente definido en la denuncia de 19 de agosto de 1994 y *d)* el impuesto sobre las sociedades no pudo ser liquidado previamente por la omisión de Inverbroker de contabilizar los conceptos correspondientes.

3. En primer lugar debemos analizar los dos primeros argumentos del recurso.

*a)* El primero de ellos, referido a la «inescindibilidad» de las infracciones correspondientes al IRPF y al impuesto sobre las sociedades, es consecuencia de una determinada concepción del delito fiscal, en la cual se supone que el bien jurídico protegido es la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal y no la recaudación correspondiente a cada impuesto en particular. Ello permitiría que toda infracción de un deber fiscal cualquiera configure ya una única infracción genérica que abarcaría en unidad de acción todas las infracciones particulares de las distintas leyes fiscales. Consecuentemente, al haber sido imputada una cooperación en el delito fiscal contra el IRPF en la denuncia inicial del Ministerio Público, se habrían denunciado ya todos los hechos imaginables de infracciones fiscales.

Este punto de vista es rechazado en la teoría del derecho penal fiscal, en la que se afirma que «se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares». La Ley Penal vigente no es ajena a esta concepción teórica y ello tiene un reflejo preciso en la estructura del tipo penal del artículo 305 CP, configurado como una Ley Penal en blanco, que remite (implícitamente) a la infracción de deberes fiscales especiales derivados de las leyes que disciplinan cada especie de impuesto. En este sentido es evidente, ante todo, que cuando el texto del artículo 305 CP describe la acción como

la elusión del «pago de tributos» se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, pues, de lo contrario, no se hubiera utilizado el plural de «tributos». Pero, más allá del texto legal existe una necesidad lógica de remisión a los deberes que surgen de cada ley fiscal particular: el deber de pagar está condicionado en cada una de ellas por hechos imponderables diferentes, por ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios fiscales diversos.

Precisamente la diversidad de los hechos imponderables y de sujetos del deber fiscal que contemplan las leyes reguladoras del IRPF y del impuesto sobre las sociedades es lo que impide considerar en el presente caso que la infracción de los deberes fiscales emergentes de la primera y los de la segunda constituyen una unidad de acción. También en este punto la teoría que apoya esta conclusión es claramente mayoritaria. Resumiendo estas opiniones se afirma que «si se presentan varias declaraciones fiscales respecto de distintas especies de tributos, p. ej. respecto al impuesto a las rentas de las personas físicas o a las ventas, se tratará por regla de varios hechos independientes incluso cuando las declaraciones hayan sido referidas al mismo ejercicio fiscal».

b) Aclarado lo anterior pierde gran parte de su trascendencia la discrepancia relativa al concepto del hecho objeto del proceso penal. La Sala entiende que ni el Ministerio Fiscal ni la resolución recurrida sostienen criterios tan extremos como los que parecen surgir de sus formulaciones literales. Parece claro que el Fiscal cuando sostiene que el objeto del proceso sólo debe ser un hecho, sin más, no tiene el propósito de negar que los artículos 269 y 313 LECrim requieren, como condición para la iniciación del procedimiento, la comprobación del carácter de delito del hecho denunciado y que, en tal sentido, exige que, además del hecho, el objeto del proceso tenga una determinada referencia normativa en la que, al menos se den los elementos de un tipo penal. Asimismo resulta claro que la Audiencia no pretende atribuir a los cambios de calificación, que el hecho inicialmente denunciado pueda sufrir a lo largo de la tramitación de la causa, un efecto que pueda afectar los plazos de prescripción.

En consecuencia: el verdadero núcleo de la discrepancia no atañe más que lateralmente al concepto del objeto del proceso. Lo que está en discusión son las exigencias de determinación que debe tener el hecho denunciado para interrumpir la prescripción, es decir para que se pueda entender que el procedimiento se dirige contra el culpable. En esta cuestión parece que el Ministerio Fiscal considera que para la interrupción del plazo de prescripción es suficiente con inculpar a una sociedad de haber cooperado en un delito fiscal, sin necesidad de consignar los hechos imponderables de los que se derivan las obligaciones fiscales infringidas. La Audiencia, por el contrario, ha requerido que los hechos que fundamentan un acto procesal interruptor del plazo de prescripción tengan una mayor determinación.

4. Una vez definida la cuestión central corresponde tratar el siguiente argumento del recurso, el referido a la suficiente descripción de los hechos de la infracción fiscal del impuesto sobre las sociedades [ver 2. c)]. Se deben analizar, por lo tanto, los párrafos de los folios 73, 100, 108, 163 y 176 del Informe de la Agencia Tributaria, invocados por el Ministerio Fiscal, desde la perspectiva de las exigencias legales de determinación del hecho necesaria para interrumpir la prescripción.

La jurisprudencia de esta Sala se ha referido, por lo general, a dos cuestiones puestas de relieve por el Ministerio Fiscal en su recurso: por un lado a la eficacia interruptora del plazo de la prescripción reconocida a la denuncia y a la querrela y, por otro lado, a la necesidad de determinación subjetiva de la imputación, es decir, de un cierto grado de precisión de la persona del inculpado por el hecho. La cuestión de la determinación del hecho imputado, por el contrario, no ha sido objeto de pronuncia-

mientos específicos, como lo revela la exhaustiva y cuidadosa cita de precedentes realizada en el recurso.

Probablemente, la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los requisitos de la determinación del hecho porque la estructura de los tipos penales que entraron en consideración en los supuestos en los que se plantearon problemas de prescripción tenían estructuración activa. Pero, el delito fiscal no sólo tiene una naturaleza claramente omisiva, sino que, en todo caso, los supuestos que están en juego en esta causa consisten en comportamientos omisivos. Así surge de los propios párrafos del informe de la Agencia Tributaria en los que se apoya el recurso y de las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal del folio 5918 y siguientes.

5. Consecuentemente, es preciso establecer cuáles son las exigencias de determinación del hecho en un delito de omisión que permiten afirmar que el procedimiento se dirige contra el culpable. Se trata de exigencias que se deducen del principio acusatorio y, consiguientemente, del derecho de defensa. La LECrim ha fijado estas exigencias en los artículos 118, 269 y 313. Es claro que el derecho de defensa aludido por el artículo 118 LECrim sólo es realmente efectivo si el imputado en una denuncia o querrela puede conocer con cierta precisión qué hecho punible se le imputa y que por tal razón los artículos 269 y 313 exigen una comprobación por parte del Juez del carácter delictivo de los hechos, que sólo es posible si se conoce con precisión cuáles son los hechos (sospechados) que se atribuyen a alguna persona.

La exigencia de determinación de hecho se ve confirmada también por la interpretación histórica. La dependencia de la interrupción de la prescripción de la dirección del procedimiento contra el culpable, como se sabe, proviene del artículo 133 CP 1870. En esos tiempos el proceso penal todavía no se había apartado de una manera total de los principios del proceso inquisitivo europeo, en el que se mantuvo una clara y nítida separación entre la comprobación del hecho (*inquisitio generalis*) y la imputación a su autor (*inquisitio specialis*). Sólo si se comprobaba el hecho con cierta precisión era posible la indagación del autor. La distinción era tan clara que la *inquisitio generalis* solía concluir con una resolución judicial específica sobre la comprobación del hecho. La doctrina ha resultado que esta distinción estructural del proceso respondía a razones, ante todo, lógicas: «la comprobación penal debía seguir el *ordo naturalis* de los acontecimientos: del hecho criminal remontarse a la responsabilidad del autor», se puede leer en un autor que modernamente ha estudiado esta cuestión. Muy probablemente, este trasfondo procesal, histórico y lógico es el que ha inspirado al legislador de 1870 la fórmula de la interrupción de la prescripción que, a la luz de estos antecedentes, en la actualidad quiere significar que sin una comprobación mínima del hecho no cabe dirigir el proceso contra el presunto responsable.

A partir de estas consideraciones normativas e históricas la determinación del hecho omisivo requiere, al menos, tres requisitos:

a) En primer lugar es preciso tener en cuenta que los hechos omisivos no pueden ser configurados sin una referencia al deber que impone al sujeto realizar la acción. La más clásica teoría del delito de omisión consideró que las omisiones se caracterizaban por la no ejecución de una «acción esperada», como es claro, esperada por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es de la esencia misma de los delitos de omisión que el hecho tenga una referencia normativa.

b) En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la determinación de la omisión presupone la identificación del deber que impone la realización de la acción y la especificación de la acción que hubiera dado cumplimiento a tal deber.

c) En tercer lugar es preciso determinar quién es el sujeto obligado al cumplimiento del deber.

Estos elementos, por otra parte, están condicionados por cada tipo penal. Seguramente a esta cuestión se quiere referir el Ministerio Fiscal cuando afirma que en el delito fiscal la determinación del objeto «reviste especiales características». Evidentemente no es lo mismo la omisión de cumplimiento de un deber de socorro que la omisión del pago de un impuesto. En el primer caso es preciso contar –independientemente de la prueba– con una denuncia o querrela que relate que una persona se encuentra desamparada y que otra, pudiendo, no le ha prestado auxilio. En el caso del delito fiscal, a su vez, el hecho sólo estará determinado a los efectos de la dirección del procedimiento contra el culpable en la medida en la que la autoridad tributaria haya procedido, por alguno de los métodos autorizados por los artículos 47/51 LGT, a la liquidación, al menos provisional (art. 123.1.2.º párrafo LGT), del impuesto, es decir, a la determinación de la deuda fiscal, proveniente del hecho imponible y del sujeto obligado, y sobre esa base haya dado impulso a la iniciación del procedimiento. Sólo a partir de ese momento se puede considerar que existe una determinación del hecho imputable a una persona, pues precisamente la liquidación del impuesto presupone la comprobación de un hecho imponible (según el artículo 28.1 LGT: «el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria») y la imputación del mismo a un sujeto pasivo del tributo (según el artículo 31.1 LGT: «es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la ley impone la carga tributaria del hecho imponible»). Sin una liquidación al menos provisional, sería jurídicamente imposible que el Juez que recibe la denuncia de la evasión tributaria pueda llegar a pronunciarse sobre los extremos que establecen los artículos 269 y 313 LECrim así como informar al imputado en la forma prevista en el artículo 118 de la misma ley. La liquidación provisional del impuesto, por lo tanto, es un presupuesto de procedibilidad, en el sentido técnico que le da la doctrina, es decir: como «circunstancias de las que depende la admisión del proceso en su totalidad o ciertas partes del mismo».

6. A partir de estos presupuestos es claro que el informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 no cumple con estas exigencias desde el punto de vista de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades dado que en dicho informe no se ha llegado a practicar ninguna liquidación del referido impuesto. Más aun, en dicho Informe no consta ni siquiera en forma provisional una determinación de la deuda fiscal por el impuesto sobre las sociedades cuyo pago haya sido omitido por las personas que fueron acusadas por el Fiscal al folio 5918 de las actuaciones de esta causa. Por lo pronto, en la pg. 4 del Informe (no citada por el Fiscal) del informe se dice, con carácter general e introductorio, que «esta Unidad procedió, en consecuencia a completar las actuaciones inspectoras con una doble finalidad: de un lado descubrir a los inversores reales titulares de las elevadas cantidades invertidas a través de las sociedades o comunidades que son los que en su caso habrán incurrido en el tipo penal del artículo 349 (...), y de otro lado, averiguar la identidad de las personas o Entidades que han puesto al servicio de estos inversores un sistema de colocación de capitales con opacidad frente a la Hacienda Pública». De esta premisa general se deriva el sentido total del Informe y de cada uno de sus apartados. Allí resulta claro que el impuesto sobre las sociedades no estuvo contemplado en la finalidad de la inspección, por lo que difícilmente sus conclusiones podrían haber incluido una estimación provisional de la deuda fiscal imputable a los acusados en las conclusiones provisionales. No obstante es preciso el análisis de cada uno de los pasajes del Informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 citados por el Ministerio Fiscal para comprobar si, de todos modos, aparecen en él elementos que reúnan los requisitos de una liquidación provisional del impuesto sobre las sociedades.

a) Los pasajes citados por el Ministerio Fiscal de los folios 73 y 100/101, que debemos considerar en primer término, sólo se refieren, en realidad, a la hipotética suposición de que Inverbroker obtenía una ganancia con las operaciones de favorecimiento de la elusión del IRPF de sus clientes. La suposición de una ganancia no es una liquidación provisional del impuesto.

Al folio 73, de especial relevancia por pertenecer a las conclusiones del capítulo 4 (de evidente carácter general), se puede ver claramente el sentido hipotético de las ganancias que se presumen, cuando se dice que las operaciones constatadas se llevaban a cabo «obteniendo Inverbroker, al parecer, según se desprende de la investigación realizada hasta el momento, un diferencial» (sin subrayar en el original).

El pasaje de la pg. 100/101 no es, en verdad, sino una repetición de los mismos conceptos particularizados en el caso especial de un cliente de Inverbroker (Ramón S. A.).

b) Lo mismo ocurre con el pasaje de la pg. 108 del Informe, citado en el recurso, referido también al caso de un cliente, en el que se afirma con indudable sentido hipotético que la existencia de ingresos no declarados y cuotas no defraudadas, de un impuesto que en el Informe no se precisa, depende de «considerarse probados los hechos» y que la cantidad sólo se infiere «extrapolando este actuar a todas las desinversiones imputadas a las comunidades», es decir, conjeturando una repetición sin comprobación. Por lo tanto, se trata de una suposición, deducida de «la falta de contabilización de la operación real tanto en la cuenta del cliente como en cuanto a la rentabilidad satisfecha», que –sin perjuicio de la oscuridad de la redacción– sólo se refiere a la participación de Inverbroker mediante ocultamiento en la defraudación del IRPF por parte del cliente, en consonancia con el citado objeto de la inspección expuesto en la pg. 4 del Informe, arriba citada. Es claro que la omisión de la contabilidad era una parte indispensable de la cooperación por ocultamiento de las operaciones de los llamados «inversores reales», que sólo como tal aparece en el Informe de la Agencia Tributaria. Por eso no se hace mención de su significación penal en el contexto del impuesto sobre sociedades.

c) El pasaje de la pg. 163 del Informe constituye un párrafo del capítulo II del mismo («Posibles consecuencias penales de los hechos comprobados por la inspección», páginas 161 y siguientes). Probablemente aquí se pone de manifiesto de una manera más clara que en cualquier otro párrafo que, en el momento de emitir el informe, la Inspección sólo conjeturaba una ocultación de ingresos de Inverbroker, dado que sólo le imputa «amparar defraudaciones tributarias, lo que supondría una conducta de cooperación o encubrimiento de los delitos contra la hacienda pública imputables a los inversores reales». El final del párrafo, donde se dice «sin perjuicio de que la propia Inverbroker haya incurrido en este tipo penal (art. 349 CP/1973) por ocultación de ingresos propios» no hace sino corroborar que el posible ilícito referente a los ingresos sociales no está incluido en la conclusión, es decir, se trata de un hecho sólo presumido, pero en todo caso fuera del alcance de la oración principal. De todos modos, si se quisiera atribuir al final una significación distinta, es evidente que no reuniría los requisitos de una liquidación al menos provisional del tributo eludido. Como se ha dicho más arriba, para considerar que el procedimiento se dirige contra el culpable no es suficiente con que en el escrito de denuncia se sugiera que un ciudadano podría haber eludido el pago de un tributo cualquiera. Es necesario que exista una cierta precisión del deber fiscal infringido, como la que la Inspección aportó a la causa al folio 4975.

d) Por estas mismas razones tampoco se puede considerar una determinación del hecho, adecuada a las exigencias jurídicas que hemos expuesto, la contenida en el pasaje de la pg. 176 del Informe, puesto que se refiere a la posibilidad de un delito distinto del delito del artículo 349 CP/1973 (= artículo 305 CP), es decir, al delito

contable del artículo 350 CP/1973 (= artículo 310 CP). La omisión de contabilización de ingresos que hasta ese momento sólo se suponían hipotéticamente, no puede ser considerada equivalente a la liquidación al menos provisional de un tributo eludido. En todo caso no puede configurar una unidad de hecho con la omisión propia de la elusión del impuesto sobre las sociedades. En efecto, la doctrina admite en general que en los delitos de omisión se debe apreciar una pluralidad de omisiones «cuando los distintos deberes de acción se podían cumplir sucesivamente», es decir, independientemente uno del otro. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso. No ofrece la menor duda que el cumplimiento del deber de llevar contabilidad mercantil no implica al mismo tiempo el cumplimiento del deber de satisfacer determinados tributos. La correcta contabilización de ciertos hechos imponible no significa ya el pago de los tributos que de ellos se derivan.

7. La tesis de recurso del Ministerio Fiscal tiene, sin embargo un cuarto argumento, alegado con carácter subsidiario (ver pg. 16 del escrito de recurso), que se debe considerar cuidadosamente. Se señala en el recurso que «en el informe de la Agencia Tributaria de 1994, concretamente a los folios 108 y 176, citados en anteriores motivos, se hace constar expresamente la falta de contabilización de operaciones cuyo conocimiento resulta indispensable para determinar el alcance real del fraude del Impuesto y la determinación de la cuota defraudada. Fue, pues, la actividad falsaria de los acusados descrita en aquel documento, la que impide que la Agencia Tributaria pueda, en ese momento, previo a la instrucción judicial, fijar la cuota defraudada en el referido impuesto».

La Sala no puede compartir este punto de vista, dado que la LGT prevé en su artículo 50 el método de determinación de la base imponible o de los rendimientos de un sujeto tributario «cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos, o cuando los mismos (dichos sujetos) ofrezcan resistencia, excusa negativa a la actuación inspectora o incumplan sustancialmente sus obligaciones contables». En estos casos, procede la determinación sobre la base de los criterios que dicho artículo 50, con las formalidades del artículo 51 de la misma ley, prevé para la llamada estimación indirecta, que el Ministerio Fiscal no ha dejado de citar en su recurso.

En el Informe de la Agencia Tributaria de 11-11-1997, se encuentra una prueba irrefutable de la posibilidad que tuvo dicha Agencia de determinar por el método del artículo 50 LGT de la cuota del impuesto sobre sociedades no ingresada por Inverbroker (ver Informe de la Agencia Tributaria que obra al folio 4975). Precisamente esta estimación indirecta sirvió al Fiscal para fundamentar su acusación por elusión del impuesto sobre las sociedades de los ejercicios 1988 y 1989 en sus conclusiones provisionales del folio 5918. Si esta estimación se pudo llevar a cabo después del auto de 14-2-1995, que ordenó la práctica de un nuevo informe, no se percibe qué razones pudieron haberla impedido antes de la fecha de este segundo informe.

8. En el caso de autos la liquidación del impuesto sobre las sociedades de los ejercicios de 1988 y 1989, en el que se basó la acusación del Ministerio Fiscal, ha sido practicada en el informe de 11-11-1997, es decir cuando había vencido ya el plazo dentro del cual el artículo 64 LGT faculta a la Agencia Tributaria a liquidar los tributos y cuando también había vencido el plazo de prescripción de la acción para la persecución del delito fiscal correspondiente, dado que éste había comenzado a correr el 30 de julio de 1990.

A los efectos de la interrupción de la prescripción –aquí no se trata del problema de si la estimación indirecta es suficiente para la prueba de los hechos, necesaria para

la condena según las exigencias del artículo 24.2.º CE— la estimación indirecta y provisional cumple todos los requisitos de la determinación del hecho que son necesarios para que se pueda considerar que el procedimiento se dirige contra el culpable en el sentido del artículo 132.2 CP. Por lo tanto, no es posible compartir el punto de vista del Fiscal que atribuye la indeterminación de la supuesta defraudación a la falta de cumplimiento por los acusados de la obligación de llevar contabilidad.

Ello no implica negar la relevancia penal de la omisión de la contabilidad o de la irregularidad de la misma. El legislador ha establecido un tipo autónomo en el artículo 310 CP (= artículo 350 CP/1973) precisamente para cerrar el ámbito de ilicitudes fiscales punibles cuando el autor impide conocer, con ausencia o tergiversación de la contabilidad, la determinación de la infracción. Este delito ha sido señalado también independientemente en el Informe de la Agencia Tributaria de 28-7-1994 respecto de los llamados inversores reales (ver pgs. 163 y siguientes del Informe) y en particular respecto de Inverbroker, pero, no obstante, no ha sido objeto de la acusación del Ministerio Público que obra al folio 5918. De todas maneras, el delito llamado contable depende también de una condición objetiva de punibilidad, cuya determinación requiere una estimación de las cantidades del impuesto eludidas.

9. En el caso de autos la liquidación (provisional) del impuesto sobre las sociedades, y la eficacia para la interrupción del plazo de la prescripción en el sentido del artículo 132.2 CP hecho afirmado más arriba, se produjo no antes del 11-11-1997, cuando ya había transcurrido el término de cinco años para la prescripción. Por lo tanto, la acción para la persecución del delito se había extinguido. No obstante, debemos señalar que la liquidación contenida en el Informe de 11-11-1997 también fue realizada fuera del plazo de cuatro años que establece el artículo 64 LGT, según la redacción dada al mismo por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

En el recurso y en la resolución recurrida se han dado diversas interpretaciones sobre la manera de articular los plazos previstos para la prescripción de la acción en el artículo 131 CP y en el artículo 64 LGT. En la sentencia de esta Sala de 6-11-2000 se ha señalado en un *obiter dictum* el carácter independiente de estos plazos, conclusión ampliamente debatida en la doctrina, en la que es dominante el punto de vista contrario. En la resolución recurrida se estima que, prescrita «la acción para exigir el pago de las deudas tributarias» a los cuatro años [artículo 64.b) LGT], ya no existiría el objeto de protección del delito del artículo 305 CP. El recurso del Fiscal ha sostenido el punto de vista contrario.

La cuestión, sin embargo, no se agota en las soluciones con las que se contraponen el recurso y la resolución recurrida. En principio es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los artículos 131 CP y 64 LGT establecida en la STS de 6-11-2000. Cada plazo debe regir con la finalidad que los respectivos textos legales establecen. Sin embargo, en tanto la determinación del hecho imponible eludido constituye un presupuesto procesal o de procedibilidad derivado directamente del artículo 132.2 CP, del principio acusatorio y del derecho de defensa, la caducidad de las facultades de la Administración de practicar la liquidación de la deuda tributaria [artículo 64.a) LGT] tiene efectos sobre la posibilidad de iniciación del procedimiento penal por un delito fiscal correspondiente a un ejercicio respecto del que ha prescrito la facultad (el texto legal dice impropia «el derecho») de la Administración de determinar la deuda tributaria.

En consecuencia: si la Administración ha practicado la determinación del impuesto eludido dentro de los cuatro años que prevé el artículo 64 LGT, mientras no hayan transcurrido los cinco años que establece el artículo 131 CP cabe la iniciación del proceso penal por el delito fiscal que se podría haber cometido. Por el contrario:

si no han transcurrido los cinco años para la prescripción del delito, pero han transcurrido los cuatro dentro de los que la Administración estaba facultada para determinar la deuda, no será posible la iniciación del procedimiento, pues no se contará con un presupuesto del mismo.

Contra esta interpretación no sería adecuado argumentar que el artículo 64 LGT en su redacción actual sólo establece un límite para la Administración, que no recortaría las facultades de ningún otro órgano de persecución del delito para la liquidación del impuesto eludido. En efecto, existen, en primer lugar, razones prácticas: sólo la Agencia Tributaria dispone de la documentación necesaria para una liquidación provisional del impuesto; una liquidación provisional de un impuesto por parte de la Policía Judicial o del Ministerio Público, en todo caso, no es fácilmente imaginable sin recurrir a los documentos e informes de la Agencia Tributaria. Pero, además, existen razones jurídicas: con la caducidad de las facultades de la Administración, establecida sin ningún límite, el legislador no puede haber querido aludir sólo al Poder Ejecutivo. Carecía de toda racionalidad jurídica que la ley sólo pretendiera eliminar a un organismo estatal especializado, trasladando sus facultades a otros no-especializados, que, en la práctica, necesitan de la cooperación del especializado para actuar eficazmente. Por otra parte, es un principio generalmente aceptado de la política criminal que no se deben criminalizar hechos que carecen de relevancia fuera del ámbito del derecho penal o que la han perdido con el transcurso del tiempo. Lo contrario conduciría fácilmente a un derecho penal de autor, cuya compatibilidad con los principios constitucionales ha rechazado el Tribunal Constitucional (ver STC 150/1991).

Pero, sin perjuicio de todo ello, en el presente caso la cuestión, como tal, es irrelevante, dado que el Ministerio Público sólo se ha valido de las liquidaciones practicadas por la Agencia Tributaria. En tal situación no ofrece duda que el hecho por el que se acusó fue determinado provisionalmente después de haber decaído las facultades de la Agencia Tributaria según el artículo 64 LGT.

Estas conclusiones tampoco contradicen las de la STS de 9-2-1991, en la que se dijo que la determinación de la cuota defraudada corresponde al Tribunal juzgador. La cuestión aquí planteada no tiene relación alguna con la indudable competencia exclusiva del Tribunal que juzga para determinar la concurrencia en el caso de los elementos del tipo penal, inclusive aquellos que provienen de la norma complementaria de una ley penal en blanco. Se trata, por el contrario, de la determinación del hecho imprescindible para dirigir el procedimiento contra el culpable, que es algo diverso de la problemática referida a las facultades del tribunal que dicta sentencia.

(Sentencia de 10 de octubre de 2001)

Noveno.—El motivo séptimo del recurso, formalizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 349 del Código Penal de 1973, de modo directo; y también indirectamente por el cauce casacional autorizado por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se consideran vulnerados los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, libertad del artículo 17 CE y legalidad penal del artículo 25.1 CE.

En su desarrollo, el núcleo de la impugnación casacional se centra en la incidencia que en esta materia tiene la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente (que modifica, a su vez, el artículo 64 de la Ley General Tributaria), en cuanto reduce a cuatro años el plazo de prescripción del derecho de la Administración Tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación, desde la perspectiva de la analogía con la figura de la excusa absolutoria por regularización tributaria, que fue también la postura que man-

tuvo la parte recurrente en la instancia. Señala, en definitiva, el recurrente que por la prescripción de cuatro años que confiere a la Administración el derecho (la facultad, en términos jurídicos) para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, supone una automática regularización de la deuda tributaria, a los efectos de la excusa absolutoria dispuesta en el precepto penal contenido en el artículo 349 del Código Penal de 1973, coincidente en esta materia con el artículo 305 del Código Penal vigente.

Ciertamente que la cuestión planteada dista mucho de ser pacífica en la doctrina científica, habiéndose decantado algunas posiciones doctrinales por mantener que, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, el 1 de enero de 1999, el plazo de prescripción del delito contra la Hacienda Pública, hoy comprendido en el artículo 305 del Código Penal vigente, se sitúa en los cuatro años que marca la Ley 1/1998, quedando derogado tácitamente en esta materia el artículo 131 del Código Penal. Para ello se ha alegado el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la desaparición de la lesividad de la conducta, por no conculcarse el bien jurídico protegido al no subsistir la deuda tributaria como condición de punibilidad.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en Sentencias de fecha 6 de noviembre de 2000 y de 10 de octubre de 2001, si bien en esta última resolución se mantuvo, con relación al impuesto de sociedades –precisamente el tributo sobre el que recaía el delito–, que era necesario que no hubieran transcurrido los cuatro años que prevé el artículo 64 de la Ley General Tributaria, dentro de los cuales la Administración debía determinar el impuesto eludido. Ahora bien, con unas precisiones que después destacaremos, dadas las peculiaridades del caso planteado, resuelto por aludida Sentencia de 10 de octubre de 2001, y que no son aplicables al supuesto contemplado en esta censura casacional.

Conviene señalar que, por consiguiente, esta Sala ya ha resuelto la cuestión de la prescripción del delito con relación a la incidencia que pueda tener en esta materia la Ley 1/1998, en las dos Sentencias citadas (art. 1.6 del Código Civil), pues «nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad» (STS 6-11-2000). En este mismo sentido, la segunda Sentencia de esta Sala sobre esta materia mantiene que por el transcurso del «término de cinco años para la prescripción... la acción para la persecución del delito se había extinguido», por lo que «es de ratificar aquí la independencia de los plazos previstos en los artículos 131 Código Penal y 64 LGT establecida en la STS 6-11-2000» (STS 10-10-2001).

Ya hemos declarado que la extinción de la obligación tributaria por prescripción (STS 6-11-2000) no puede determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, «pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria».

En efecto, el fundamento de la prescripción penal representa una manifestación más del *ius puniendi* del Estado, que se conecta con el plazo dispuesto por el legislador penal desde que el delito se consumó, y ello en razón de la mayor gravedad que significa su comisión en relación con una infracción administrativa. Del mismo modo que los delitos contra la salud pública (arts. 359 y siguientes del Código Penal), o los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (arts. 563 y ss.) se consuman desde el momento en que se realiza la acción delictiva prevista por el legislador, aunque la infracción administrativa con la que están conectados, pueda encontrarse prescrita administrativamente, siempre que dentro del período marcado

por el legislador penal, se active –en condiciones de regularidad procesal y con la suficiente determinación–, la instrucción procesal de donde deriva el esclarecimiento de sus contornos jurídico-penales. En definitiva, las finalidades son diversas y la gravedad de las conductas también, y por ello, como hemos dejado transcrito anteriormente, se declara la independencia de ambos plazos de prescripción. De manera que el momento consumativo lo marca, según reiterada doctrina jurisprudencial, la finalización del plazo de declaración voluntaria (Sentencia de 26 de julio de 1999, y las en ella citadas) y la finalización del mismo, los artículos 131 y 132 del Código Penal. En el intermedio, puede producirse una denuncia o querrela del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local, o «cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias» (como dice el artículo 305.4 del Código Penal), e incluso puede producirse el supuesto contemplado en el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, a tenor del cual la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte Sentencia firme, o tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, la Sentencia de 10 de octubre de 2001 condiciona la perseguibilidad del delito fiscal –en el caso concreto enjuiciado– a que dentro del plazo de vigencia de la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se hayan realizado actividades inspectoras por parte de los órganos correspondientes de la Administración de donde se deduzca de forma comprensible la persecución administrativa (eventualmente, penal) que se deduce de la presunta elusión tributaria que se investiga. Pero, en el caso resuelto por la misma –diferente al aquí enjuiciado–, se declaró que «la cuestión, como tal es irrelevante, dado que el Ministerio Público sólo se ha valido de las liquidaciones practicadas por la Agencia Tributaria. En tal situación no ofrece duda que el hecho por el que se acusó fue determinado provisionalmente después de haber decaído las facultades de la Agencia Tributaria según el artículo 64 LGT».

Sin perjuicio de la validez general que tienen las exigencias respecto de la determinación del hecho inherente al artículo 132.2 del CP, en relación con el supuesto aquí sometido a nuestra consideración, debemos declarar que no se requiere propiamente liquidación, ni siquiera provisional de carácter administrativo (como en el caso de la STS de 10-10-2001), porque tal liquidación corresponderá a los órganos judiciales en fase de enjuiciamiento, los cuales determinarán el alcance de la cuantificación eludida por el acusado, superior siempre a la cantidad de quince millones de pesetas, que es el elemento normativo que cualifica el delito, y ello porque del tenor del artículo 66 de la LGT, los plazos de prescripción correspondientes se interrumpen –en la vía administrativa– por cualquier acción de la Administración Tributaria, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible, e incluso por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, que deberá naturalmente paralizarse en caso de pasar el tanto de culpa a los Tribunales, mediante acción ordinariamente activada por el Ministerio Fiscal. Tal interrupción de la prescripción administrativa, será ajena a la penal, por el principio de independencia que se predica de ambas clases de infracciones y sus correspondientes resortes interruptores.

En segundo lugar, hemos de destacar que la doctrina que tal Sentencia mantiene, en el caso que resuelve, se proyecta sobre aquellos supuestos (como el enjuiciado en la misma) en que la Administración tributaria tenía todos los elementos necesarios

para iniciar una acción inspectora, y sin embargo, no se practicó, por ninguno de los mecanismos anteriormente citados, pero no es trasladable al caso de autos, en que los datos de donde se deduce la infracción criminal aparecen como consecuencia de la instrucción procesal, investigación judicial que permite al Juez, una vez que tiene conocimiento de la *notitia criminis*, a través de los diversos modos que puede ingresar en el proceso penal, con una determinación indiciaria, al menos, respecto del ilícito investigado, y que permita conocer el alcance de la imputación, con la determinación que ya hemos puesto de manifiesto, en anteriores fundamentos jurídicos, pues en este caso no puede decirse que sea necesaria la liquidación administrativa previa, por no contar con tales datos la Administración tributaria, y estar sin embargo el delito en condiciones de ser perseguido, por no haber transcurrido aún el plazo de prescripción a que hace referencia el artículo 131 del Código Penal (en relación con el 132.2). En otras palabras, la STS 10-10-2001 se refiere sólo a las ocasiones en que la Agencia Tributaria tenía en su poder los elementos para determinar el impuesto evadido y en los que el Fiscal sólo se ha valido de las liquidaciones provisionales que le proporcionó la Agencia Tributaria, como hemos dejado transcrito más arriba.

En suma, estas condiciones no se cumplen en el supuesto ahora enjuiciado, sometido a nuestra revisión casacional, toda vez que la Agencia Tributaria no tenía en su poder los elementos referentes a la base imponible (real) que sólo fueron puestos de manifiesto por la investigación judicial y ello impedía notoriamente toda posibilidad de una liquidación provisional. Ante tal coyuntura, en que la actividad inspectora llevada a cabo por la Agencia Tributaria no tuviera los elementos completos del hecho imponible, ni su base tributaria, porque los mismos han provenido en el curso –y como consecuencia– de una investigación judicial, la determinación del hecho criminal dentro del plazo de prescripción del delito no dependerá de tal actuación administrativa.

De manera que resuelta así la incidencia de la norma extrapenal cuestionada, el recurrente condiciona como núcleo central de su censura casacional, y ésta es también la respuesta de la Sala sentenciadora, que «la prescripción del derecho a determinar la deuda con la consiguiente extinción de la obligación tributaria supone una automática regularización de la situación tributaria del contribuyente». Y ello en relación con la excusa absoluta que prevé la extinción de la responsabilidad penal por la regularización de la situación tributaria del contribuyente, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero del artículo 349 del Código Penal 1973, siempre que tal regularización se produzca antes de que le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización o, antes también, en caso de querrela o denuncia dirigida contra el imputado, o cuando el Ministerio fiscal o el Juez Instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.

Desde esta perspectiva, el motivo tiene que ser desestimado, por las siguientes razones: *a)* la regularización prevista en el mencionado precepto como excusa absoluta tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en razones de utilidad que subyacen en toda excusa absoluta, lo que no concurre cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (STS 6-11-2000); *b)* regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago, lo que no se puede producir de forma automática en virtud de transcurso de los plazos prescriptivos, por tratarse de conceptos jurídicos diversos; *c)* tiene un componente temporal delimitado en la ley penal: antes de las actuaciones

inspectoras de la Administración, o del inicio del proceso penal mediante querrela o denuncia (o de la propia actuación del Juez Instructor, según resulta de la literalidad del precepto), que en modo alguno se ha cumplido en el caso enjuiciado, y que se proyectaría hasta que se produzcan tales actos procesales, siempre que la deuda tributaria esté en condiciones de ser perseguida fiscalmente; *d)* en definitiva, el fundamento de aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento.

Nada de ello se produce en estos autos, ni consta naturalmente en los hechos probados de la Sentencia recurrida. No existiendo, pues, intento alguno de regularización fiscal por parte del contribuyente, y estando en vigor la acción penal para perseguir el delito, no puede hablarse de incidencia alguna en esta materia de la nueva Ley invocada, al menos en los términos anteriormente referidos, particularmente en el plazo de prescripción, porque éste lo marca la norma penal en el artículo 131 (desarrollado en el 132.2 del Código Penal), y este plazo no se encuentra derogado por la Ley 1/1998, según doctrina de las SSTs 6-11-2000 y 10-10-2001. En suma, con relación al ejercicio fiscal de 1989, el delito se consumó el día 20 de junio de 1990, se persiguió penalmente antes del transcurso de los cinco años, mediante la apertura de las correspondientes diligencias penales, que interrumpieron la prescripción, y las actuaciones inspectoras de la Administración (14-11-1994) se incoaron cuando la Administración no contaba con todos los elementos necesarios para su configuración, pero estaba vigente el delito para poder ser perseguido, toda vez que tales datos quedaron puestos de manifiesto una vez que la investigación procesal fue avanzando, lo que ocurre, en definitiva, con cualquier delito que se denuncia antes del transcurso de la prescripción delictiva, con tal que dicho mecanismo tenga los elementos necesarios para indiciariamente poner de manifiesto la presunta comisión criminal, pero no la entera comprobación de todos los datos integradores de sus requisitos legales, datos éstos que resultan precisamente de la instrucción criminal.

Queda, por último, destacar que tal incidencia, descartada, tiene trascendencia respecto al delito relacionado con el ejercicio fiscal de 1989, pero nada le afecta a los delitos cometidos por el inculpado en los ejercicios 1991 y 1993.

(Sentencia de 30 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 133

*No cabe sumar las diversas penas impuestas en la sentencia, sino que hay que examinar la prescripción individualizada de cada una de las mismas*

Cuarto.—Respecto al otro obstáculo jurídico argüido por la Sala de origen para excluir la aplicación de la prescripción, entiende este Tribunal de casación que es incorrecta la consideración global de la pena, a efectos de precisar el término prescriptivo.

Con manifiesto error la Audiencia aduce que en los supuestos de concurso real de delitos, debe tenerse como pena, la resultante de sumar las distintas penas impuestas, o el límite de cumplimiento, previsto en el actual artículo 76 del CP, artículo 71-1.º

Cuando el artículo 133 del Código Penal actual (y el 115 del precedente) enumeran las penas y su duración, a efectos prescriptivos, hay que entender, sin ningún

género de dudas, que son las penas impuestas a los delitos. No existe un delito, al que se le asigne como marco penal abstracto 18 años y 3 días o 15 años, respectivamente.

Una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas.

Como puntualiza el Ministerio Fiscal habrá que estar a la pena impuesta y no al resultado del límite máximo, cuyo sentido es de favorecer al reo y no computarlo como pena que supondría un perjuicio, por alargar el plazo prescriptivo, como si de un delito más grave se tratara. Tal artificiosa interpretación, ni la prevee la ley penal, ni da base para ello.

(Sentencia de 29 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 138

### *Autoría material y directa y participación adhesiva en homicidio*

Cuarto.—Trataremos conjuntamente los tres primeros motivos del recurso de esta recurrente, todos ellos formalizados por infracción de ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y consecuentemente con pleno respeto a los hechos probados de la Sentencia de instancia, ya que en todos ellos pretende combatir la consideración de autora material del homicidio consumado, y admite en cambio la calificación jurídica, de forma participativa, como autora de un delito lesiones en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente, o al menos, como cómplice del autor material, considerando infringidos los artículos 138, 147.1, 142, 77 y 28 del Código Penal.

Para dar la oportuna respuesta casacional, hemos naturalmente de referirnos a los hechos probados de la Sentencia de instancia. En ellos se expone como Francisco y Nieves, molestos por la denuncia que Pedro F. Ch. había formulado ante la Guardia Civil por hurto en su vivienda, decidieron entre ambos volver al domicilio del denunciante «para apoderarse del dinero que tuviera con la intención de agredirle hasta que les entregara el dinero y en represalia por haber formulado la anterior denuncia»; para ello, con el concurso de Agustín R. C., acudieron «provistos de un hacha», ya en el interior de la vivienda, cuya puerta fue forzada por Agustín, que asustado por la presencia del propietario abandonó el lugar, continuaron los dos procesados, Francisco y Nieves, propinando el primero a la víctima la brutal paliza a la que ya nos hemos referido, mientras le decía que si no le daba todo el dinero que tuviera «lo mataba», abandonando moribundo a Pedro, que fue encontrado a la mañana siguiente desnudo y ensangrentado sobre una cama, y acto seguido se repartieron el dinero obtenido fruto del botín entre ambos. La Sala sentenciadora también refleja que «mientras tanto Nieves G. A. que estaba presente no consta que acometiera a Pedro F. Ch.».

La autoría material que describe el artículo 28 del Código Penal («quienes realizan el hecho por sí solos»), no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo según dispone el Código Penal es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del

autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será captar quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La Sentencia recurrida declara que aunque Nieves no propinara ningún golpe a la víctima, estuvo presente en todo el conjunto del desarrollo de la acción, sin actuar en momento alguno en la defensa del acometido, y asumiendo desde el principio, en virtud del dolo eventual, las consecuencias de la acción, declarando que la *societas scaeleris* produce idéntica responsabilidad en todos los partícipes, hasta donde llegue el acuerdo.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado en el precedente citado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

La jurisprudencia de esta Sala (SS. de 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000), ha admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; 2) que posteriormente otro u otros ensambren su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento y 4) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En el caso sometido a nuestra consideración, la recurrente participa en la ideación criminal, en represalia a la denuncia cursada por la víctima, y junto a su compañero Francisco, decide ir a la vivienda de aquélla para agredirle y para exigirle todo el dinero que tenga. Dentro de ese pacto, convenido entre ambos, se enmarca el arma que portan, un hacha, del que van provistos dice el *factum*, y que tiene suficiente entidad mortífera, frente a una persona de ostensible edad con relación a los copartícipes y que vive solo; tras la entrada en la vivienda, se fuerza la voluntad de la víctima en la exigencia del dinero, propinándole una brutal paliza, que le deja medio muerto en la cama (y que tendría después el fatal desenlace acontecido), mientras Francisco habla en el curso de la agresión de matarle si no doblega su voluntad (y como represalia por la actuación anterior); finalmente, se reparten ambos partícipes el dinero obtenido, fruto del botín. De manera que aunque la procesada recurrente no realizara actos ejecutivos dirigidos a vulnerar la integridad física de la víctima, su adhesión expresa al pacto criminal y el conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, su misma presencia física, coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su posibilidad participativa cuando se hiciera necesaria, su disponibilidad intimidatoria, su misma inactividad no impidiendo la producción del resultado, ni

desentendiéndose de forma alguna de lo que allí ocurría y, en fin, su propia posición de garante ante el ilícito, la convierten igualmente en coautora material. De la fórmula del nuevo artículo 11 de nuestro Código Penal puede hoy construirse una autoría por comisión por omisión, cuando el omitente ha creado el riesgo mismo para el bien jurídico protegido, mediante una acción u omisión precedente, que no tiene por qué ser lícita, y que puede ser, y lo será con frecuencia, ilícitamente provocada mediante una acción delictiva. A nadie se le ocurriría negar en el ejemplo, algunas veces puesto en las resoluciones de esta Sala, que en el supuesto de tres atacadores, uno de los cuales amenaza con su arma a los empleados y clientes, el segundo se apodera materialmente del dinero y un tercero se limita a encontrarse presente, sin exhibir arma, en el caso de homicidio de uno de los atacados, no considerar a los tres autores materiales tanto del robo como del homicidio. Y ello porque los tres están dispuestos, con su presencia, a intervenir en caso necesario, para la consecución del fin criminal, previamente acordado por todos los copartícipes. Dentro del elemento subjetivo denominado *animus adiuuandi*, caben formas de participación no ejecutiva como la participación activa por vigilancia, refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso la participación en comisión por omisión. Se ha dicho también que la no oposición del copartícipe actuando en contra del proceso iniciado por los coprocesados por la acción delictiva, o la falta de abandono del lugar del suceso (como aquí ocurrió en el caso de Agustín R. C.) o el no desentenderse de forma alguna, permite ya obtener una primera convicción de su voluntad participativa, pues de otro modo no se entiende que sus acompañantes le permitan contemplar lo que realizan, convirtiéndose en un testigo incómodo. No tiene tampoco sentido quedarse, precisamente mediante la adhesión al proceso delictivo, si no se espera compartir los beneficios que pueda proporcionar. Desde el punto de vista objetivo, su actuación se traduce en el refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario, incluso con actos de vigilancia ante la presencia de terceros por el lugar que pudieran contribuir a desbaratar la acción criminal con su actuación en defensa de la víctima, una especial disposición a reforzar también la voluntad delictiva de su compañero, e incluso su responsabilidad legal por haber favorecido la causación del resultado en comisión por omisión. A los efectos de descartar la complicidad propuesta por la defensa, cabría señalar que un destacado sector doctrinal estima innecesaria la posición de garante para la responsabilidad como cómplice, pues de concurrir dicha posición, la responsabilidad se produce en concepto de autor. De otro lado, no puede hablarse de una colaboración auxiliar de quien con su presencia alienta el resultado, favorece y refuerza la disposición del autor ejecutivo, realiza actos de colaboración imprescindibles como la actuación vigilante y la intervención en caso necesario, ofreciendo su disponibilidad para la consecución del fin ideado y planeado de antemano, y por fin, se aprovecha de los efectos del botín obtenido, mediante su reparto. Y naturalmente no puede romperse el título de imputación, como también pretende la recurrente, en la construcción delictiva que ofrece como solución punitiva para el enjuiciamiento del caso sometido a nuestra consideración.

Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (cfr. Sentencias de 14 enero 1985, 12 abril 1986, 22

febrero 1988, 30 noviembre 1989, 21 febrero 1990, 9 octubre 1992 y 17 octubre 1995, entre otras muchas).

Por las razones expuestas, se desestiman los motivos estudiados.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 139.1

### *La alevosía no es incompatible con la apreciación de dolo eventual*

Primero.—(...) También se plantea incidentalmente la compatibilidad del dolo eventual con la alevosía, que cualifica el delito de asesinato.

Esta Sala ya expresó en nuestra Sentencia de 21-1-1997, que 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 sirve con 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 (Sentencia de 21-6-1999, que seguimos). 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).

Por su parte, la alevosía según tiene declarado esta Sala, requiere para poder ser apreciada:

a) en cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima;

b) en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la inde-

fensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar; y

c) que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS. de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992). En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se halla en aniquilar las posibilidades de defensa.

Tres son las modalidades de la alevosía admitidas jurisprudencialmente:

a) la proditoria que, como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa;

b) la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevisible, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución; y

c) la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento, en este caso como característica más genuina de la cobardía común (Sentencia citada de 21-6-1999).

Como reiteradamente afirma esta Sala, para concluir que existe alevosía tienen que examinarse cuantos datos se han manifestado alrededor del hecho criminal. Datos externos que afirman, de un lado, la manera de la agresión según las manifestaciones de los presentes, algunas veces también por medio de signos puramente objetivos, y, de otro, el pensamiento íntimo del agresor, más difícil de acreditar, a través de análogos medios de prueba (SS. 24-11 y 3-2-1995 y 26-3-1997).

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, 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 a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el acusado se situó sigilosamente en el rellano de la primera planta del edificio que constituía el domicilio de Esther G. L., a las 7.50 horas del día 19 de junio de 1998, esperando su salida; cuando «salió de su domicilio, Cipriano Alberto F. O. se abalanzó de improviso sobre ella y, sin darle tiempo a reaccionar, le asestó una puñalada», en la zona pectoral, con el ánimo descrito (dolo eventual) que le afectó al corazón y otros órganos y estructuras vitales, causándole la muerte, no obstante haber recibido asistencia médica. Tal compatibilidad es declarada igualmente por la Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1997.

Se desestima, por consiguiente, este apartado del motivo.

(Sentencia de 4 de junio de 2001)

### *Criterios de inferencia del animus necandi alevoso*

Quinto.—El sexto motivo, formalizado por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 148-1.º del Código Penal (lesiones causadas por arma o instrumento peligroso). Cuestiona, en definitiva, el recurrente la concurrencia de *animus necandi* en el procesado, y la consecuente intención del mismo meramente de lesionar y no de matar. La doctrina de esta Sala viene afirmando que para la calificación de una determinada agresión como delito de lesiones o de homicidio o asesinato intentado, ha de atenderse al ánimo del

autor que, salvo casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado guiado por *animus necandi*, en la mayoría de los supuestos debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho.

La Sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 1999, recoge que la jurisprudencia ha venido estableciendo como punto de referencia para determinar la existencia de ánimo homicida, la concurrencia de una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor. Desde esta perspectiva podemos señalar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima.
- b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido.
- c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas.
- d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal.
- e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar.
- f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar.
- g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital.
- h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos.
- i) Conducta posterior del autor.

Desde esta perspectiva, hemos de analizar el razonamiento que lleva a cabo la Sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, deduciendo el ánimo homicida de la situación previa de enemistad entre el procesado y la víctima, al punto que le había causado, fruto de una pelea anterior, una herida en la cabeza (José Manuel a Amador); el ataque fue inopinado y sorpresivo (así lo recoge el *factum*, intangible dada la vía elegida por el recurrente); la zona atacada es vital, como todo el mundo conoce (abdomen: zona del peritoneo intestinal); las heridas hubieran causado una muerte segura (informe pericial forense); el instrumento utilizado fue clavado con fuerza e intensidad penetrante; por último, la repetición en los golpes o la utilización de una arma con diversas cuchillas (a la postre es lo mismo), puesto que su efecto mortífero se multiplica, son elementos suficientemente expresivos para calificar el dolo como de homicida, sin duda alguna.

Se desestima el motivo.

Sexto.—El séptimo motivo, también formalizado por infracción de ley del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de la circunstancia agravante de alevosía cualificatoria del asesinato; en realidad el recurrente articula tal motivo sobre la base del motivo casacional por error de hecho en la apreciación de la prueba y con carácter subsidiario respecto del anterior, lo que debilita ahora su planteamiento, una vez rechazado el aludido *error facti*, aunque, en todo caso, daremos respuesta judicial a tal reproche.

Es verdad que la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido el carácter mixto de la agravante de alevosía, en la que se aprecia un plus de antijuridicidad y de culpabilidad, destacándose igualmente las finalidades aseguratorias para la ejecución y para el actuante, con la indefensión de la víctima, por lo que se requiere no solamente la presencia del dolo en la acción del agente, sino el tendencial ánimo dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuente con lo proyectado y representado, no precisando una previa excogitación o selección de medios disponi-

bles, pero en el caso enjuiciado, según se recoge en el intangible *factum*, tras pasar José Manuel R. C. por la puerta de su domicilio, Amador llamó a aquél por su apodo, «Ch.», y éste se dio la vuelta y se dirigió hacia él, poniéndole la mano en el hombro, momento en que Amador sacó un cuchillo y lo clavó dos veces en el abdomen de José Manuel y otra vez más en el tórax. Es evidente que tal reacción se produjo de forma súbita e inesperada, repentina, evitando en consecuencia cualquier tipo de defensa a la víctima, que se encontraba desprevenida, y cuyo acto –poner la mano en el hombro– no es signo alguno de acometimiento, sino todo lo contrario. Tal ataque repentino e inesperado ha sido considerado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala como alevoso, siempre que objetivamente se integren sus elementos esenciales y subjetivamente haya sido abarcado por el dolo del autor como situación en que se aprovecha la indefensión de la víctima.

Se desestima, en consecuencia, el motivo.

(Sentencia de 22 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 142

*Concepto de imprudencia grave: cabe tanto la culpa consciente como la inconsciente. Existe en el conductor que se queda dormido invadiendo la izquierda de la calzada, colisionando con vehículo que circulaba en sentido contrario, causando la muerte a su conductora y lesiones graves a la acompañante*

Tercero.–(...) En un segundo apartado, el recurrente reprocha la subsunción jurídica de los hechos enjuiciados en el marco legal de la imprudencia grave, de los artículos 142, párrafos primero y segundo, del Código Penal 1995, y 152.1, párrafos primero y segundo, del propio Cuerpo punitivo, cuya incorrecta aplicación denuncia, dentro propiamente de los parámetros procesales del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sirve de cauce instrumental en la formalización del motivo.

Desde esta perspectiva, los hechos probados por la Sentencia recurrida exponen que el día 27 de julio de 1997, sobre las 9.15 horas el acusado conducía el turismo C-...-BG por el tramo que se describe en el *factum*, y a consecuencia del cansancio acumulado por no haber dormido nada durante la noche anterior, perdió el control del móvil, que invadió totalmente el carril contrario, delimitado por línea continua, por donde transitaba orillado a su derecha el vehículo C-...-BK, impactando sobre el mismo, falleciendo su conductora, doña Josefa Francisca S. y resultando con gravísimas lesiones su madre, doña Amalia S. G., que ocupaba el asiento delantero derecho. También resultó con graves lesiones, igualmente descritas en el relato histórico de la Sentencia de instancia, el ocupante del vehículo conducido por el acusado, don Marcos S. F.

La imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa y más inexcusable omisión de las precauciones más elementales que aun a la persona menos cuidadosa deben exigírsele.

El homicidio por imprudencia se encuentra regulado en el artículo 142 del Código Penal, que alude a la imprudencia grave, equivalente a la imprudencia temeraria del derogado, como dicen las Sentencias de esta Sala de 28 de junio de 1999 y 27 de junio de 2000. 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; en definitiva, se 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 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. En la jurisprudencia de esta Sala 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. Y este mismo módulo es aplicable al delito tipificado en el artículo 152 del Código Penal.

Al conductor le constaba el estado de fatiga y sopor en que se encontraba (había estado toda la noche consumiendo bebidas en varios establecimientos, sin dormir, salvo un rato la tarde anterior, creando una situación de riesgo), lo que originó la invasión completa del eje contrario por donde circulaba correctamente la conductora del vehículo adverso (que falleció como consecuencia del impacto), y prevaleció la voluntad de, a pesar de ello, continuar conduciendo sin interrupción y descanso, originando tan luctuoso resultado, lo que supone una culpa consciente desdenosa del riesgo previsto, omitiendo el prevenirlo. El sueño fue involuntario, pero sobrevino tras anunciarlo la somnolencia. No se puede entender ni remotamente que, en esas circunstancias, concurre otro módulo más leve de responsabilidad, como pretende el recurrente. La jurisprudencia ha calificado la imprevisión en casos semejantes como conducta temeraria –Sentencias de 31-3-1971, 9-3-1973, 26-6, 11-10 y 30-11-1973, 10-5-1976, 3-6-1977 y 4-5-1979 entre otras–. Este apartado del recurso debe, en consecuencia, ser desestimado.

(Sentencia de 8 de mayo de 2001)

*Accidente de construcción: ordenar a empleado, del que se conoce su escasa preparación, para que suba a una escalera incorrectamente colocada*

Primero.–Se denuncia infracción de Ley en el primer motivo del recurso, que alega aplicación indebida al caso del artículo 141.1.º del Código Penal y, también indebida, inaplicación del 621.1.º del mismo cuerpo legal. Entiende el recurrente que la imprudencia que a su conducta se atribuye debe ser calificada de leve por existir una concurrencia de culpas: la de los trabajadores de la empresa CUMET, a la que se había encomendado por subcontrata la instalación de la cubierta de la nave industrial que se construía, al colocar una escalera defectuosa y por las instrucciones dadas por los mismos para que el luego fallecido bajara por ella, y el concurso para el resultado de la propia víctima que había consumido una excesiva cantidad de alcohol del que tenía, todavía al practicarse la autopsia, 0,6 por litro de sangre.

La cuestión que plantea el motivo es la de la calificación que merece la imprudencia observada en la conducta del acusado que ahora recurre. Ante todo hay que decir que, conceptualmente, nada obsta para que, cuando en la causación de un resul-

tado hayan concurrido varias conductas culposas de distintos agentes, la gravedad de cada una de ellas pueda ser de distinto grado y gravedad. Por lo tanto la concurrencia de plurales imprudencias no puede determinar automáticamente la degradación de todas para tener que calificarlas de leves sino que, sin perjuicio de la concurrencia de varias para el resultado, unas pueden ser graves y otras menos graves o leves, según la entidad del descuido de expectativas socialmente exigibles y la del deber objetivo de cuidados omitidos. Porque para poder estimar la existencia de una infracción cometida por imprudencia, se requiere que exista: 1.º) una acción u omisión voluntaria pero carente en absoluto de intencionalidad maliciosa sea directa o por dolo eventual, 2.º) la existencia de un factor normativo consistente en un conjunto de reglas en cuyo cumplimiento funda la comunidad una racional expectativa de evitación de riesgos y peligros para la misma o para miembros de ella, 3.º) la concurrencia de un factor psicológico que determina o propicia la concreción de alguno de los riesgos o peligros socialmente indeseables y que consiste en la omisión por el sujeto de un racional conocimiento previo de las consecuencias nocivas previsibles y evitables de su acción u omisión, y que puede ser calificable de mayor o menor gradación en cada caso concreto, 4.º) la existencia de un daño relacionado como resultado en vía causal con la acción u omisión realizada y 5.º) desde la vigencia del Código Penal de 1995, se precisa que la punición de acciones u omisiones imprudentes esté expresamente recogida en la Ley, con lo que se perfecciona la exigencia del principio de legalidad (sentencias innumerables de esta Sala de las que puede citarse como compendiadora de todas la de 14 de febrero de 1997).

En el presente caso el nocivo resultado del fallecimiento de una persona que trabajaba en unas obras de construcción se debió en vía causal a una concatenación de imprudencias de varias personas que descuidaron la adopción de previsiones que era lógico adoptar en evitación de riesgos como el que se concretó en el caso.

En cuanto al actual recurrente se aprecia que su obligación de cuidado era notablemente relevante puesto que era el jefe de la obra que se realizaba y que tenía obligación de controlar todos los aspectos de su realización, y naturalmente, entre ellos la previsión y la evitación de peligros y riesgos para los operarios que, en ella trabajaban. En este sentido la colocación incorrecta de una escalera de más de siete metros de altura compuesta por dos anudadas entre sí, una a continuación de otra, con omisión de calzos adecuados en su base y sin que rebasara en su parte superior el borde de la cubierta, situación en que estuvo y pudo ser vista al menos cuatro días, debió haber sido objeto de su observación y de la adopción de las disposiciones requeridas determinadas por la evidente necesidad de cambiarla por otra más segura. Y, tras ello, por no haber controlado suficientemente las condiciones de la escalera, o pese a conocerlas, encargó a un obrero que sabía no estaba especialmente capacitado para realizar trabajos en lugares situados en alto, que allí se subiera sin dotarle tampoco de un arnés o dispositivo que impidiera la caída. La entidad de la obligación de cuidado que sobre el acusado, que ahora recurre, recaía y la consecuente importancia de su descuido al no adoptar las precauciones necesarias para evitar los riesgos para el obrero a quien ordenó la actuación peligrosa, y que determinaron el resultado de su caída y fallecimiento, ha sido correctamente calificada de grave en la sentencia recurrida y encuadrada tal conducta en el artículo 142.1 del vigente Código Penal que sanciona la muerte causada por imprudencia grave.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 17 de mayo de 2001)

*No existe homicidio por imprudencia grave en quien comparte frasco de metadona con menor de 15 años, el que consume posteriormente alcohol y tranxilium, potenciándose el efecto de la metadona y produciéndose la muerte del menor, lo que no era previsible por el acusado, máxime teniendo en cuenta su coeficiente intelectual y su drogadicción*

Tercero.—Veamos ahora qué sucede respecto del otro delito por el que condenó la sentencia recurrida: el de imprudencia grave en relación con la muerte de Iván.

A este tema se refiere el motivo 2.º, en el cual, por la misma vía del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora denunciando aplicación indebida del artículo 142.1 CP.

Como ya hemos dicho, a consecuencia de la ingestión de la metadona, «cuyos efectos se potenciaron por el consumo de alcohol y psicotropos», según expresa literalmente la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, se produjo el fallecimiento de Iván.

El recurrente razona acerca de la falta de relación de causalidad entre el comportamiento del acusado, consistente en permitir que Iván se bebiera la naranjada con metadona, y el resultado del fallecimiento de este último, aduciendo que este fallecimiento no se habría producido por la sola acción de la metadona que, si contribuyó al mencionado resultado, lo fue por haber ido acompañada (después) por la ingestión de alcohol y Tranxilium, sustancias que potenciaron los efectos de la metadona, de modo que sólo la conjunción de todo fue capaz de producir ese fallecimiento.

Sin embargo, no es necesario acudir a este elemento de la relación de causalidad para comprobar que no existió el delito de imprudencia por el que condenó el tribunal de instancia.

Nos basta examinar el mismo concepto de imprudencia punible para llegar a un pronunciamiento absolutorio, concepto que en la doctrina actual gira acerca de una idea clave: la infracción de un deber de cuidado. Si por acción u omisión una persona no observa el cuidado que le es exigible en una determinada situación, y como consecuencia de tal infracción se produce un resultado tipificado como delito de los que pueden cometerse por imprudencia (art. 12 CP), hay imprudencia punible.

En el presente caso sí nos hallamos ante un delito, el de homicidio, que es punible como delito si se comete por imprudencia grave (art. 142) o como falta si lo es por imprudencia leve (art. 621.2).

Pero entendemos que en la conducta de David no existió imprudencia de ninguna clase en relación con el fallecimiento de Iván.

Es claro que David sabía que la metadona que le era suministrada gratuitamente por el organismo público correspondiente, como tratamiento para combatir su adicción a la heroína, se le entregaba a él para su consumo personal en su domicilio, de modo que no estaba autorizado para compartirlo con nadie. Lo sabía, y por eso inicialmente se negó a acceder a los ruegos de Iván, aunque finalmente sí le permitió que se bebiera la otra mitad del frasco de naranjada que contenía su dosis de metadona para la mitad de ese día.

Pero tal conocimiento no es suficiente para afirmar la existencia de homicidio cometido por imprudencia, tanto grave como leve.

Sabido es cómo la previsibilidad es un concepto clave a los efectos de determinar cuándo existe una imprudencia punible. Sólo respecto de lo previsible cabe infringir un deber de cuidado. Previsible, en estos casos, es aquello que el sujeto puede alcanzar a conocer como resultado de su conducta. Cuando efectivamente se prevé ese

resultado nos encontramos ante la llamada culpa consciente o con previsión. Si no lo previó, pero tenía que haberlo previsto porque, según sus capacidades concretas, tal le era exigible, dado que otras personas en esas mismas circunstancias ordinariamente sí alcanzan a conocer ese resultado como consecuencia de ese comportamiento, nos hallamos ante la culpa sin previsión o culpa inconsciente. (Utilizamos aquí el concepto culpa como equivalente a imprudencia.)

El comportamiento por el cual la Audiencia Provincial condenó a David por delito de homicidio causado por imprudencia grave (art. 142.1) consistió, como venimos diciendo, en haber accedido a que Iván tomase esa mitad del frasco de naranjada que contenía la metadona que David tenía prescrita como una de las dos dosis que ingería al día según el tratamiento a que estaba sometido.

Parece en principio lógico entender que él, sólo en base a estos datos, no pudiera prever la muerte de Iván. Parece deducirse de los informes médicos que se necesitó el alcohol que tenía la cerveza y la sustancia psicotrópica que estaba en el Tranxilium para que esa ingestión de metadona pudiera producir el fatal desenlace. Esta cuestión no aparece solucionada con claridad ni en la sentencia recurrida ni tampoco en los mencionados informes médicos.

Estimamos que David sabía que la metadona que permitió que tomase Iván podía producir a éste algún trastorno, dado que él (Iván) no tomaba esta clase de sustancias. Pero asimismo entendemos que no podía ni siquiera imaginar que esos trastornos pudieran ser tan graves que llegaran a acarrear su fallecimiento.

Y esto respecto de cualquier persona normal, pues nos parece adecuado pensar que lo que una persona de 23 años (David) toma dos veces por día durante muchos días como tratamiento médico no va a producir la muerte de un adolescente de 15 años (Iván).

Pero es que David que, repetimos, tenía 23 años, aparte de que era un adicto grave a la heroína (sólo para esta clase de adictos está previsto el tratamiento con metadona), era oligofrénico, si bien de carácter leve, pues tenía un cociente intelectual del 69 por 100. La propia sentencia recurrida reconoce estas dos circunstancias y en base a ellas aplicó la eximente incompleta del artículo 21.1.º en relación con el 20.1 CP respecto del delito contra la salud pública, reconociendo así su imputabilidad disminuida.

Pues bien, tales circunstancias (CI del 69%, y heroínómano grave) que limitan la capacidad de entender a los efectos de medir la imputabilidad en la comisión de hechos delictivos, de la misma manera ha de influir también en la capacidad de previsión en casos como el que estamos examinando. Si respecto de una persona normal pudiera existir alguna duda con relación a la previsibilidad de la muerte en las circunstancias expuestas (ya hemos dicho que nosotros entendemos que tal previsibilidad no es exigible a una persona normal), desde luego tal duda habría de desvanecerse a la vista de las condiciones referidas concurrentes en la persona de David (su CI y su drogadicción).

En conclusión, entendemos que en el caso que estamos examinando no hubo por parte de David posibilidad de prever que de su conducta (acceder a que Iván se tomase medio frasco de naranjada con metadona) pudiera derivarse el fallecimiento de este último.

Si no hubo previsibilidad no cabe hablar de infracción del deber de cuidado, pues ningún cuidado podía tener en su comportamiento respecto de la producción de un resultado que no podía prever.

No hubo delito de homicidio por imprudencia grave (tampoco falta por imprudencia leve): ha de estimarse este motivo 2.º

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

*Riesgos que se crean en las relaciones laborales. Infracción del deber de cuidado por arquitecto técnico y empresario al no haber puesto las medidas de seguridad en hueco de escalera, no alcanzando responsabilidad penal a encargado de la obra o al arquitecto de la misma*

Cuarto.—En la doctrina actual la idea central en materia de imprudencia punible gira alrededor de un concepto esencial: la infracción de un deber de cuidado. Si como consecuencia de tal infracción se produce un resultado previsto por un precepto concreto de la ley como infracción penal por imprudencia, nos encontramos ante el delito o falta de esa clase. Cuando tal resultado es la muerte de una persona, si la imprudencia es grave, estamos ante el delito del artículo 142 CP, y si es leve ante la falta del artículo 621.2.

La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conlleven determinados riesgos; pero, como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas.

En el ámbito de las relaciones laborales la actividad empresarial genera múltiples riesgos de producción de daños en los trabajadores, lo que constituye uno de los problemas más graves en todos los países industrializados: los accidentes de trabajo. Ello requiere una legislación protectora del trabajador muy minuciosa en cuanto que regula todas y cada una de las actividades empresariales con mandatos y prohibiciones específicas tendentes a reducir al mínimo posible estos hechos que tan graves daños producen en los afectados y en sus familias, y en definitiva en toda la sociedad.

La legislación española no es ajena a estas regulaciones. Aparte de la Ordenanza General sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo, que tiene fecha de 9-3-1971, hay luego otras que regulan cada una de esas actividades. La Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28-8-1970, es la aplicable, entre otras materias, a la construcción de edificios, tema del presente proceso penal. Luego, en los convenios colectivos a veces se acuerdan entre empresarios y trabajadores otras normas de seguridad. Todo ello constituye un entramado de preceptos reglamentarios de cada una de las actividades empresariales, que aparece ahora coronado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales. Esto tiene una singular importancia en el ámbito de la construcción donde el riesgo de accidente de trabajo es mayor que en otro tipo de empresas, lo que alcanza su máximo nivel cuando se refiere a la construcción de edificios, como es el caso presente, en que el accidente laboral se produjo en el levantamiento de una edificación de tres plantas, cuando con apoyo en la segunda planta los obreros estaban ya trabajando en la realización del suelo de la última de ellas.

Particular importancia tiene para el caso aquí examinado el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, que para todos los proyectos de construcción declara obligatoria la confección de un Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo que tiene que desarrollar la problemática específica sobre esta materia en relación con las características de cada obra, estudio que luego el Real Decreto 84/1990, de 19

de enero, en cuanto se refiere a las obras de arquitectura, encomienda concretamente al aparejador o arquitecto técnico, como profesional específicamente encargado de las cuestiones de seguridad e higiene, tal y como ya tenía establecido el Decreto 265/1971, de 19 de febrero. Tal estudio, conforme a estas normas, ha de acompañar al correspondiente proyecto y es requisito necesario para el visado por el colegio profesional respectivo, para la expedición de la licencia municipal y para las demás autorizaciones y trámites por parte de las distintas administraciones públicas.

Este Estudio de Seguridad e Higiene tiene que recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleva la obra, y luego es la base del Plan de Seguridad e Higiene que ha de hacer el empresario y ha de aprobar el autor del estudio referido, de modo que ha de servir de base para la posterior vigilancia que ha de desarrollar el aparejador o arquitecto técnico (en estos casos de obras de arquitectura) que queda facultado para, incluso, paralizar la obra, o el trabajo correspondiente, si las medidas de seguridad e higiene así previstas no se respetan (art. 8.2 del mencionado RD 555/1986, modificado por el 84/1990).

Quinto.—En el caso presente se produjo un hecho que, por sí mismo, desde un punto de vista objetivo, ya revela la infracción de un deber de cuidado: había un hueco de escalera sin protección alguna junto al cual estaban trabajando unos obreros, en la planta 2.ª, para levantar el entramado de la 3.ª. Uno de tales obreros, que trataba de colocar un puntal del techo de esa planta 2.ª, dio unos pasos hacia atrás y se precipitó al vacío por una altura de unos seis metros sufriendo un golpe en la cabeza que le produjo la muerte al cabo de tres días.

Como decimos, ya esta forma de producirse el hecho revela una conducta imprudente por parte de las personas responsables de las medidas de seguridad relativas a la protección del hueco, que eran concretamente la existencia de una barandilla de 0,90 metros, de un rodapié de 0,20, y de una mallazo de 150 x 150 x 8 milímetros, mallazo que tenía que haber sido empotrado al forjado de cada planta durante el hormigonado correspondiente.

Esto mandaba el estudio de seguridad que había hecho el arquitecto técnico don José H. G., que no era otra cosa que la concreción para esta obra de las medidas de precaución ordenadas de una manera genérica por los artículos 14.3 y 45 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, y más concretamente por los artículos 20.3 y 21.1 de la Ordenanza General de 9-3-1971 y 187 de la Ordenanza sobre la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28-8-1970, tal y como aparece en el acta de la Inspección de Trabajo de los folios 142 y 143 de las Diligencias Previas de las presentes actuaciones penales.

Pese a que parece que el plan de seguridad que tenía que hacer el empresario antes de comenzar la obra, no fue realizado, entendemos que ese estudio realizado por el aparejador era conocido y vinculante para la empresa, que tuvo que acompañarlo con el proyecto para todo el trámite administrativo anterior al inicio de los trabajos.

La infracción del deber de cuidado, consecuencia de la inobservancia de esas precauciones concretas especificadas en el referido estudio de seguridad (barandilla, rodapié y mallazo), constituye la imprudencia grave de la que se derivó la existencia de un hueco de escalera sin protección alguna por donde cayó Diego S. Es evidente que tales precauciones obligatorias no podían ser sustituidas por unos simples tablores, que se pueden poner y quitar con suma facilidad y que, por ello, no ofrecían la seguridad que era necesaria y exigible por la normativa antes referida.

Y como grave ha de calificarse tal imprudencia, pues a nadie se le oculta lo sumamente peligroso que es el hecho de que unos obreros estén trabajando en una planta

de una altura ya considerable (unos 6 metros) en la colocación de puntales para la techumbre de esa planta, es decir, con su atención puesta hacia arriba, y con al menos, un hueco de futura escalera carente de protección frente al vacío. Tenían que haberse adoptado esas precauciones previstas en el estudio de seguridad (mallazo remetido, barandilla y rodapié). Si hubieran existido el fallecimiento del trabajador no se habría producido.

Sexto.—Y no puede servir de excusa la circunstancia de que existieran esos tabloneros protectores del hueco en los momentos inmediatamente anteriores al suceso que nos ocupa, porque era una medida de seguridad notoriamente insuficiente, como revela lo aquí ocurrido, y no era la exigida conforme al mencionado estudio de seguridad. Ni tampoco el hecho de que fueran los trabajadores en ese momento a realizar la protección debida para el mencionado hueco, pues sí así hubiera sido tendrían que haberse dedicado a trabajar en esa protección y no en la colocación de los puntales para el techo.

Tampoco puede ser una excusa la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, al no haberse dado cuenta de que allí estaba ese hueco de escalera, de modo que caminando hacia atrás se precipitó en el vacío. Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance. Esta es la razón de ser de las medidas de seguridad vigentes al respecto y que en la construcción de edificios han de concretarse en el preceptivo estudio de seguridad.

Todo lo expuesto revela, para el caso presente, la necesidad de esas precauciones que fueron omitidas (repetimos: barandilla, rodapié y mallazo) y que fueron causa de la caída de Diego S. por una altura de unos seis metros y, en definitiva, de su fallecimiento.

Séptimo.—Veamos ahora quiénes de los cinco acusados han de considerarse responsables de ese delito de homicidio causado por imprudencia grave del artículo 142.1 CP.

Ninguna duda puede haber respecto del arquitecto técnico, a quien, por las normas antes referidas (Decreto 265/1971 y Reales Decretos 555/1986 y 84/1990) le está específicamente encomendada la tarea de realizar el tan repetido Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que efectivamente realizó y que concreta las medidas cuya omisión en el caso presente ocasionaron el referido fallecimiento del trabajador. Como ya hemos dicho la tarea de este profesional no es sólo la realización del estudio citado, sino evidentemente la de velar por su aplicación, teniendo incluso facultades para detener los trabajos si las medidas correspondientes no se hubieran adoptado.

Y también ha de responder el empresario, a quien específicamente la legislación laboral le encomienda como tarea primordial la adopción de las medidas de seguridad correspondientes (arts. 14.3 y 45, ya citados, de la Ley 31/1995 sobre Precaución de Riesgos Laborales).

Ciertamente el empresario no responde sólo por la mera existencia de una obligación legal. Es que nos encontramos ante un hecho que necesariamente tenía que conocer el empresario acusado, la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por donde cayó el trabajador. El tenía que visitar la obra y tenía que saber que no había medidas adecuadas de protección respecto de tal hueco. El tuvo que ver los tabloneros colocados al respecto, notoriamente insuficientes como ya se ha

dicho, y pese a ello permitió que la obra continuase con tan manifiesto peligro. Entraña muchos riesgos trabajar en una planta debajo de la cual había un vacío de unos seis metros y es exigible que se adopten las medidas previstas en el estudio de seguridad correspondiente, cuya existencia conocía quien, como titular de la empresa, tuvo que utilizarlo, como complemento del correspondiente proyecto de obra en la tramitación administrativa correspondiente, lo que le imponía la obligación de conocer su contenido y de velar por que se aplicara en la obra de la cual él era el principal responsable.

Octavo.—Hay que excluir de tal responsabilidad a los demás acusados:

A) Al encargado de la obra, don Pedro Antonio N. G., porque llevaba de baja en la empresa por accidente laboral desde el 4-7-1996, casi un mes antes desde que se produjo el accidente de Diego S., tiempo que consideramos suficiente para desconectarle del hecho ocurrido y de la omisión de las precauciones que determinaron el fallecimiento de tal trabajador. Por esto no le acusó el Ministerio Fiscal, aunque sí lo hizo la acusación particular.

B) Al obrero Moisés B. C., que aparece en los hechos probados como encargado de la obra desde la mencionada fecha del 4-7-1996, aunque en realidad no ejercía como tal, respecto del cual sólo consta que se le encomendó atender a la policía y a la inspección de trabajo cuando acudieron al lugar para realizar sus respectivos cometidos.

C) Y finalmente también al arquitecto, no porque no tuviera obligaciones respecto de las medidas de seguridad, sino porque en el caso concreto sus específicas circunstancias le apartan de una posible responsabilidad criminal.

Ya dijo esta Sala (S. 18-1-1996, Fundamento de Derecho 5.º) que las obligaciones específicas del aparejador en materia de seguridad no excusan las del arquitecto superior, quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores por lo dispuesto en el artículo 10 de la Ordenanza General de 9-5-71.

Sin embargo, en este caso nos hallamos ante unas puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las cuales desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, la consideramos agotada con la impuesta aquí al arquitecto técnico, con exclusión del arquitecto superior.

(Sentencia de 5 de septiembre de 2001)

### *Estructura objetiva y subjetiva de la imprudencia. Imprudencia profesional (de ginecólogo y anestesista): concepto*

Séptimo.—(...) Apenas hace falta decir que ambos motivos de casación tendrán que ser analizados desde un marco de referencia ya intangible que es la declaración de hechos probados. Y es oportuno recordar brevemente, porque uno y otro recurrente tienden a olvidarlo en sus alegaciones, lo que en el *factum* de la Sentencia recurrida se dice sobre el desarrollo de los acontecimientos que culminaron en la muerte de la señora R. C. De un lado, se hace constar que la misma sufrió, cuando finalizaba la cesárea que se le estaba practicando, en la que intervenían los dos recurrentes, uno como ginecólogo y otro como anestesista, una pérdida de caudal sanguíneo de tal magnitud que le provocó, consecuentemente, un shok hipovolémico, una parada cardiorespiratoria, una asistolia y la muerte. De otro lado, se dice que dicha hemorragia se produjo como consecuencia de la grave desatención que prestaron ambos acusados, hoy recurrentes, tanto a la pérdida de sangre como a la alteración de

la tensión arterial y las constantes vitales de la paciente. Estos hechos no pueden ser discutidos ya, tras la desestimación de los diversos motivos de casación que combatían la declaración probada de la sentencia recurrida, en el contexto de un motivo por corriente infracción de ley.

Tales hechos han sido calificados por el Tribunal de instancia como un delito de homicidio por imprudencia grave y profesional, por lo que será necesario contrastarlos con la doctrina elaborada por este Tribunal en la interpretación del antiguo *crimen culpa* previsto en el artículo 565 CP/1973 y de los actuales *crimina culposa* distribuidos por el articulado del CP 1995, concretamente del tipificado en el artículo 142.1 y 3 de este Texto. La jurisprudencia ha repetido en infinidad de ocasiones –veáanse, por todas, las SS. de 16-6-1987 y 29-10-1994– que la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso –hoy no de cualquiera sino del propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa– derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre éste y el daño exista una adecuada relación de causalidad. El delito de imprudencia tiene, pues, la siguiente estructura: a) el tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la ley, admiten la forma culposa; b) el tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido.

Los hechos enjuiciados, tal como han sido relatados en la declaración probada de la Sentencia recurrida, encajan perfectamente en la estructura del tipo de imprudencia que acabamos de esbozar. En la ocasión de autos, los recurrentes realizaban voluntariamente una actividad no sólo legítima sino socialmente relevante, cual es la práctica de la medicina quirúrgica, en la que inevitablemente se crea un riesgo admitido que la sociedad previene con determinadas normas de cuidado. Algunas de estas normas imponen la necesidad de que quienes se proponen desempeñar dicha actividad hayan demostrado su capacidad técnica y obtenido la titulación oficial correspondiente. Otras obligan, además, a los profesionales facultativamente autorizados para el desempeño de esta función a actuar con tanta pericia, atención y diligencia como demanda el peligro que en cada ocasión puede crear la intervención realizada. Los recurrentes, facultativos que tienen oficialmente reconocida su capacidad profesional, no cumplieron, en aquella ocasión, una elemental norma de cuidado a observar en una operación de cesárea, como es la de vigilar un efecto previsible de la misma –la pérdida de sangre de la paciente– con objeto de atajarlo y remediarlo antes de que rebasase los límites de la normalidad. Concretamente, no cumplieron, por su desatención, el deber de advertir que se estaba produciendo una pérdida excesiva de caudal sanguíneo. Probablemente el primero que debió advertir la situación que se estaba creando fue el ginecólogo, más directamente obligado a controlar esta incidencia mediante la cuantificación de la sangre aspirada mecánicamente y de la empapada por las compresas. Pero, simultáneamente, el anestesista debió percibirse, al menos, de los efectos que la pérdida de

sangre estaba produciendo en las constantes vitales de la paciente. El incumplimiento del mencionado deber de cuidado, por parte de ambos facultativos, determinó que la situación llegara a ser irreversible cuando la alarma del monitor los sacó de su inadvertencia e intentaron, ya sin éxito, la reanimación de la paciente cuyo fallecimiento, en definitiva, guarda con la desatenta conducta de los acusados una clara relación de causalidad. La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación. A lo que debe añadirse que no sería en modo alguno fácil modular, en más o en menos, la gravedad de la desatención de ambos acusados, que deben ser considerados, por ello, autores conjuntos de un mismo delito de imprudencia grave con resultado de muerte.

Nos queda todavía por resolver la cuestión, planteada en los dos motivos de casación que examinamos, de la aplicación a los hechos probados del apartado 3 del artículo 142 CP, es decir, el problema de la conceptualización de las conductas enjuiciadas como imprudencia profesional. La doctrina tradicional de la Sala –Sentencias, entre otras, de 23-7-1987, 24-1-1990 y 7-7-1993– distinguió entre la «culpa del profesional», que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, y la culpa propiamente profesional que consiste en la impericia. Esta distinción, no siempre fácilmente perceptible en la práctica –ni tampoco claramente justificable en su perspectiva político-criminal puesto que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto– ha perdido lo que parecía ser su apoyo legal al sustituirse la redacción del párrafo segundo del artículo 565 CP 1973 –en que los términos definitorios eran «impericia o negligencia profesional»– por la que presenta el apartado 3 del artículo 142 CP 1995, ya vigente cuando se cometió el hecho enjuiciado, que alude escuetamente a la «imprudencia profesional». Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia elaborada sobre el nuevo Texto legal –véanse, entre otras, las SS. 811/1999, 1606/1999 y 308/2001– viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone «un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional». Quiere esto decir que la imprudencia profesional –sobre la base naturalmente de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito– no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes. A la luz de este criterio, no parece que pueda suscitar demasiadas dudas la corrección de aplicar a los dos recurrentes la norma que tipifica el tipo agravado de imprudencia profesional, teniendo en cuenta el valor absoluto de la vida humana que tenían encomendada en la ocasión de autos, la transcendencia de la norma de cuidado que infringieron y la elementalidad del deber de cuidado que dejaron de cumplir.

En conclusión, estimamos que en la Sentencia recurrida no se aplicó indebidamente a los recurrentes el artículo 142.1 y 3 CP por lo que no pueden prosperar ni el motivo de casación tercero del recurso del señor G. G. ni el quinto del recurso del señor C., lo que nos lleva directamente ya a la desestimación de uno y otro recurso.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 417 BIS CP1973

*Error de prohibición vencible: director de clínica y médico ginecólogo que teniendo dudas hacen consulta a Ministerio sobre si es válido dictamen de psicólogo para practicar aborto por grave peligro para la salud psíquica de la madre y antes de recibir respuesta practican el aborto con tal dictamen*

Primero.-1. Con amparo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la aplicación indebida del artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis. Añade a la impugnación el error de hecho basado en la pericial aportada a los autos por el que un médico psiquiatra expresó en el enjuiciamiento el riesgo para la salud psíquica de la madre concurrente al tiempo de la interrupción del embarazo. Son, por lo tanto, dos impugnaciones que debieron merecer una articulación separada.

2. Aduce, en primer término, el error de derecho con una argumentación que, en síntesis, expresa que el requisito de contenido en el artículo 417 bis.1 sobre la exigencia de que concurra un informe previo emitido por un médico especialista distinto al que practica la intervención «no es más que un requisito de orden administrativo incardinado en un precepto penal cuyo incumplimiento no puede dar lugar a la imposición de una pena privativa de libertad».

El motivo se desestima. El principio de legalidad constituye una exigencia básica del Estado de Derecho en cuya virtud todo ciudadano debe conocer, con anterioridad a la realización de un comportamiento, si éste aparece prohibido con una norma penal o, por el contrario, aparece como permitido o, bajo ciertos presupuestos, justificado.

Como dijimos en la STS 1639/2000 «el legislador ha señalado los requisitos que deben concurrir para que el aborto no sea punible y el aplicador del derecho, en este caso, el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica (y un momento preciso) el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto».

La argumentación de los recurrentes se apoya en afirmar que la exigencia de un médico especialista es un requisito administrativo que puede ser sustituido por un psicólogo. Tal afirmación no puede ser compartida desde el principio de legalidad penal antes contemplado dada la distinta titulación de uno y otro profesional y sin que esta Sala, en ejercicio de su función jurisdiccional en el orden penal, deba entrar a determinar las funciones profesionales de médicos y psicólogos y deslindar su respectivo ámbito de actuación profesional.

3. El segundo apartado de la impugnación, el error de hecho en la apreciación de la prueba derivada de una pericial médica realizada con posterioridad a la interrupción del embarazo, debe ser igualmente rechazada. La norma aplicable al supuesto exige, como antecedente que justifica la conducta en principio punible, que el informe sea previo a la realización del acto, requisito que obviamente no concurre en el hecho por lo que ningún error resulta acreditado, criterio que es congruente con un derecho penal que sanciona conductas no resultado y lo que se justifica son las conductas.

Segundo.—En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 145 del Código Penal «por la no aplicación debida de la Orden de 31 de julio de 1985, de requisitos para la práctica del aborto, y por no aplicación del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados, por aplicación, por el principio de retroactividad penal, de la Ley más favorable del RD 2490/1998, de 20 de noviembre».

El motivo coincide con el que ya fue opuesto por los mismos recurrentes contra una condena anterior por el mismo delito en sentencia dictada por la misma Audiencia provincial, por lo que reproducimos el contenido del Fundamento segundo de la STS 1639/2000: «En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973, por inaplicación debida de la Orden de 31 de julio de 1985 y por inaplicación del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados, ello en base al principio de retroactividad penal de las normas favorables.

Los recurrentes sostienen su oposición a la tipicidad de la conducta sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Orden de 31 de julio de 1985, sobre práctica del aborto en Centros o Establecimientos Sanitarios, entendiendo que el informe sobre la salud psíquica de la embarazada puede ser emitido por un psicólogo.

Examinada la Orden mencionada se puede comprobar que lo único que en ella se expresa es que en los centros o establecimientos sanitarios autorizados para la práctica de abortos se constituirá una Comisión de Evaluación, con las funciones de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, informar y asesorar sobre los problemas o dificultades que puedan presentarse y recoger la información y estadística, con respeto siempre a la confidencialidad de los casos concretos. Y entre los miembros de dicha Comisión se menciona a un Psiquiatra o un Psicólogo.

Esa Orden, en los términos en que está redactada, en modo alguno discrepa de lo que se dispone en el apartado 1.1.ª del artículo 417 bis del Código Penal, lo que en todo caso resultaría inviable por el diferente rango normativo. Ciertamente, de ningún modo puede sostenerse, como pretende el recurrente que la citada Orden permita sustituir al médico especialista por un psicólogo a los efectos de emitir dictamen sobre el grave peligro que la continuación del embarazo representa para la salud psíquica de la mujer embarazada. Los cometidos que vienen atribuidos a esa Comisión de Evaluación vienen delimitados en la Orden citada y nada se dice sobre un extremo tan importante como es el especialista que debe emitir el dictamen preceptivo para el caso de aborto en el que concurra la indicación terapéutica, especificación que sí viene expresamente recogida en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 como en el artículo 6 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En ambas disposiciones se consideran acreditados para emitir el dictamen a los médicos de la especialidad correspondiente, siendo de resaltar que este Real Decreto 2409/1986 deroga expresamente la Orden de 31 de julio de 1985.

Y el Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, independientemente de que no habilitaría a la psicóloga que emitió el informe cuestionado con una titulación de la que carecía cuando emitió su dictamen, tampoco tiene el alcance, como asimismo pretende el recurrente, de modificar el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal y artículo 6 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, que exige que sea un médico especialista el que emita el dictamen

sobre grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada. Ello sin que esta Sala pueda cuestionar la capacidad de los Psicólogos y con mayor razón los que son especialistas en Psicología clínica para emitir un informe sobre la salud psíquica de una persona. El legislador ha señalado los requisitos que deben concurrir para que el aborto no sea punible y el aplicador del derecho, en este caso, el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto.

En este caso, no se cumple, pues, el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención, requisito que no ha perdido su vigencia por las disposiciones que se señalan en el presente motivo, siendo correctos los razonamientos expresados por el Tribunal sentenciador sobre la necesidad de que sea un médico especialista el que emita el dictamen.

Al no concurrir los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto, que a modo de justificación específica vienen recogidos en el artículo 417 bis del citado Código Penal, es correcta la aplicación que el Tribunal de instancia hace del artículo 145.1 del vigente Código. En otro motivo del recurso se examinará la cuestión, igualmente invocada, de la presencia de error en los acusados al sostener que estaban en la creencia de actuar conforme a derecho.

El presente motivo no puede ser estimado».

Tercero.—En el tercer motivo coincide con el tercero de los formulados por los recurrentes en el otro recurso interpuesto por lo que transcribimos el contenido del fundamento de derecho tercero de la STS 1639/2000: «Formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por no aplicación, del artículo 14 del Código Penal y asimismo se invoca, al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se invoca en primer lugar, que concurría en los recurrentes un manifiesto error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Y se defiende la invencibilidad del error en base a que el acusado doctor Zacarías, como Director de la Clínica, requirió aclaraciones a los poderes públicos sobre si era suficiente el informe emitido por un psicólogo y por el hecho de que el Servicio Andaluz de Salud autorizase el funcionamiento de la clínica. Se dice que el error es igualmente invencible respecto al médico ginecólogo en cuanto no podía tener conocimiento de que el aborto fuese constitutivo de delito a pesar de que el dictamen fuese emitido por un psicólogo con titulación oficial.

El error sobre la valoración de la prueba, igualmente invocado, se fundamenta en la carta enviada al Ministerio de Justicia y se contrae al mismo tema. Ello permite un examen conjunto.

Para resolver las cuestiones planteadas se hace preciso determinar el alcance y naturaleza del error invocado.

La posición mayoritaria de la doctrina atribuye a las indicaciones recogidas en el artículo 417 bis del Código Penal la naturaleza de causas de justificación.

Los recurrentes invocan una representación errónea sobre la existencia de la situación objetiva que permitía practicar un aborto por indicación terapéutica al correr peligro grave la salud psíquica de la madre.

Esta fuera de duda que ambos recurrentes, tanto el Director de la Clínica, cuya actividad principal era la práctica de abortos, como el médico que llevó a cabo la intervención, eran plenamente conscientes y estaban perfectamente impuestos de que el aborto constituye una figura delictiva sancionada en el Código Penal. Es cierto que en determinados supuestos, ante un conflicto de intereses tan esenciales como la vida del feto y el grave peligro para la salud de la madre, el legislador ha excluido la punibilidad del aborto, aunque se cuida de precisar los condicionamientos que deben concurrir para que el aborto no sea punible. Y entre estos condicionamientos se incluye la determinación de los profesionales que deben intervenir para acreditar el peligro grave para la vida de la embarazada como el profesional que practica la intervención. Y los profesionales que se dedican habitualmente a la práctica de abortos difícilmente pueden estar ignorantes de la existencia de estos presupuestos o condiciones. Es cierto que, en este caso, por parte del Director del Centro se alegan dudas sobre la suficiencia del informe emitido por un Psicólogo para acreditar que la continuación del embarazo representa un grave peligro para la salud psíquica de la mujer embarazada y esas dudas se materializan en la carta, de fecha 20 de septiembre de 1995, que obra unida a las actuaciones y que se dirige al Ministerio de Justicia pidiendo aclaración sobre el titular que debe emitir dicho dictamen. Y la Directora del Gabinete del Ministro de Justicia, con fecha 25 de octubre de 1995, contesta indicando que se ha dado traslado de dicha carta al Ministerio de Sanidad y Consumo por tratarse de un tema competencia de ese Departamento. No consta respuesta de este último Ministerio y por consiguiente no aparecen aclaradas las dudas que podían mantener los acusados y *no obstante ello dirigen y practican un aborto en el que el informe sobre la salud psíquica es emitido por una psicóloga a pesar de que el Código Penal, para excluir la punibilidad, exige expresamente que sea un médico de la especialidad.*

Así las cosas, procede examinar si esa representación errónea de los acusados sobre la licitud del aborto practicado era invencible o vencible.

Invencible es el error cuando el sujeto no hubiera podido evitarlo. Igualmente se puede afirmar que el error es inevitable cuando el sujeto no ha podido obrar de otra manera.

Si el sujeto ha podido evitar el error supone que su capacidad de culpabilidad, es decir su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho no ha desaparecido, en todo caso puede haber disminuido. De ahí que el Código Penal, conforme a esta orientación, mantiene el actuar doloso y castiga los supuestos de error vencible sobre la ilicitud del hecho con la pena inferior en uno o dos grados.

No es sencillo establecer los criterios para diferenciar un error evitable del que no lo es. Varias posiciones se han manifestado en la doctrina. Puede sostenerse que la evitabilidad del error depende de que el sujeto haya tenido razones para pensar en la antijuricidad de su conducta y haya podido esclarecer esas dudas sobre la concreta situación jurídica a la que se enfrenta, especialmente en casos como el que ahora examinamos referido a actividades especialmente reguladas.

Y los medios idóneos para despejar esas dudas, conforme a doctrina mayoritaria, consistirán en acudir a fuentes de información adecuadas y fiables, entre las que no se debe excluir la jurisprudencia constituida por las decisiones judiciales que se hubiesen pronunciado sobre la cuestión jurídica planteada.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, como se señaló con anterioridad, los acusados tuvieron que representarse la ilicitud del aborto y respecto a la indicación terapéutica de exclusión de la punibilidad, igualmente eran conscientes de

que el Código Penal exigía para emitir el dictamen, sobre la salud psíquica de la madre que pudiera colisionar con el derecho a la vida del feto, que dicho informe debe ser emitido por un médico de la especialidad. Se preguntaron, eso es lo que alegan los recurrentes, si el informe emitido por un psicólogo era suficiente para llenar el requisito previsto expresamente por el legislador del Código Penal y en esa pregunta van implícitas las razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas. Y lo que no cabe duda es que no esperaron a la respuesta definitiva, ni tuvieron en cuenta las normas específicas en una actividad especialmente regulada ni atendieron a los pronunciamientos judiciales sobre este particular.

En consecuencia, en este caso, el error de prohibición en el que los recurrentes dicen haber incurrido, era evitable, dado que conocían las normas reguladoras de su actividad profesional, tuvieron razones para pensar en la antijuricidad de sus conductas y no esperaron la respuesta de una fuente de información jurídica fiable ni atendieron a los pronunciamientos de la jurisprudencia.

Así las cosas, procede aplicar el número 3.º del artículo 14 del vigente Código Penal, que se corresponde con el párrafo tercero del artículo 6 bis.a) del Código derogado y procede imponer a estos dos recurrentes la pena inferior en un grado.

Con este alcance el motivo debe ser parcialmente estimado».

(...)

### (Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín en la sentencia de esta sala de fecha 19 de septiembre de 2001 recaída en el recurso de casación 3068/1999:

El motivo de la discrepancia radica esencialmente en la naturaleza del error que se atribuye a los recurrentes que en la sentencia mayoritaria se estima como vencible y que este Magistrado estima que es invencible. Para llegar a esta conclusión examinaremos con carácter preferente el motivo segundo del Recurso planteado por Mohamed Zacarías A. K. y Bolívar Oswaldo S. P. formalizado por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 145.I del Código Penal en relación con las indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal de 1973 y a su vez en relación con la Orden de 31 de julio de 1985, de requisitos para la práctica del aborto, del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y del Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre. Estudiaremos también el motivo cuarto de María de la O H. G. y tercero de los anteriores, que denuncian por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inaplicación del artículo 14 del Código Penal.

1. Ponen de relieve los dos primeros recurrentes que, cuando el Código Penal fue modificado dando nueva redacción al artículo 417 bis, fue preciso dictar una disposición posterior aclaratoria. Esta disposición fue la Orden de 31 de julio de 1985 que, al señalar la composición de la Comisión de Evaluación de los Centros autorizados para realizar abortos, nos dice que entre sus componentes se encontrara un psiquiatra o psicólogo. Admiten que un Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, considera acreditados para emitir el dictamen solamente a los médicos de la especialidad correspondiente y que, al mismo tiempo, deroga la Orden de 31 de julio de 1985, en lo que se oponga a lo dispuesto en este Real Decreto. En su opinión, el texto del artículo 6 del Real Decreto mencionado no es determinante de la exclusión de los psicólogos, porque no emplea los términos únicamente o exclusivamente. Por ello

sostiene que las clínicas que tenían contratado a un psicólogo, pudieron pensar perfectamente que no era necesario cambiar ni contratar a un psiquiatra.

Señalan que, además debe tenerse en cuenta que la Administración ha venido prorrogando anualmente el concierto con la clínica, por lo que están convencidos de que actuaban dentro de la legalidad y que consideraban a la psicólogo cualificada para emitir los dictámenes.

Destacan por último, que, con posterioridad a la sentencia y en evidente demostración del vacío normativo y legal, se ha creado y regulado el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, por medio del Real Decreto de 20 de noviembre de 1998 que, al crear el título de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, viene a asimilar esta especialidad a las especialidades clínicas convencionales.

2. En parecidos términos la recurrente plantea, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración, por inaplicación del artículo 14 del Código Penal, por cuanto sostiene que desconocía la ilicitud del hecho ya que creía que tenía capacidad profesional, para emitir una valoración diagnóstica en la que se establezca la existencia de una depresión o más propiamente, una grave depresión reactiva, que afectaba a la embarazada. Alega que así es reconocido por organizaciones internacionales de validez y credibilidad innegables, como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Internacional del Trabajo, y de hecho, todas las Administraciones sanitarias de nuestro país, desde el Insalud al Servicio Andaluz de Salud, tienen recogidos, en su relación de puestos de trabajo a los Psicólogos adscritos a los servicios de salud mental, con plenas competencias. Recuerda asimismo, de igual manera que los anteriores recurrentes, la reciente promulgación del Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, que supone el reconocimiento de la especialidad de psicología clínica.

Señala que es una realidad innegable el hecho de que, de forma cotidiana, los Juzgados y Tribunales soliciten la designación de profesionales de la psicología para intervenir en toda clase de procedimientos judiciales. Se remite, además a un dossier emitido por el Colegio de Psicólogos en el que se acredita todo cuanto ha expuesto con anterioridad.

3. Son varios los factores que concurren en la presente causa, que es necesario resaltar para entrar en el fondo de la cuestión planteada. En primer lugar, debemos abordar la controversia, abundantemente documentada en la causa, sobre el alcance de las competencias de los psicólogos en orden a diagnosticar trastornos mentales. Este dictamen-dossier fue remitido en su día a la Fiscalía General del Estado y denota la existencia de una polémica que finalmente ha tenido que ser abordada por el Real Decreto de 20 de noviembre de 1998. Como se pone de relieve en la documentación aportada, el Psicodiagnóstico es una de las competencias profesionales del psicólogo y comprende, la valoración del comportamiento mediante la identificación de los procesos y sus alteraciones, discapacidades, disfunciones y trastornos. En el ámbito específico del trastorno mental, el psicólogo está plenamente capacitado para evaluar las alteraciones de índole psicológica y psico-social, así como en los de índole biológica, para cuya valoración se requiere la colaboración interdisciplinaria del Psicólogo.

Según la Organización Internacional del Trabajo, el psicólogo estudia el comportamiento y mecanismo mental en los seres humanos, realiza investigaciones sobre problemas psicológicos que se plantean en el terreno de la medicina, la educación y la industria, recomienda la terapia adecuada y procede al diagnóstico, tratamiento, prevención de los trastornos emocionales y de la personalidad, e incluso, puede especializarse en la diagnosis y seguimiento de las enfermedades mentales. La Organización Mundial de la Salud, añade que los psicólogos clínicos, han adquirido su

representación sobre la base de su alta cualificación en materia de test de diagnósticos.

Un informe del Instituto Andaluz de Salud Mental nos dice que los psicólogos forman parte, como facultativos, de los dispositivos de salud mental: Equipos de Salud Mental, Unidades de Rehabilitación, Unidades de Salud Mental Infantil, Unidades de Hospitalización en Hospitales Generales y otras unidades de carácter experimental.

Asimismo se ha incorporado a la prueba documental, un amplio catálogo de resoluciones judiciales de diversa naturaleza (Sentencias, Autos y Providencias), en las que se pone de relieve la utilización de especialistas en psicología, para dictaminar sobre aspectos de alteraciones de la personalidad y estado mental en los diversos órdenes jurisdiccionales.

Todo lo que hemos venido transcribiendo, sirve para acreditar que la realidad social y profesional en la que se ven inmersos los psicólogos, les puede llevar a considerar razonablemente que tienen capacidad técnica y preparación para diagnosticar los graves riesgos para la salud psíquica de una embarazada.

4. Concorre además otra circunstancia digna de destacar, como es la relativa a la regularidad administrativa de la Clínica que regentaba uno de los procesados y en la que trabajaban el otro y la acusada. El Centro médico venía dando puntual cuenta de las intervenciones que realizaba, remitiendo una documentación que permitía al Servicio Andaluz de Salud comprobar la normalidad de su funcionamiento y detectar, si se estaban cumpliendo o no las previsiones legales. Pero no solamente existía esta remisión de los datos, sino que el propio Servicio giraba visitas de inspección, una de las cuales figura unida a las actuaciones, lo que nos permite confirmar, cómo los inspectores comprobaron que en la Clínica trabajaba una psicóloga, sin que hicieran ninguna observación, ni en el caso de la documentación enviada ni en el acta levantada al efecto.

Del mismo modo, consta en las actuaciones que, por la dirección de la clínica, se dirigió escrito al Ministerio de Justicia, requiriendo información sobre la posibilidad legal de que se pudiese encomendar el informe sobre la salud psíquica a los psicólogos. El Ministerio de Justicia, que pudo informar sobre el alcance de la normativa jurídica existente, desvió la cuestión con dos líneas hacia el Ministerio de Salud y no hay constancia de una respuesta de este organismo administrativo.

Este Ministerio nada dice sobre el punto requerido, por lo que la actividad profesional de los procesados, sigue produciéndose con la misma habitualidad con que venían actuando, rellenando las fichas de cada caso y enviando los partes al Servicio Andaluz de Salud.

5. La normativa vigente sobre el aborto en el plano penal, encuentra su referencia en los artículos 144 y siguientes y, más concretamente a los efectos que nos interesan, en el artículo 145 en el que se establece que, los abortos realizados con el consentimiento de la mujer, quedan destipificados cuando se practican en los casos permitidos por la ley. A los efectos de complementar la referencia genérica a la ley, la Disposición Derogatoria 1, letra *a*) del Código de 1995 mantiene la vigencia del artículo 417 bis del Código Penal de 1973, en todo lo relativo a las circunstancias que excluyen la punición del aborto. Como es sabido, el sistema español en lo que se refiere a la interrupción voluntaria del embarazo, sigue la técnica de las indicaciones y por lo que respecta al caso que nos ocupa, excluye la punición cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. En estos casos, es necesario un dictamen emitido con anterioridad a la intervención, por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección, se practique el aborto.

6. Estas disposiciones se complementan con una serie de normativas entre las que ocupa un lugar preferente el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta disposición tiene en cuenta la experiencia acumulada desde la publicación de la Orden de 31 de julio de 1985, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y organizaciones internacionales de carácter profesional y la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 29.2, 40.7 y Disposición Final Cuarta. El presente Real Decreto nada dice sobre la exigibilidad de que el dictamen sobre la repercusión de embarazo, se pueda realizar por un psicólogo como se permitía en la Orden de 31 de julio de 1985, por lo que, en principio, se puede mantener que el informe tiene que realizarse por un médico especialista, como exige el artículo 417 bis del Código de 1973, cuya vigencia permanece.

Es preciso reconocer que, así como para diagnosticar y certificar el riesgo grave para la vida o la salud, es impensable que intervenga un profesional que no ostente la condición de titulado en medicina, cuando el informe se refiere a la salud psíquica se abren espacios para la duda y no se puede descartar de antemano, que exista una cierta confusión sobre los planos competenciales de psiquiatras y psicólogos tal como hemos expuesto con anterioridad.

7. Ahora bien, lo que está en juego, según las argumentaciones de las partes recurrentes es si, dadas las peculiares circunstancias que concurren en el presente caso, podemos construir un error de prohibición vencible o invencible.

En el caso presente, el error no versa sobre la consideración del aborto como una figura delictiva establecida en la ley, ya que resulta evidente que todos los recurrentes conocían que las disposiciones vigentes exigen una serie de requisitos para la interrupción voluntaria del embarazo. El error en este caso recaía sobre uno de los elementos del tipo, en cuanto que alegan que están convencidos, por la propia experiencia de su actividad cotidiana y su relación con los organismos encargados del control de las clínicas, que era suficiente con el dictamen de una psicóloga para diagnosticar la afectación a la salud psíquica de la embarazada y justificar así el aborto terapéutico.

Nos encontramos ante un error de prohibición, cuando el que actúa, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa.

Como señala la mayoría de la doctrina, los sujetos intervinientes se encontraban respecto de su acción, en la creencia de que la normativa vigente amparaba la justificación de la conducta, en los casos en que el dictamen sobre la salud psíquica estaba emitido por una psicóloga.

La habitualidad de la conducta, la ausencia de clandestinidad en su comportamiento y la publicidad y transparencia del *modus operandi*, que conocían perfectamente las autoridades sanitarias encargadas de velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de la interrupción voluntaria de embarazo, les situaba en la confianza legítima de que su actuación era en todo conforme a la ley, por lo que su error lo consideramos como invencible. Es innegable que los recurrentes realizaron una actividad encaminada a constatar si su actuación se ajustaba a los parámetros legales y sólo recibieron el silencio de determinados organismos administrativos, al mismo tiempo que los directamente encargados de velar por el cumplimiento de la ley alentarón, con su conducta, a que siguiesen en el error en el que se encontraban.

En consecuencia y por aplicación del artículo 14 del Código Penal, nos encontramos ante un supuesto de error invencible que excluye la responsabilidad criminal.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados.

Por todo lo que se ha dejado expresado, el recurso no ha debido prosperar y en ello se disiente del criterio del voto mayoritario de la Sala y justifica el presente voto particular.

(Sentencia de 19 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 147

*Lesiones causadas con dolo eventual: golpear con objeto contundente en la cabeza conociendo la posibilidad de que se produjeran grandes secuelas, como lesión neurológica irreversible, incontinencia urinaria y otros*

Segundo.–(...) Se defiende en el recurso, en primer lugar, que de haber intervenido el acusado en las lesiones éstas serían constitutivas de un delito imprudente y no de un delito doloso.

El cauce en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él se expresa que el acusado «tras coger del suelo un objeto no identificado pero de naturaleza roma, se abalanzó sobre Crescencio golpeándole repetidamente con dicho utensilio en la cabeza hasta conseguir que cayera al suelo mal herido, donde rápidamente procedió a quitarle el citado anillo ... Crescencio sanó definitivamente a los 109 días, precisando tratamiento médico y rehabilitador, quedándole como secuelas, lesión neurológica irreversible, incontinencia urinaria y síndrome neurológico deficitario global que le imposibilita la deambulación, precisando para desplazarse el uso de una silla de ruedas y el cuidado permanente de una persona. Emite un lenguaje escaso e hipofónico y una limitación en la mirada vertical hacia arriba».

El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo –asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado– el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual.

Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que –con diversas intensidades– ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercebe en la teoría del dolo eventual». Añade dicha sentencia que «la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no

se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

En el supuesto que examinamos, el conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves secuelas y del alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras los reiterados golpes en la cabeza de la víctima, resultaba bien patente, y de ello tenía que ser completamente consciente el acusado. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran las graves lesiones y secuelas cuya representación resultaba obligada para su agresor.

(Sentencia de 22 de enero de 2001)

*Golpear con una barra antirrobo de automóvil alcanzando a persona que se interpone en la pelea: el error en el golpe o aberratio ictus no afectan para la existencia del delito*

Quinto.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el quinto motivo de impugnación, se alega infracción, por inaplicación del artículo 152, en relación con el artículo 14.1, ambos del Código Penal, al no haber subsumido el hecho de *aberratio ictus* que se declara probado en el artículo 152 por aplicación de la nueva regulación del error del artículo 14.1.

En el error en el golpe o *aberratio ictus*, aquél es consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, que es el supuesto que aquí se examina, ya que, según el *factum*, el acusado intentó golpear con una barra antirrobo de su automóvil a Diego G., interponiéndose entre ellos Ana María, que trataba de evitar la agresión, sufriendo lesiones que tardaron en curar 30 días, necesitando tratamiento médico y estando incapacitada para sus ocupaciones habituales, por igual tiempo. Existe, pues, identidad en el bien jurídico protegido, y por tanto, el error al no afectar a aquél, resulta irrelevante, ya que es indiferente la identidad de la víctima, por lo que, al no haber alterado su calificación jurídica, pues en ambos casos, ya se lesione a Diego o a Ana María, no hay modificación en la calificación jurídica que será un delito doloso de lesiones. En este sentido, la doctrina tradicional y la sentencia de esta Sala de 8 de mayo 1995, en la que se mantuvo que si son iguales los hechos jurídicos, el error es irrelevante.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

*Dolo eventual en lesiones ocasionadas por disparar al muslo de la víctima. Elemento volitivo del dolo eventual*

Sexto.—Finalmente, el sexto motivo y por el cauce de la Infracción de Ley se denuncia como indebidamente aplicados, los artículos 147 y 148 que describen las lesiones dolosas con empleo de armas. Estima el recurrente que los hechos debieron merecer la consideración de lesiones causadas por imprudencia grave del artículo 152, o en su caso, la falta del artículo 564-1.º (sic) —debe de referirse a la falta del artículo 621-1.º.

Argumenta el recurrente que la propia Sala en el Fundamento Jurídico tercero *in fine*, partiendo del hecho recogido en el *factum* de que el disparo se efectuó hacia

abajo, alcanzando a la víctima en el muslo, manifiesta que dicho disparo se efectuó «... tal vez sin desear impactar...», de donde extrae la conclusión de estar en presencia de unas lesiones por imprudencia y nunca dolosas, como fueron calificadas.

El recurrente no respeta el *factum* que dado el cauce casacional empleado, actúa como presupuesto de admisibilidad del motivo. En efecto de la simple lectura del mismo se desprende sin dudas ni ambigüedades, que el recurrente, sin conocer de nada a Juan José L., y sólo por estimar que le había mirado mal, sacó el arma «rápidamente» y efectuó el disparo «apuntando el arma en su dirección y hacia abajo» que le alcanzó en el muslo.

Es obvio que se está ante una acción dolosa, que en sede doctrinal pudiera calificarse de dolo eventual –y en tal sentido debe entenderse el comentario de la sentencia que acota el recurrente– pero que en definitiva es dolosa en la medida que contiene los dos elementos, intelectual y volitivo que lo vertebran, bien que el volitivo, no lo sea de modo directo, sino que pudo ser eventual interpretado según las teorías de la probabilidad, del asentimiento o del consentimiento –SSTS de 20 de febrero, 19 de mayo y 20 de septiembre, todas de 1993, y 4 de mayo de 1994, entre otras–, o más recientemente de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva –STS de 11 de febrero de 1998–, según la cual, será condición de la adecuación del comportamiento al tipo penal, que el autor haya ejecutado la acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, en consecuencia obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo penal que lo vertebran en su naturaleza de doloso. Desde este presupuesto, quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado, ya sea éste directamente y explícitamente querido –dolo directo–, ya le resulte indiferente que ocurra, pues tal indiferencia no es sino una implícita aceptación de que ocurra, aceptación que se patentiza en la continuación de la acción generadora de la puesta en peligro para bienes jurídicos protegidos.

En el caso de autos, la acción del recurrente de disparar de forma sorpresiva a Juan José, aunque fuera apuntando hacia abajo, fue cuando menor imputable a dolo eventual –sino directo–, pues el resultado –tiro en muslo– fue la consecuencia adecuada a aquella acción, por lo que procede descartar la tesis de la imprudencia.

(Sentencia de 24 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 148.1

*Un palo de un metro de largo y cinco centímetros de grosor es objeto peligroso, si bien en el presente caso se inaplica el subtipo por ausencia de motivación del resto de circunstancias que fundamentan la peligrosidad*

Quinto.–En el escrito de contestación al recurso, el Ministerio Fiscal alude a la voluntad impugnativa del recurrente para argumentar la indebida tipificación de los hechos en el artículo 148.1 CP, advertencia que esta Sala debe respaldar y acoger. En efecto, siendo cierto que un palo de un metro de largo y cinco centímetros de grosor puede ser considerado objetivamente como un peligroso instrumento u objeto para la vida o salud, y que este fue el utilizado por el acusado para golpear a su hermano, la aplicación del número 1 del artículo 148 requiere, además, la ponderación del «result-

tado causado o riesgo producido» que se establece en el párrafo precedente. Y lo cierto es que la sentencia impugnada se limita a describir el palo con el que el acusado ejecutó la agresión, pero guarda un silencio absoluto respecto al resto de los elementos a valorar que contempla el precepto penal como fundamento del ejercicio discrecional atribuido al juzgador para la agravación de la pena. Junto a esta carencia manifiesta de motivación que justifique la aplicación del precepto (lo que sería motivo suficiente para su exclusión), cabe señalar que la narración histórica indica claramente que el resultado producido no expresa un destacado menoscabo para la integridad corporal de la víctima y que el riesgo causado estuvo notablemente limitado por la rápida intervención de las personas presentes que redujeron al agresor y le despojaron del palo.

Por ello, la sentencia impugnada habrá de ser anulada en este extremo, dictándose por esta Sala una nueva en la que se excluya la aplicación del artículo 148.1.º CP, sancionándose los hechos como constitutivos del tipo básico del artículo 147, imponiéndose una pena de dos años de prisión atendidas la circunstancia agravante de parentesco y ponderadas la personalidad del acusado y la limitada gravedad del hecho ilícito.

(Sentencia de 10 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 149

*Grave deformidad: pérdida irreversible de dos tercios de una oreja, lo que afecta de manera sustancial al rostro del sujeto y a su identidad personal. Los criterios de la gravedad de la deformación se deben elaborar de manera independiente a la pérdida de un miembro principal*

Único.—(...) 1. La Audiencia ha sostenido en el Fundamento Jurídico 5.º de la sentencia recurrida que el concepto de deformidad es un concepto jurídico indeterminado y que «el referente objetivo del concepto (de deformidad) es la relación de equivalencia miembro principal (grave deformidad), miembro no principal (deformidad)». De ello ha deducido que la pérdida de dos tercios del pabellón auricular no es equiparable a la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano principal.

2. Cualquiera sea el valor que en la actualidad se pueda asignar a la teoría de los «conceptos jurídicos indeterminados», lo cierto es que no resulta trasladable al derecho penal, en el que una de las exigencias del principio de legalidad es la *lex stricta*, evidentemente incompatible con la indeterminación. En el derecho penal se reconocen los elementos normativos del tipo, que no se equiparan a los conceptos jurídicos indeterminados del derecho administrativo, pues tienen en régimen interpretativo especial. Por lo tanto, el concepto de deformidad en el delito de lesiones debe ser tratado como un elemento normativo del tipo, requerido de una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso.

3. Aclarado lo anterior es evidente que los artículos 149 y 150 CP. hacen referencia, entre otros, a dos elementos comunes de naturaleza formal: los miembros u órganos del cuerpo y la forma del cuerpo. Con respecto a los primeros la ley establece un criterio para graduar la gravedad de la lesión, según sean principales o no. Por el contrario no establece —como otras legislaciones que hablan de deformación del rostro— un criterio de la misma especie. Ciertamente, y en ello se debe dar la

razón a la Audiencia, debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdidas de miembros y la deformación dentro de los tipos penales de los artículos 149 y 150 CP respectivamente. Se trata de las consecuencias del principio de proporcionalidad. Pero ello no significa que si la lesión ha recaído en una parte del cuerpo que no constituye un miembro principal no pueda ser considerada grave. Si ese criterio se llevara a sus últimas consecuencias, en realidad, sólo sería posible considerar como deformidad grave la pérdida misma del miembro principal, que indudablemente produce también deformación. Si esto fuera así el concepto de deformidad grave se superpondría con el de pérdida de un miembro principal.

En consecuencia, los criterios de la gravedad de la deformación se deben elaborar de manera independiente, aunque guardando, como acertadamente lo dice la sentencia recurrida, la proporcionalidad. Por lo tanto la gravedad de la deformación dependerá de la manera en la que la fisonomía corporal del sujeto pasivo haya sido afectada por la lesión. Es indudable que cuando se trata de pérdida de materia corporal que afecte el rostro de la víctima de una manera irreversible y con importantes consecuencias estéticas la lesión será subsumible bajo el concepto de grave deformación del artículo 149 CP. En tales casos la proporcionalidad de la pena prevista en el artículo 149 CP no se podrá poner en duda, dado que si bien el rostro no es un miembro principal, tiene en la configuración formal de la persona un significado equivalente y, según el caso, hasta inclusive mayor, pues constituye un factor básico de la identidad personal.

Sobre la base de estas consideraciones resulta claro que la pérdida irreversible de dos tercios de una oreja afectan de una manera sustancial el rostro del sujeto pasivo y su identidad personal.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 150

### *La deformidad es aplicable en plano de igualdad entre el hombre y mujer*

Quinto.—Como cuarto motivo, y por igual cauce se denuncia como indebida la aplicación del artículo 150 del Código Penal y la indebida inaplicación de la falta del artículo 617-1.º del Código Penal.

Tampoco respeta el *factum* el motivo por lo que incurre en causa de inadmisión. El recurrente dio dos puñetazos a Javier siendo consecuencia de ellos la fractura de los huesos de la nariz con cicatriz de 4,5 centímetros más la pérdida de un diente. Es clara la existencia de deformidad estimando por tal toda imperfección estética en la parte corporal afectada que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente, alterando la morfología de la cara existiendo una radical igualdad, a efectos estéticos, entre hombres y mujeres, y lo mismo puede decirse de la pérdida de piezas dentarias. SSTS de 15 de junio de 1982, 30 de mayo de 1988, 19 de septiembre y 15 de octubre de 1990, 13 de junio y 11 de junio de 1991, 27 de febrero de 1996, entre otras, lo que no quita para que pueda modularse la indemnización en atención a las circunstancias concretas de cada caso. Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 10 de mayo de 2001)

*Pérdida de miembro no principal. Lesiones por dolo eventual: Cuando el sujeto conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal de otro y, sin embargo, actúa conscientemente, actúa con dolo*

Segundo.—Al amparo del artículo 849-1.º LECrim por infracción ordinaria de ley, arguye el recurrente en el segundo de los motivos, la errónea aplicación del artículo 150 del CP.

1. Propugna como subsunción de los hechos más acorde con la legalidad sustantiva, la aplicación de los artículos 147-1.º, 152.1-3.º ó 617-1.º, todos del Código Penal.

El motivo debe correr la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Analizando en orden inverso, los preceptos que el recurrente estima aplicables, en sustitución del que considera incorrectamente aplicado, podemos decir lo siguiente:

– Los hechos no pueden en ningún caso ser constitutivos de falta, desde el momento que a consecuencia de los golpes, es decir, como efecto de la conducta típica, se produjo una intervención quirúrgica, lo que sitúa la conducta en el ámbito delictivo, sin posibilidad alguna de ser calificada de falta.

– Tampoco pueden integrar un delito de lesiones imprudentes, ya que tal conclusión chocaría con las otras alternativas, en particular, con la aplicación del artículo 147 del CP.

Lo que no se puede negar, desde el escrupuloso respeto a la resultancia fáctica, es que los acusados agredieron consciente y voluntariamente al acusado. Los hechos no fueron causados por descuido o negligencia, sin intención alguna de realizarlos. La concurrencia de dolo fue patente.

– Por último, tampoco es correcta la aplicación del artículo 147-1.º del CP, pues si las lesiones fueron dolosamente producidas, la subsunción en el artículo 150, viene impuesta por el resultado causado, cual es, la pérdida de un miembro no principal, como es el bazo.

2. Los recurrentes entienden que su actuación dolosa no alcanzó a representarse el resultado producido, que a su juicio, sólo fue erróneamente atribuido a dichos acusados, en aplicación de la proscrita doctrina del *versari in re illicita*. Niegan, por tanto, la existencia de imputación objetiva y subjetiva del resultado.

Tal posición no puede prosperar. Ya anticipamos que queda fuera de toda duda la atribución objetiva del resultado. Se acreditó la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los recurrentes y el efecto previsto por la ley. Tal efecto lesivo, se produjo como consecuencia de la realización por los acusados de una actividad jurídicamente desaprobada, adecuada y suficiente para provocar el resultado, dado el riesgo o peligro que ofrecía; resultado que es precisamente el que la norma quiere impedir, quedando excluida, cualquier otra motivación causalista del mismo. La caída de la moto no influyó o interfirió para nada en dicho resultado lesivo. Tampoco influyó el buen o mal estado del órgano, ya que fisiológicamente, cumplía su función, y como consecuencia de los golpes fue dañado, hasta el punto de precisar la extirpación.

3. En orden al reproche personal de dicho resultado (culpabilidad) niega la concurrencia del dolo específico de querer dañar o inutilizar un órgano no principal, en este caso, el bazo.

Sobre este punto, no es ocioso recordar, la supresión realizada por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal de 1973, sustituyéndola por la más genérica de «causare a otro», lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia coincidan en afirmar que el nuevo Código no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual.

Además, constituye el delito de lesiones, uno de los que más profusamente se comete mediando esta clase de dolo. Así, quien dirige voluntariamente un contundente y enérgico golpe contra la cara de otro, puede esperar que dañe seriamente un ojo, hasta el punto de perder la visión; le parta la ceja, y sea necesario aplicar puntos de sutura; o le cuartee uno o varios incisivos; o simplemente precise el ofendido primera asistencia facultativa.

El riesgo o peligro ínsito en la acción realizada permite representarse tales resultados, por ser la conducta desplegada adecuada para producirlos. Lo característico de este tipo de dolo es la variabilidad de los resultados esperables.

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no puede controlar, debe responder de los resultados lógicos y propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico. «El dolo eventual (STS 23-4-1992), por tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor».

4. Ciertamente es que no basta el dolo genérico o indeterminado de lesionar, para aplicar el artículo 150 del CP, sino que es necesario concorra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación.

En el caso enjuiciado las circunstancias del hecho permiten inferir que quien voluntaria y deliberadamente golpea con contundencia al abdomen de otro, tiene el alto riesgo de dañar seriamente, alguno de los órganos o vísceras que el abdomen alberga. Así pues, los acusados debieron necesariamente prever y aceptar el elevado riesgo de que, como consecuencia natural y adecuada de los golpes, se produjera una lesión del bazo, que obligara a extirparlo.

En conclusión y recogiendo la doctrina de esta Sala, en algunos casos de repercusión social (v.gr. caso Bultó: S. 27-12-1982; síndrome tóxico: S. 23-4-1992), cuando el sujeto activo conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal de otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento o actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural adecuada y altamente probable de la situación de riesgo, que colocó a la víctima; en nuestro caso, propinándole violentos golpes en el cuerpo y en particular en el abdomen.

(Sentencia de 5 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 152

*Lesiones por imprudencia grave al levantar el acusado la moto delante de una señora que retrocede y se cae en una zanja. La proximidad de la zanja por la que cae la víctima no supone una ruptura del nexo causal ya que no concurre ningún accidente extraño que se interfiera en el curso del mismo*

Primero.-1. Sostiene que, por lo que respecta al delito de lesiones, el relato no contiene hechos para imputarle, ya que según la propia sentencia la caída que sufrió la lesionada fue un mero accidente fortuito que al retroceder hubiera una zanja en la que cayó, por lo que no puede ser considerado responsable de este suceso. Se limitó a elevar la moto delante de ella, hecho que, en su opinión, no supone delito alguno.

En lo que respecta a la falta de malos tratos por el hecho de haberle dado una bofetada, quiere señalar que se le ha aplicado el artículo 617.2 del Código Penal y se le ha condenado a cuatro fines de semana de arresto, cuando dicho precepto establece como máximo, un arresto de uno a tres fines de semana.

2. Es evidente que la cita del precepto infringido es errónea ya que se le aplicó el artículo 152.1.1.º del Código Penal, al conectarse el resultado con el artículo 147.1.º del mismo texto legal.

En relación con el tipo estimado por la Sala sentenciadora es evidente que en el relato fáctico se dan todos los elementos necesarios para calificar las lesiones como culposas. Existe en primer lugar una infracción de la norma de cuidado, mediante una conducta activa con la que se desconoce el deber de prever el peligro y de acompañar la conducta a tal previsión. La actuación peligrosa se desarrolla de forma totalmente voluntaria por parte del acusado y como consecuencia de ese comportamiento, se produce un resultado típico imputable objetivamente a la conducta peligrosa. No puede admitirse la tesis del recurrente que achaca todo el resultado, a la proximidad de la cuneta a la que cayó la lesionada.

La concurrencia de esta circunstancia topográfica, que recoge el hecho probado, refiriéndose a la zanja o cuneta que existe en toda vía pública, no supone una ruptura del nexo causal que disuelva la responsabilidad culposa, ya que no concurre ningún accidente extraño que se interfiera en el curso del mismo. La caída es una consecuencia directamente ligada a la conducta desarrollada por el acusado, y se produce en un declive natural de toda carretera por lo que no ha concurrido ninguna circunstancia extraordinaria que interrumpa el curso causal.

También alega que las consecuencias de la caída fueron mayores que las normales, por tener la lesionada un cuadro previo de artrosis y haber sido operada de la rodilla, sin embargo este dato, que sería indiferente a los efectos de la imputación del resultado, no existe en el hecho probado por lo que no puede ser tomado en consideración.

En relación con la aplicación indebida del artículo 617.2 del Código Penal tiene razón el recurrente, en cuanto que se le ha aplicado una pena superior a la prevista en el precepto, por lo que debe apreciarse la impugnación y corregir la pena en una segunda sentencia.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

*Propinar diversos golpes, coger de un brazo y zarandear violentamente a una mujer que tiene en sus brazos a una niña de ocho meses: supone lesiones por imprudencia grave*

Primero.-(...) Por tanto la diferencia más importante entre las imputaciones de las acusaciones y lo resuelto por el Tribunal *a quo* radica que mientras aquellas consideran la conducta de José T. D., y por tanto encuadrable en los artículos 147 y 148.3 del Código Penal, la Audiencia lo estima como gravemente imprudente, incluyéndola en el artículo 152.1 del citado Código.

Mas si se analiza el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia de instancia se observa que se rechaza por un lado que las lesiones fueran directamente dolosas

«porque no se ha aportado al acto del juicio ningún testigo que presenciara los hechos tal y como se indican por la denunciante», y por otro que se trate de un caso fortuito que supone que el hecho se produzca por mero accidente con ausencia de dolo o culpa.

Por ello, siguiendo la teoría de la representación, el Tribunal de instancia se plantea si se trata de un dolo eventual porque el acusado se representara el resultado posible de su conducta, las lesiones de la niña y las aceptara, o si se trata de culpa consciente por creer que no se producirían tales consecuencias. Incliniéndose por esta última postura, más favorable para el acusado.

Se trata por tanto de matizar sutilmente si el acusado aceptó que al zarandear a Asunción que lleva a la niña en brazos ésta resultara dañada, o si ni siquiera se representó ese resultado, acogiendo el Tribunal, como ya se ha dicho, la posición más ventajosa para José.

Por tanto entendemos que el Tribunal ha recogido el hecho básico de que las lesiones de la niña María Gabriela se debieron a la conducta violenta mantenida por el acusado en el tiempo y en el lugar en que se desarrollaron los hechos de autos.

Que este hecho lo sitúa en una determinada ocasión que tiene su base en las manifestaciones del propio acusado y de testigos en el juicio oral.

Y que la consideración de las lesiones como derivadas de una culpa consciente y no de un dolo eventual no suponen una alteración heterogénea y radical de la tesis acusatorias, sino el acogimiento de otra más favorable para José.

En definitiva, no ha existido indefensión por cuanto los hechos declarados probados se basan precisamente en las manifestaciones del acusado en el juicio oral, ni por tanto vulneración del principio acusatorio, por lo que el Motivo Primero del recurso debe ser desestimado (...)

Tercero.—El Motivo Tercero se formula por el cauce del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del artículo 152.1 del Código Penal.

Entiende el recurrente que las lesiones de María Gabriela se debieron a un mero accidente o caso fortuito o subsidiariamente, a una imprudencia leve prevista en el artículo 621.3 o una grave del artículo 621.1, todos ellos del Código Penal.

Sin embargo, como indica la Sala de instancia en el inciso final del Fundamento de Derecho Primero de su sentencia, la conducta de José T., consistente en propinar diversos golpes, coger de un brazo y zarandear violentamente a una mujer que tiene en sus brazos a una niña de 8 meses, se considera una imprudencia grave.

A lo que hay que añadir que a pesar de la corta edad de la víctima, las lesiones que sufrió precisaron de tratamiento e, incluso, de hospitalización.

(Sentencia de 12 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 154

### *Requisitos del delito de lesiones en riña tumultuaria*

Tercero.—En el motivo 2.º, por el cauce del número 1.º del artículo 849 LECrim, se dice que hubo infracción de ley por aplicación indebida contra Mohamed Ch. del artículo 154.

Este artículo, dentro del título de las lesiones, configura un particular tipo de delito, heredero de los artículos 408 y 424 CP derogado en su redacción anterior a la LO 3/1989, de 21 de junio, referidos respectivamente a los delitos de homicidio y

lesiones graves causados en riña tumultuaria. Tales artículos fueron derogados por la mencionada LO 3/1989 que en su lugar introdujo uno diferente que ocupó el lugar del 424 y que, en cuanto a la definición del delito, fue prácticamente repetido en el artículo 154 CP actual, que configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes:

1.º Que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados.

2.º Que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, decía de forma muy expresiva el anterior artículo 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual.

3.º Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes.

4.º Así las cosas, concurriendo esos tres elementos son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Ha de entenderse todos los que hubieran participado en el bando de los que hubieran utilizado esos medios peligrosos, caso de que en alguno de tales bandos nadie los hubiera utilizado. Evidentemente, por exigencias del principio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó.

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 163.1

### *Detención ilegal: requisitos y caracteres; diferencias con coacciones*

Primero.—(...) 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 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 del artículo 163.1 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (Sentencias de 1 de marzo de 1994 y 15 diciembre 1998).

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 —Tribunal Supremo Sentencia 16 diciembre—.

La conducta típica de la detención ilegal se concreta en los verbos «encerrar» y «detener», suponiendo el primero el mantenimiento en un espacio cerrado a una per-

sona, mientras que el otro verbo «detener» admite la privación de libertad en lugar abierto, precisándose el empleo de fuerza física o violencia psíquica para privar al sujeto pasivo de la capacidad de traslado ambulatorio. (Sentencia de 13 febrero 1991.)

Se trata de una infracción de consumación instantánea, habiéndolo así entendido la jurisprudencia de esta Sala siempre, al estimar cometido el delito en el hecho de conducir a una persona a la fuerza privándola de su libertad aunque fuera por pocos momentos (sentencia 29 mayo 1974), considerándolo como un delito instantáneo que se consuma con el encierro, o con el encierro y detención (sentencia 21 mayo 1984), sin que opte a la consumación de la infracción el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (sentencia 12 junio 1985).

La conducta descrita en el factum supone una clara detención ilegal en cuanto que se privó a la víctima durante un cierto tiempo de su libertad ambulatoria, es decir, de su capacidad para fijar por sí mismo su posición en el espacio, conducta más grave que la simplemente coactiva descrita en el artículo 172 del Código vigente.

En el relato no se concreta el tiempo que duró aquella detención, pues sólo se dice que la joven fue abordada en la calle Hilarión Eslava de Madrid y siguió caminando sujeta por el acusado y amenazada con un objeto punzante puesto en su espalda hasta la calle Fernando el Católico, en que pudo soltarse de él y darse a la fuga.

La liberación por lo tanto se debió a la conducta de la víctima, y no a un acto voluntario, espontáneo y libre del acusado que, además, se proponía continuar aquella situación en tanto no encontrara un lugar solitario y tranquilo en el que poder realizar el ataque sexual que anunció a la joven, por lo que habida cuenta que se trataba de una hora (las 20.30) del día 13 de junio, y de calles del centro de esta Capital, era previsible el transcurso de cierto tiempo hasta encontrar el lugar con las condiciones que quería.

En definitiva, el delito se consumó y con independencia de la mayor o menor duración de la detención, ésta se prolongó lo suficiente para estimar que se está en presencia de una detención ilegal y no cabe entrar a considerar una figura menos grave como la de las coacciones.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

*Policías que detienen a un ciudadano extranjero so pretexto de una falsificación de documentos por la que ni siquiera se incoaron diligencias y que lo mantienen contra su voluntad en el interior del vehículo policial llegando a llevarlo a un monte antes de ir a comisaría una hora después de la detención*

Séptimo.—El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 167 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 163.1.º y 2.º del propio Cuerpo legal.

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 tienen 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, limitándose

ostensiblemente el derecho a la deambulaci3n en tanto se impide de alguna manera el libre albedr3o en la proyecci3n exterior y f3sica de la persona humana. Si encerrar supone la privaci3n de la libre deambulaci3n porque se tiene a la persona dentro de los l3mites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica tambi3n esa limitaci3n funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidaci3n (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulaci3n de otro, el sujeto pasivo que an3micamente se ve constre3ido en contra de su voluntad, y por 3ltimo el tiempo como factor determinante de esa privaci3n de libertad, aunque sea evidente que la consumaci3n se origina desde que la detenci3n se produce. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del art3culo 172 del C3digo, aunque en modo alguno esgrimido por los recurrentes, si bien esa distinc3n venga propiciada esencialmente en raz3n a la especialidad. El delito de coacciones es el g3nero en tanto que la detenci3n ilegal es la especie, de suerte tal que la detenci3n desplazar3 a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a trav3s de los verbos antes explicados, al derecho fundamental de los art3culos 17 y 19 de la Constituci3n. Tampoco es posible la aplicaci3n del art3culo 530 del C3digo Penal, porque no media causa por delito alguno.

La reciente Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2000, trata de un supuesto de hecho con grandes analog3as con el presente caso, ya que se produjo un traslado injustificado a Comisar3a de Polic3a para su identificaci3n, por parte de un polic3a municipal, declarando esta Sala en dicha resoluci3n judicial que «apareciendo una actuaci3n abusiva de quien por la condici3n de polic3a municipal debe atemperar su actuaci3n desde el respeto a la Ley, y no a pretexto de ella, instrumentalizar los poderes de que le ha investido la sociedad para abusar de ellos privando de la capacidad ambulatoria a un ciudadano. En el presente caso fue patente la ilegalidad de la acci3n del recurrente desde el inicio..., constituyendo un delito de detenci3n ilegal al evidenciarse la conciencia plena, absoluta y segura del recurrente de ser consciente de la naturaleza antijur3dica de su actuar, consum3ndose el delito en el mismo momento de la privaci3n de la capacidad ambulatoria dada su condici3n de delito instant3neo. El motivo debe ser desestimado, existi3 el delito del art3culo 184 del anterior C3digo Penal que aplicaba una pena ben3vola, casi privilegiada en relaci3n con la gravedad de la conducta, lo que ya no ocurre en el tipo correspondiente del vigente C3digo Penal –art3culo 167–».

En el mismo sentido que venimos argumentando, las Sentencias de esta Sala de 23 febrero y 3 octubre 1996, el delito de detenci3n ilegal del art3culo 480 del antiguo C3digo Penal, que se corresponde con el art3culo 163 del vigente ahora, es una infracci3n instant3nea que se produce desde el momento en que la detenci3n o el encierro tiene lugar y est3 en directa relaci3n con los art3culos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constituci3n, por lo que ha de moverse 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 seg3n su voluntad.

El tipo descrito en el art3culo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privaci3n de la libertad ambulatoria de la persona. Y que esa privaci3n de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detenci3n hay que acudir a la LECrim, art3culos 489 y ss. Al ser el acusado de detenci3n ilegal funcionario p3blico, su actuaci3n s3lo ser3 delictiva si

se hubiese producido un exceso en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas.

2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo al ciudadano perjudicado, privándole de su libertad personal, durante más de una hora, llevándole a un descampado (monte), y conduciéndole finalmente a la Comisaría de Policía, contra la voluntad del afectado, y sin ningún motivo, al menos que haya sido expuesto, para verificar ese largo recorrido, con parada incluida en el monte; desde el plano subjetivo, la detención ha sido arbitraria e injustificada, ya que la documentación que portaba era suficientemente ilustrativa, con sellos y fotografía, legalizada, sin que pueda justificarse por la existencia de un presunto delito de falsificación de documentos, sencillamente porque tales diligencias nunca llegaron siquiera a iniciarse, ni denunciarse por los integrantes de la patrulla de la Policía Local, intencionalidad que resulta de los acontecimientos ocurridos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala («ad exemplum», Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, la primera de la cuales ya dijo que el funcionario ha de extremar el uso de las importantes facultades 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).

Algunas Sentencias de esta Sala, han tratado de casos parecidos, como la de 16 de julio de 1997, que condena a Jefe de Policía Local que mantiene retenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de 7 de mayo de 1997, que confirma la condena a un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de 24 de febrero de 1997, que trata de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin motivo justificado; la de 30 de junio de 1995: policías locales que privan de libertad a ciudadanos indebidamente; la de 5 de junio de 1995: policía que priva de libertad indebidamente; la de 25 de septiembre de 1993: policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado (privación de libertad durante aproximadamente una hora).

(Sentencia de 12 de julio de 2001)

### *Concepto de encerrar y detener: requisitos. Tener encerradas y vigiladas en piso a mujeres ucranianas para que ejerzan la prostitución*

Sexto.—El sexto motivo, por idéntico cauce casacional que el anterior, y en consecuencia, pleno respeto a los hechos probados, denuncia la infracción del artículo 163, apartados primero y tercero, del Código Penal. Junto a este motivo debemos analizar el décimo por el que se pretende sustituir el delito de detención ilegal por el de coacciones.

Conviene señalar, antes de dar respuesta casacional a estos motivos, que las dos Sentencias citadas de esta Sala, en apoyo de las pretensiones del recurrente, nada sostienen con relación a los alegatos que formula. Así, «los hechos idénticos» que se predicen de la Sentencia de 19 de enero de 2000, no son tales, tratándose, sin embargo, de un Auto de inadmisión, en la que no se valoraba sino la concurrencia del artículo 188.1.º del Código Penal, nunca la detención ilegal. La segunda, Sentencia de 10 de noviembre de 1992, que trata —dice el recurrente— un «supuesto similar», y de donde

entresaca una frase jurídica, se refiere a un deudor que se encontraba recluido en su vivienda vigilado por sus acreedores. Tales precedentes, pues, no pueden ser esgrimibles por no guardar parecido alguno en cuanto a este específico motivo.

Los verbos nucleares del tipo son «encerrar» y «detener». 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 en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho 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.

El tipo descrito en el artículo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal.
- 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo a las perjudicadas, las cuales «permanecían siempre en el piso de la calle Bartolomé Pou sin poder salir del mismo». Tal aserto en los hechos probados es indudablemente constitutivo de un encierro, con total claridad interpretativa, y supone un plus de antijuridicidad respecto al delito anterior, que si bien es genérico, como lo es el delito de coacciones en sí mismo considerado, no quiere decir que no pueda concurrir concursalmente con el de detenciones ilegales. Como hemos analizado anteriormente, las amenazas y agresiones conforman el delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, aprovechándose, en el caso concreto, de una situación de necesidad. Si además, se encierra y detiene a las personas en un lugar cerrado impidiéndoles salir del mismo, se consume también otro delito, en este caso el de detención ilegal, con ciertas características peculiares que son de estudiar seguidamente. En efecto, el *factum* relata que «en alguna ocasión acudieron solas al supermercado cercano al piso, regresando rápidamente al mismo ante el temor de represalias por parte de los acusados», pero si ponemos en combinación tales hechos con la circunstancia plenamente acreditada de la retirada de los pasaportes, el desconocimiento absoluto del idioma, carecer de dinero, no tenían en nuestro país ninguna persona conocida y el ambiente de temor provocado por los acusados que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre, yendo siempre acompañadas a todo lugar por los acusados o alguno de ellos, incluido a los locales de prostitución, se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado, que escaparan a dicha situación, sintiéndose retenidas (o encerradas), como efectivamente lo estaban, al punto que el día 3 de julio de 1999, Nadija V. «aprovechando un descuido de la llamada Nicole, cuando ambas se encontraban en el club “Delfos”, logró escapar y poner los hechos en conocimiento de la policía»; días más tarde, el 8 de julio, Olha y Valentyna, igualmente consiguieron escapar «aprove-

chando que en el piso sólo se hallaba la llamada “Nives”, y tras un forcejeo con ésta lograron apoderarse de unas setenta mil pesetas, así como de sus pasaportes –que los acusados retenían–, cogiendo un taxi en la Vía Alemania» y trataron de huir. No estaban, pues, libres de movimientos, y esto resulta sobradamente claro de tales hechos, intangibles en esta vía casacional, dada la vía elegida, y tampoco hay infracción alguna del *non bis idem*, ya que los comportamientos fácticos son distintos y los bienes jurídicos protegidos diferentes, pues el primer delito incide en la libertad sexual, dada su ubicación sistemática y características descriptivas y normativas, si bien la nota de determinación coactiva le hace coincidir con la detención ilegal en la libertad deambulatoria, pero con una intensidad antijurídica propia cuando coincide con dicho tipo delictivo, que supone la vulneración de los elementos del tipo de detención ilegal en caso de un agravado desbordamiento de tales factores fácticos, si se produce el encierro perdurable en el tiempo de las víctimas en lugar cerrado y vigilado, bajo la continua vigilancia de sus secuestradores, con tal plus de antijuridicidad que tales hechos no tienen porqué quedar consumidos y absorbidos por el delito descrito en el artículo 188 del nuestro Código Penal (ni en consecuencia, con el genérico de coacciones). Lo mismo que las agresiones dolosas con resultado físico causantes de lesiones tampoco quedan integradas en tal tipo penal, como equivocadamente consideró la Sala de instancia, no obstante quedar consentido por todas las partes este pasaje legal. En suma, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante «vis compulsiva» a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra (en el caso de autos, en el piso citado, del que no podían salir), con privación total de movimientos, delito de consumación instantánea, pero permanente en el tiempo, del que depende la penalidad, no su infracción punitiva.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 164

*Secuestro exigiendo alguna condición: encerrar al marido en su domicilio hasta que la mujer vuelva con el dinero requerido, aunque dicha mujer cierre al salir la puerta con llave para asegurar la detención de los secuestradores*

Cuarto.–En el motivo cuarto, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del artículo 164 CP en que se describe y castiga el delito de secuestro. Tampoco este motivo puede ser estimado. El delito de secuestro –denominación común convertida en *nomen iuris* por el nuevo CP– es un tipo agravado de detención ilegal en que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho –acción u omisión– que consiguientemente se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta. Es claro que todos estos elementos concurren en el relato

de hechos de la Sentencia recurrida al que rigurosamente hemos de atenemos. Según leemos en dicho relato, este recurrente y su correo exigieron, en la ocasión de autos, al matrimonio en cuya vivienda habían pernoctado, que les entregasen 200.000 pesetas a cuyo efecto la mujer debía salir a la calle para obtenerlas y el marido permanecer con ellos en la casa hasta que aquella volviese. Tenemos, pues, una detención –el marido no podía salir de la casa hasta que volviese la mujer con el dinero– y la imposición de una condición para poner fin al encierro –la entrega de 200.000 pesetas– ninguno de cuyos elementos típicos queda desvirtuado por el hecho de que la mujer cerrase al salir, con llave, la puerta de la casa, pues cuando tal hizo, el secuestro –la detención y la exigencia de condición– ya había sido realizado. Según la doctrina de esta Sala –véase, entre otras, la S. de 19-4-1997– la detención ilegal supone una cierta duración de la privación de libertad aunque, potencialmente, la consumación se origina en el momento de la detención. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, los autores tenían el propósito de prolongar la detención del marido hasta que la mujer volviese, por lo que estaba dentro de su plan el elemento del tipo que consiste en la duración de la privación de libertad, pudiendo afirmarse con razonable certeza que, de haberse desarrollado los acontecimientos de acuerdo con su proyecto, en ningún caso hubiesen liberado al marido hasta haber conseguido su objetivo. Puede decirse, por tanto, que el cierre de la puerta por la mujer al salir no añadió ni restó a la situación dato alguno significativo desde el punto de vista de la tipicidad. Sólo pudo tener el efecto de asegurar la captura de los autores como efectivamente ocurrió. No fue infringido el artículo 164 CP al subsumir en esta norma los hechos declarados probados referentes a la detención del que luego sería víctima de la tentativa de homicidio a que ya nos hemos referido en los fundamentos jurídicos anteriores. El motivo cuarto debe ser rechazado.

(Sentencia de 9 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 172

### *El obligar a trasladarle la víctima en vehículo a otra localidad cercana es delito de coacciones*

Segundo.–(...) Debe rechazarse la impugnación del Fiscal por lo que se pretende la aplicación del artículo 163.1 del CP y la condena de Guillermo D. H. por delito de detención ilegal.

El delito de detención ilegal se caracteriza por un elemento objetivo, consistente en la acción de encerrar o detener a una persona y por un elemento subjetivo, que estribará en la intención de privar al encerrado o detenido de su libertad ambulatoria.

La acción de encerrar o detener puede ser autónoma, o ser consecuencia de otra acción delictiva, que comporte una privación de la libertad ambulatoria de la víctima del delito. Respecto a tales privaciones de libertad accesorias concurrentes en delitos de agresión sexual o de robo con violencia e intimidación, entre otros, la jurisprudencia ha entendido que no integran el delito de detención ilegal, cuando la inmovilización y encierro de la víctima, era necesaria e inherente a la acción delictiva real y principalmente proyectada y perseguida por el delincuente. Así se afirma, en relación a delitos de robo con violencia e intimidación en la sentencia de esta Sala 1017/1999 de 11-9, en que se considera *in sita* en la mecánica comisiva del robo la privación de libertad de la víctima durante el tiempo preciso para el desplazamiento a un cajero bancario para conseguir pagos a través de la tarjeta de crédito sustraída, y en la sen-

tencia de 11-2-1999, en la que no considera detención ilegal el encierro de las víctimas de un robo en un cuarto de aseo, tras el apoderamiento de diversos efectos, para evitar una persecución inmediata a los depredadores, y para lograr la fuga de estos con los efectos sustraídos.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado, la privación de libertad de Juan Manuel S. R., era consecuencia obligada del delito de coacciones de que fue víctima, en cuanto al ser obligado a conducir el Seat Málaga portando al acusado, quedaba limitada su libertad de movimientos y desplazamientos, por quedar constreñido a seguir en el vehículo y al volante del mismo. Esta privación de libertad quedaba absorbida en el delito de coacciones del artículo 172 del CP apreciado por el Tribunal de Instancia.

Debe tenerse en cuenta además que la privación de libertad de S., aneja a su obligada conducción del Seat Málaga, tuvo una duración mínima, por ser muy corto el trayecto de La Rábida a Huelva, que recorrió el automóvil, y también es de destacar que cesó la privación de libertad ambulatoria de S., al detener el vehículo dicho perjudicado antes del lugar a donde quería ser trasladado Guillermo, y apearse éste, por lo que, de aplicarse el artículo 163 del CP, deberían subsumirse los hechos en el apartado atenuado del número 2 de dicho artículo.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

### *Existe coacción en el hecho de impedir a dueño de máquina su utilización por casi un año, reteniéndola en su poder ilegítimamente*

Segundo.—(...) El delito de coacciones es una infracción penal que afecta la libertad de obrar de las personas, requiriéndose para la existencia del delito que se haya producido efectivamente ese resultado. Los elementos precisos para su existencia son: 1.º) una dinámica comisiva encaminada a un resultado que puede ser de doble carácter: impedir a alguien hacer lo que la Ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto; 2.º) que tal actividad se plasme en una conducta de violencia, cuya clase ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no sólo una *vis physica* sino también la intimidación o «vis compulsiva» e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*; 3.º) que esa conducta ofrezca una cierta intensidad, ya que si esta última fuera de tono menor aparecería como apropiada la apreciación de una falta, a este respecto de la coacción se refiere el Código Penal, a la vez que a la de determinar la pena cuando dice que se debe atender «a la gravedad de la coacción o de los medios empleados», y teniendo en cuenta que en la jurisprudencia además del desvalor de la acción se ha tomado también en cuenta el desvalor del resultado, 4.º) existencia de un elemento subjetivo que incluye no sólo la conciencia y voluntad de la actividad que se realiza sino también un ánimo tendencial de restringir la libertad de obrar ajena, y 5.º) ausencia de autorización legítima para obrar en forma coactiva, ausencia que se suele entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y entender existe cuando no concurre una causa eximente de justificación y que es frecuentemente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber.

Pues bien, contrastando en el presente caso si se dan las precitadas exigencias, se observa que la acción realizada por el acusado se encaminó a impedir a la persona titular de la empresa dueña de la máquina que se tardó inmoderadamente en devolver, el uso de la misma y tal vez le compelió a valerse de otra, aunque como dice el recurrente, no haya quedado plenamente probado que para ello hubiera de comprarse una nueva. El agente del hecho es patente que obró con el propósito de menguar la libertad de obrar de otra persona impidiéndola la utilización de un instrumento que utili-

zaba en su empresa. También es claro que no estaba el agente legítimamente autorizado para retenerla porque, si inicialmente pudo necesitar la máquina para preparar y acondicionar cartonajes que de la misma empresa titular de la máquina había recibido, es claro que, transcurrido cierto tiempo, no tenía ninguna justificación retenerla en su poder. La naturaleza de la violencia empleada está en este caso muy relacionada con el grado de intensidad de la conducta realizada. La violencia sobre la persona se actuó mediante fuerza en las cosas, la menos fuerte de las que pueden actuar, pero, ello no obstante, fueron de notable intensidad los medios empleados, así como el resultado obtenido que determinó un impedimento ilegítimo y de bastante duración, ya que esa retención se extendió desde el verano de 1997 en momento no concretado, pero que al menos dio lugar a un requerimiento escrito de devolución en septiembre de ese año, hasta el 15 de mayo de 1998 en que fue desmontada y devuelta en buen estado, constando en los hechos probados que ya cuatro meses antes, a mediados de enero precedente, el acusado utilizaba cajas de cartón servidas por otros proveedores. La intensidad de la coacción y de sus resultados fue sin duda superior a la apropiada para la estimación de una mera falta.

(Sentencia de 11 de julio de 2001)

*Compeler a otro con violencia a hacer lo que no quiera: obligar a quitarse la ropa. Concurso con delito de robo*

Quinto.—(...) Es cierto que este Tribunal (Sentencia 21 de noviembre de 1997, entre otras) ha admitido la posibilidad excepcional de que el Tribunal sentenciador aplique la reducción punitiva del artículo 242.3.º incluso en supuestos en los que también concorra la agravación prevenida en el párrafo segundo, pero únicamente cuando el propio Tribunal aprecie una disminución relevante del contenido de injusto del delito, tanto en lo que se refiere a la ínfima cuantía de lo sustraído, concretamente en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planeamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como por la menor entidad de la intimidación pese a la utilización de un medio peligroso (mera exhibición—sin uso violento—de instrumentos de no acentuada peligrosidad), de modo que la penalidad derivada de la aplicación de la agravación prevenida en el párrafo segundo vulnerase el principio de proporcionalidad en caso de no hacer uso de esta facultad legal.

El hecho de que el Tribunal no haga uso de esta posibilidad excepcional solamente puede revisarse en casación cuando su criterio pueda ser tachado de irrazonable, por la notoria concurrencia conjunto de las referidas circunstancias.

En el supuesto actual es obvio que ni el Tribunal apreció la relevante disminución del contenido de injusto del delito ni su criterio resulta arbitrario sino plenamente razonable pues valorando tanto la cuantía de la sustracción (un bolso conteniendo 50.000 pesetas), como las circunstancias concurrentes (atracó a mano armada a una mujer que el acusado mantenía retenida en su propio vehículo para apoderarse de su bolso, intimidándola también para obligarle a despojarse de parte de su ropa) ha de concluirse que nos encontramos ante un supuesto que encaja en la regla general y no ante un caso excepcional de los que pueden determinar, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, la aplicación del tipo privilegiado, ordinariamente descartado por la utilización de un arma.

Sexto.—El cuarto motivo de casación, también por infracción de ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, alega aplicación indebida del artículo 172 1.º del CP/1995, por dos motivos diferentes: no haber calificado la coacción como

falta y no haberla considerado subsumida en el delito de robo, al ser única la intimidación.

El motivo carece de fundamento. La condena por coacción se justifica por el desestimiento de los actos de agresión sexual a los que se encaminaba el acusado cuando forzó a la víctima a punta de cuchillo para que se quitase la parte superior de la ropa. Los ruegos de la joven impidieron que el acusado llegase más lejos, pero en cualquier caso es responsable de los actos ya ejecutados, conforme al art 16. 2.º del Código. Y estos actos coactivos tienen la entidad suficiente, tanto por su naturaleza, al afectar no sólo a la libertad sino también a la intimidad, como por la entidad de la intimidación realizada con un arma, para ser calificados como delictivos y no como simple falta.

En definitiva los hechos revisten los caracteres de un delito de coacciones, previsto y penado en el artículo 172 del Código Penal, al concurrir los requisitos exigidos para la integración del tipo: *a*) una conducta violenta de contenido material intimidativa («vis compulsiva») ejercida contra el sujeto pasivo del delito, la utilización del cuchillo con el que el acusado amenaza a la joven; *b*) que la utilización de la conducta violenta vaya dirigida a impedir a la víctima hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto; mediante la utilización del arma logra el acusado que Hasna se quite la ropa que llevaba en la parte superior de su cuerpo; *c*) que la conducta tenga la violencia necesaria para ser delito, ello viene dado por la utilización del arma y el peligro potencial que supone para la integridad de la joven así como por la afectación a su intimidad que integra la acción coactiva, y *d*) que exista un ánimo tendencial consistente en el deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler, ánimo que es manifiesto en el caso actual.

Tampoco cabe estimar que la sanción del robo absorba la del previo atentado contra la libertad realizado con una finalidad diferente, pues en realidad nos encontramos ante atentados a bienes jurídicos distintos, por lo que si la coacción no fuese sancionada mínimamente, la pena impuesta no abarcaría la totalidad de la significación antijurídica de los hechos.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 174

### *Torturas no graves: requisitos. Guardia civil en el ejercicio de sus funciones que golpea a detenidos*

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 174 del Código Penal.

El Código Penal de 1995 ha incorporado en su artículo 174 un delito autónomo de tortura que lo define, siguiendo las pautas marcadas por los Tratados y Convenciones Internacionales y especialmente la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, expresando que comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, dis-

cernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

En su estructura típica concurren los siguientes elementos:

a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

El delito de tortura coincide con el de atentado contra la integridad moral, del que acusa el Ministerio Fiscal, en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el artículo 15 de la Constitución, pero difiere en cuanto no se requieren los objetivos específicamente previstos en el artículo 174, y se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el relato fáctico de la sentencia de instancia permite afirmar, sin duda que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de tortura antes definido.

Ciertamente, el primer elemento está presente, en cuanto el acusado infligió a los tres detenidos sufrimientos físicos y mentales.

A Roberto H., cuando llegó al acuartelamiento de la policía, en condición de detenido, le insultó y golpeó en la cara provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral que le provocó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria y fue diagnosticado de síndrome por estrés postraumático.

A Iván G. le propinó un codazo en el mentón izquierdo al tiempo que le insultaba cuando era trasladado en el vehículo policial e igualmente sufrió golpes en la cara cuando se encontraba en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas.

Y Francisco H. fue insultado por el acusado cuando era trasladado a las dependencias policiales y una vez en dichas dependencias fue golpeado en la cara cuando se encontraba con sus manos inmovilizadas con las esposas.

Igualmente concurre el segundo elemento ya que el acusado, cuando realizó las conductas antes referidas, actuó en su condición de Guardia Civil, encontrándose de servicio y vistiendo el uniforme reglamentario. Resulta bien patente que hizo abuso de su cargo en cuanto se aprovechó de la situación de dependencia en que se encontraban los detenidos de los que era garante de su seguridad e integridad.

Y, por último, concurre igualmente el elemento teleológico, ya que este comportamiento, como se dice expresamente en la sentencia de instancia, estuvo motivado por los incidentes que previamente se habían producido en el interior del Pub «El Pozo» donde había acudido el acusado en compañía de otro Guardia Civil para comprobar determinados requisitos administrativos que debía reunir el estableci-

miento para permanecer abierto. Y con mayor precisión, en el fundamento de derecho cuarto, completando el relato fáctico, se dice que el acusado, «con evidente infracción de las funciones propias de su cargo actuó motivado por los hechos ocurridos anteriormente en el Pub» y en el mismo fundamento jurídico se añade «que actuó movido por ánimo de venganza personal ante los hechos ocurridos momentos antes en el interior del “Pub” propinándole un golpe a Roberto...».

La conducta del acusado, que tan abiertamente atentó contra la integridad física y moral de los detenidos de cuya custodia era responsable, estuvo motivada por ánimo de castigo o represalia por los sucesos acabados de ocurrir, cumpliéndose, por consiguiente, el tercer elemento antes expresado.

Así las cosas, la subsunción en el artículo 174 del Código Penal, como se interesa por las acusaciones particulares es correcta, conformándose tres delitos de torturas, uno por cada uno de los detenidos cuya integridad moral se ha visto agredida sometiendo a condiciones o procedimientos previstos en este precepto.

El artículo 174 diferencia entre tortura grave cuando el atentado a su integridad fuera igualmente grave o tortura no grave en otro caso, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. No debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código derogado, permite, como expresamente se establece, en el artículo 177, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos.

En el supuesto que nos ocupa, el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales u otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidas por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas Roberto H. C. e Iván G. G. que mantiene su independencia y serán castigadas por separado, conforme se dispone en el artículo 177 mencionado.

Con este alcance, el primer motivo del recurso de las acusaciones particulares debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 23 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 175

*La redacción amplia de los tipos de torturas y otros delitos contra la integridad moral no afecta a la seguridad jurídica. Bien jurídico protegido. Agentes de la Guardia Civil de paisano que, tras montar el*

*arma dos veces, la colocan en la nuca de una persona, le obligan a bajarse los pantalones, en presencia de otras personas, y a buscar una colilla por el suelo*

Sexto.—Se ha denunciado también, al amparo del artículo 5,4 LOPJ, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24,1 CE, al haberse condenado a los ahora recurrentes como autores de delito del artículo 175 CP.

Se cuestiona, en primer término, la opción de técnica legislativa que se manifiesta en la redacción del precepto sustantivo aplicado, que, ciertamente, no es un dechado de precisión descriptiva, como algunos autores han puesto de manifiesto. Pero dicho esto, se trata de ver si su aplicación al caso es objetable.

Los recurrentes, aceptando —dada la naturaleza del motivo— la forma en que los hechos probados se encuentran redactados, cuestionan que la acción de montar dos veces el arma y la subsiguiente aplicación de la misma a la nuca de una persona, para obligarla a bajarse los pantalones y a permanecer así a presencia de otros, pueda merecer el calificativo de «constricción anímica inhumana»; y también que ese modo de obrar haya sido calificado de atentatorio contra la integridad moral. Asimismo, entienden que, en todo caso, nunca habría motivo para aplicar la modalidad agravada del delito del artículo 175 CP.

El artículo 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Así las cosas, no cabe duda de que el perjudicado en esta causa fue usado por los ahora recurrentes con un fin carente de todo amparo legal, tanto al limitar arbitraria y drásticamente su libertad, como al utilizar con él medios aptos para producir miedo e incluso terror, y, en fin, al imponerle gratuitamente un comportamiento denigrante. Por tanto, es evidente que la integridad moral de aquél se vio realmente comprometida.

Siendo así, se trata de determinar si, además, ese atentado fue o no grave. Y la respuesta sólo puede ser la que ha dado el tribunal de instancia en la sentencia recurrida. Primero, porque lo aquí empleado al margen de la ley fue una fuerza física cuyo uso ésta reserva, como última ratio para situaciones-límite, a las que no cabría hacer frente de otro modo. Además, porque esa violencia se vio intensificada en sus efectos sobre la víctima por la utilización de un arma de fuego, empleada de modo que se hizo ver a aquella que su vida podía correr un riesgo real (no es otro el efecto que produce la aplicación de una pistola previamente montada, a la nuca de un muchacho). Y, en fin, porque éste coaccionado de esa forma, fue obligado a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas.

Se dio, por tanto, en el caso examinado no sólo la imposición arbitraria y violenta de la conducta descrita a una persona, sino, además, por eso, una abierta y aparatosa desviación en el uso del poder de coerción atribuido por la ley a los funcionarios encausados, precisamente en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que aquí resultaron seriamente conculcados.

En consecuencia, hubo directa afectación negativa al bien jurídico protegido por el precepto, y ello mediante abuso de la función policial, justamente calificado de

grave. Por lo demás, en la sentencia impugnada se ha discurrido con rigor argumental sobre todos estos aspectos. Es por lo que este motivo debe asimismo desestimarse. (Sentencia de 3 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 178

*Arrinconar a menor contra la pared, darle besos en la cara y manosearle el pecho a la vez que robarle es agresión sexual y no falta de vejación leve, pese a la escasa entidad de la intimidación que fundamenta el subtipo privilegiado del artículo 242.3*

Segundo.—(...) Tras alguna vacilación (v. S. de 15 de noviembre de 1997), esta Sala se ha pronunciado en sentido afirmativo sobre la posibilidad de aplicar el apartado tercero del artículo 242 a los supuestos previstos en el apartado segundo del mismo artículo —bien que con carácter excepcional— «siempre que se aprecie 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, pese al uso del arma (mera exhibición de instrumentos de no acentuada peligrosidad)», por considerarse desproporcionada la penalidad derivada de la necesaria aplicación a tales supuestos de la previsión penológica del apartado segundo del referido artículo, con una pena mínima de tres años y seis meses de prisión; habiéndose precisado también que, caso de aplicación del apartado tercero, en estos casos, «la pena básica del apartado 1 del artículo 242 deberá rebajarse en un grado por aplicación de la regla 3.ª y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de la regla del apartado 2» (v. SS. de 21 de noviembre de 1997, 9 de marzo y 13 de octubre de 1998, 5 de marzo de 1999 y 20 de mayo de 2000). A este respecto, en la citada sentencia de 13 de octubre de 1998, se pone de manifiesto que, en los sucesos lamentablemente frecuentes entre jóvenes en los que ya desde el propio planteamiento de la acción, ésta persigue únicamente una sustracción de escasa entidad (una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero), dar a tales supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2), por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, «implica tratar igualmente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad», razón por la cual «el legislador, muy razonablemente, palía la notable dureza del tratamiento punitivo de este tipo delictivo, y evita la desproporcionalidad de las penas, atribuyendo al Tribunal la facultad de reducir la penalidad en los supuestos de menor entidad, facultad reconocida por el párrafo tercero del artículo 242 para todos los supuestos de robo con violencia e intimidación en que el Tribunal aprecie la concurrencia de ésta “menor entidad”, valorando las circunstancias que la norma señala, sin que queden *a priori* excluidos los supuestos en que es de aplicación el párrafo segundo, aunque ordinariamente no concurrirá en ellos esa menor entidad».

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que lo que la parte recurrente afirma en el motivo, en el sentido de que el acusado «no necesitaba dinero» y de que, antes de cometer los hechos objeto de enjuiciamiento, había tomado «alcohol y drogas» y que «simplemente estaba drogado y bebido, y no se dio cuenta de su conducta», desconoce el obligado respeto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida inherente al cauce casacional elegido (art. 884.3.º LECrim), por lo que carece de toda relevancia a efectos casacionales.

Y, por lo que se refiere a las circunstancias concurrentes en la conducta enjuiciada, es menester destacar: *a*) que la intimidación cualificativa del delito de robo no pasó de la exhibición de una navaja pequeña («de aproximadamente cinco centímetros de hoja»); y *b*) que las cantidades que a consecuencia de ello pudo obtener de sus víctimas fueron: 800 pesetas, 1.050 pesetas, 1.000 pesetas, y 300 pesetas. Parece, pues, que nos encontramos en uno de los supuestos en los que la jurisprudencia anteriormente citada estima que la sanción penal prevista en el apartado 2 del artículo 242 del Código Penal resulta ciertamente desproporcionada —dada la entidad real de la intimidación, la escasa cuantía del dinero sustraída y la ausencia de todo otro resultado jurídicamente relevante—, si se compara con la antijuridicidad inherente a los supuestos de robos a mano armada a comercios o entidades bancarias. De ahí que esta Sala estime que, en aplicación de aquel criterio flexible admitido en anteriores resoluciones de la misma, debe reconocerse la procedencia de aplicar a los hechos enjuiciados en esta causa el apartado 3 del artículo 242 del Código Penal.

Procede, en conclusión, la estimación de este primer motivo.

Tercero.—El segundo motivo, por el mismo cauce casacional que el primero, se formula por infracción de ley, ya que la parte recurrente entiende que se ha aplicado indebidamente el artículo 178 del Código Penal, calificando de agresión sexual la conducta del acusado respecto de la joven Beatriz, cuando la conducta del acusado debió considerarse constitutiva simplemente de una falta de vejación leve del artículo 620 del Código Penal.

Alega la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que una agresión sexual puede ser derivada hacia el capítulo de las faltas, en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, cuando el sujeto activo se ha limitado a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente, careciendo de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona; pues —según la jurisprudencia— el elemento subjetivo determinante de la antijuridicidad de la conducta en los delitos de agresión sexual es el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual en el agente del hecho.

En relación con la cuestión aquí planteada, tiene declarado esta Sala que el delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal —dentro del Título de los «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»— constituye esencialmente un atentado a la libertad sexual de las personas cuyos elementos definidores son, de un lado, el objetivo de una conducta proyectada ordinariamente sobre el cuerpo de otra persona, llevada a cabo contra la voluntad de la misma, mediante el empleo de violencia o intimidación encaminadas a vencer la voluntad contraria de la víctima, y, de otro, el subjetivo de una inequívoca intencionalidad sexual (v., *ad exemplum*, SS. de 31 de marzo y 17 de julio de 2000). El *modus operandi*, consistente en el empleo de violencia o intimidación, se concretará normalmente, en la primera modalidad, en el empleo de una fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (v. S. de 17 de julio de 2000), y, en la segunda, en la amenaza de causar algún mal a la víctima que sea suficiente para paralizar o inhibir la normal resistencia de la misma, sin que sea preciso, por tanto, que la misma llegue a ser irresistible (v. S. de 1 de octubre de 1999).

El delito de agresión sexual se diferencia sustancialmente del de abusos sexuales, precisamente, en la necesidad de haberse empleado violencia o intimidación para llevar a efecto la conducta de que se trate, y, por otra parte, se diferencia de la falta de vejación injusta de carácter leve, por la escasa entidad de las conductas que deben ser calificadas como constitutivas de falta y la ausencia de ánimo libidinoso en el sujeto activo.

En el presente caso, la conducta del hoy recurrente, en cuanto ahora importa, consistió en arrinconar a la menor contra la pared, sujetarla, besarla repetidas veces en la cara sujetándola fuertemente con la mano, y manosearla por la zona del pecho; precisando luego el Tribunal de instancia que el acusado besó varias veces a la menor, llegando a sujetarle la cara con la mano para besarla, extendiéndose luego la agresión a «una serie de manoseos o tocamientos por la parte del pecho», lo que según dicho Tribunal «excede en cuanto a su gravedad de aquella que merecería el calificativo de falta» (v. F. 1.º).

Participa esta Sala del criterio mantenido por la Audiencia. La conducta calificada de agresión sexual –no debe olvidarse– la llevó a cabo el acusado, tras haber intimidado a la víctima mediante la exhibición de una navaja hasta conseguir que le entregase el dinero que llevaba, empleando luego su fuerza para sujetarle la cara para poder besarla, al tiempo que la arrinconaba contra la pared, llegando finalmente en tal situación a manosear el pecho de la menor. Nos hallamos, pues, ante unos actos de inequívoco carácter sexual, impuestos a la menor mediante el empleo de la fuerza necesaria para vencer su resistencia, en un contexto de intimidación previa; debiendo inferirse racionalmente un ánimo libidinoso en el acusado por la propia naturaleza de los actos realizados contra la voluntad de la menor. Concurrían, pues, todos los elementos precisos para la existencia del delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal. No es posible, en consecuencia, apreciar la infracción de ley aquí denunciada.

(Sentencia de 17 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 179

### *Agresión sexual tentada consistente en intentar introducir un palo en la vagina de la víctima: irrelevancia de inexistencia de ánimo lúbrico*

Tercero.–(...) 1. A) Partiendo de los hechos declarados probados fue correcta la aplicación del artículo 430 del CP de 1973, en su modalidad agravada de introducción de objetos, y también fue ajustada a Derecho la apreciación de la tentativa y la aplicación de los artículos 3 y 52 del citado Cuerpo Legal, que regula tal forma imperfecta de ejecución; y también fue pertinente la cita del artículo 429.1.º del repetido Código.

Efectivamente, el hecho que recoge el relato histórico del intento de introducción de un palo por la vagina de la víctima era subsumible con arreglo al CP de 1973 en el subtipo agravado de agresión sexual previsto en el inciso segundo del artículo 430, y actualmente, en el nuevo Código de 1995, constituiría un supuesto de violación comprendido en el artículo 179. No es exigible necesariamente en la modalidad agravada de agresión sexual de introducción de objetos que concurra un ánimo lúbrico, pudiendo apreciarse el delito cuando responda a otros móviles subjetivos, como el de venganza o menosprecio, según se aceptó en la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1989.

La doctrina de este Tribunal manifestada en las sentencias de 18-2-1985, 17-1-1986, 6-4 y 27-10-1987, 27-6-1988, 3-10-1989 y 18-6-1990, ha admitido la tentativa, aunque no la frustración, respecto al delito de abusos deshonestos y de agresiones sexuales definido en el artículo 430 del CP de 1973, por entender que no es un delito de resultado. Tratándose de la modalidad de introducción de objetos, es obvio que es

un subtipo penal en el que se contempla un resultado, respecto al que cabrá apreciar formas imperfectas de ejecución.

No fueron por tanto indebidamente aplicados los artículos 3 y 52 del CP de 1973 en relación al delito de agresión sexual. Tampoco fue incorrecta la aplicación del artículo 429.1.º del CP de 1973, en relación con el artículo 430 del mismo Cuerpo Legal, puesto que, según los hechos probados, el acusado Juan Pedro B. B. utilizó violencia en su intento de introducir el palo por la vagina de Dolores B. G.

(Sentencia de 25 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 180.1.1.ª

*Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio: el carácter degradante o vejatorio se tiene que proyectar en la violencia o intimidación ejercidas, no en la conducta sexual del sujeto activo; no existe en el caso de restregar los genitales por la cara de la víctima y meter el dedo en su vagina*

Séptimo.—El tercero y último de los motivos formulado por la acusación particular sigue la vía del artículo 849.1 LECrim denunciando infracción por inaplicación del artículo 180.1 CP «dada la notoriedad de la concurrencia del carácter particularmente vejatorio de los abusos».

En su limitado desarrollo relaciona como hechos subsumibles en dicho subtipo agravado «restregarle los genitales por la cara» o «le metió el dedo en la vagina», por lo que hace a dos de las hijas, sin perjuicio de lo consignado en el primero de los motivos (fundamento quinto). Sin embargo, desestimado éste y por ello negada la adición fáctica contenida en el mismo, sólo restan las acotaciones anteriores.

La primera circunstancia del artículo 180 CP, que exaspera las penas de los tipos de los artículos 178 y 179, se refiere a «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Conforme a la literalidad de lo transcrito es relevante tener en cuenta que el carácter particularmente degradante o vejatorio debe predicarse de la violencia o intimidación presente en la agresión pero no propiamente respecto de los actos sexuales realizados en cualquiera de sus modalidades o variaciones, es decir, el «plus» de antijuridicidad que conlleva el subtipo agravado se refiere a la funcionalidad de los sustantivos violencia o intimidación.

La Jurisprudencia de esta Sala parte de la existencia inherente a toda agresión sexual de la vejación y humillación de la persona ofendida, exigiendo para configurar la agravación la concurrencia de un particular grado de brutalidad, degradación o vejación superior al inherente al hecho mismo (SSTS de 21-1-1997 o 21-2-1998), es decir, como señala también la STS de 23-3-1999 la presencia de fuerza o intimidación innecesarias por exceso, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo.

Pues bien, las acciones acotadas en el desarrollo del motivo no permiten su subsumición en el subtipo agravado conforme a lo señalado más arriba, pues se trata de la descripción de la conducta sexual del sujeto activo del delito, sin perjuicio de la degradación y humillación de la víctima. Caso distinto sería el planteado en el motivo primero del recurso de esta parte, desestimado por las razones ya aducidas más arriba, por cuanto lo que se dice en el mismo sí contendría un «plus» añadido de degradación y vejación en relación con la intimidación ejercida.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

ARTÍCULO 180.1.3.<sup>a</sup>

*No existe el tipo agravado de víctima especialmente vulnerable por razón de la edad si ésta ya se tuvo en cuenta para apreciar la violencia o intimidación, y ello en virtud del principio non bis in idem*

Cuarto.—Como tercer motivo y por el mismo cauce que el anterior se denuncia como indebida la aplicación del artículo 180-3.º del Código Penal.

En síntesis la denuncia casacional que desarrolla su eficacia en relación al menor Víctor estriba en la alegación de que si los hechos han sido calificados como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal por estimarse la concurrencia de una intimidación, la misma está directamente relacionada con la condición de la víctima que a la sazón era de corta edad, por lo que la aplicación, además, del subtipo agravado del artículo 180-3.º en la modalidad de persona especialmente vulnerable por razón de su edad —se está en el texto anterior a la LO 11/1999, de 30 de abril— supone una infracción del *non bis in idem*.

Ya desde ahora debemos anunciar la prosperabilidad del motivo.

La censura casacional presenta el problema de la compatibilidad de los artículos 178 y 180 del Código Penal. La solución a este tema, desde el respeto al principio de *non bis in idem* es clara en sede teórica: no puede valorarse una misma circunstancia típica en dos momentos sucesivos de la calificación penal, como recuerda el artículo 67 del vigente Código Penal. Habrá en consecuencia que analizar cada situación para determinar si se produce o no esa doble valoración típica.

En el presente caso, toda vez que los hechos se han calificado como de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal y por tanto con la concurrencia de violencia o intimidación, se ha de acudir al *factum*. En este se describe la acción en términos de inequívoca intimidación solo comprensible desde la corta edad de ambos jóvenes, a la sazón de 10 y 9 años respectivamente. En efecto el recurrente viendo que ambos estaban viendo un partido de golf se acercó a ellos y «... les dijo que estaban denunciados y que tenían que acompañarle a la Comisaría, indicándoles que se subieran al coche a lo que accedieron por miedo los menores...». El otro momento intimidatorio fue en la playa donde le dijo a uno de ellos «... que le chupara el pene...» a lo que en principio se negó, pero le intimidó diciéndole «... me lo tienes que hacer...» accediendo el menor. A ello hay que añadir que los hechos se producen a primeras horas de la tarde de un mes de mayo en la Localidad de Motril. Estos hechos, intangibles para la Sala dado el cauce casacional utilizado están evidenciando una intimidación suficiente para doblegar la voluntad de la víctima pero sólo explicable, dada su escasísima entidad objetiva, desde la corta edad de los menores. Es obvio que ningún adolescente accede a montarse en el vehículo de un desconocido que le dice que están denunciados y esto en un escenario nada coactivo —estaban viendo un partido de golf—. Es claro que fue intimidación bastante, pero sólo por la corta edad, por ello la agravación penal que supone la aplicación del artículo 180-3.º supone en este caso una vulneración del *non bis in idem*. Evidentemente pueden darse otros casos en los que la situación intimidatoria por no estar tan ligada a la corta edad de la víctima, pueda operar como agravante autónoma que cualifique el subtipo del artículo 180. En tal sentido se puede citar la STS de 12 de enero de 2001, que en relación a la situación de prevalimiento del artículo 181-3.º estimó aplicable, además, el subtipo del artículo 182-2.º por tratarse de realidades distintas.

(Sentencia de 13 de febrero de 2001)

ARTÍCULO 180.1.5.<sup>a</sup>

*Uso de armas y otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones: lo es el uso de cuchillo para doblegar la voluntad de la víctima, continuando haciendo uso del mismo como medio violento e innecesario para la perpetración del hecho*

Tercero.—El Motivo formalizado en tercer lugar se basa en el artículo 849-1.º de la LECrim para denunciar infracción, por indebida aplicación del artículo 180-5.º del CP.

Sostiene el recurrente la tesis de que el cuchillo fue el medio intimidatorio y que si se aplica, como se hace, el subtipo agravado del artículo 180-5 CP se está utilizando el mismo objeto dos veces; una para calificar el hecho como agresión sexual utilizando intimidación y otra como circunstancia de agravación prevista en el artículo 180-5 CP, lo que significa consagrar un supuesto de conculcación del Principio *non bis in idem* que el Tribunal Constitucional tiene residenciado en el artículo 25-1.º de la Carta Magna.

En apoyo de su planteamiento, el autor del recurso alude a diversas resoluciones de esta Sala que hacen referencia al juego o aplicación de la extraordinaria agravación prevista en el artículo 180-5.<sup>a</sup> del CP, especificando que se exige la aparición de un peligro sobreañadido al que genera la mera utilización del arma únicamente para intimidar. Es decir: no basta para aplicar la agravación el que el sujeto haya utilizado un arma blanca u otro medio capaz «objetivamente» de producir resultados lesivos para la vida o la integridad física, sino que es preciso que la concreta utilización que se diera a esos medios generara un especial peligro, añadiendo ciertamente que, cuando ello no sucede así, el Tribunal Supremo viene negando la posibilidad de aplicar la agravación que se discute y, por último, saliendo habilidosamente al paso de la justificación que ofrece la Sala *a quo* para aplicar el precepto cuestionado, resalta la escasa gravedad de las lesiones causadas con el cuchillo a la víctima y que dicho órgano de instancia fundamenta la existencia de la agresión sexual en la intimidación y no en el ejercicio de la violencia.

Pues bien, la postulación recurrente —a cuya virtud debe suprimirse la aplicación del subtipo agravado con el consiguiente efecto sobre la dosificación de la pena— sólo sería aceptable partiendo de una hipótesis fáctica distinta de la que, inalterada, se describe en la primera premisa de la resolución que se combate, mas no desde esta cuyo respeto integral es obligado en razón del cauce casacional elegido para formular la denuncia de infracción sustantiva que ahora se examina.

La agravación contenida en el artículo 180-5.<sup>a</sup> del CP se refiere al uso por el autor de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150.

Consta en los hechos probados que el procesado esgrimió un cuchillo que colocó en el cuello de M.<sup>a</sup> Isabel a fin de satisfacer sus deseos libidinosos, obligándola, bajo la amenaza de clavárselo y cortarle un pecho, a que se desnudara; cuchillo que fue utilizado también para cortar las bragas que M.<sup>a</sup> Isabel tenía puestas y que fue usado contra la víctima: Modesto deslizaba el cuchillo sobre el cuerpo de M.<sup>a</sup> Isabel ocasionándole múltiples cortes superficiales con el punta del mismo en la pierna izquierda (de entre 10 a 3 centímetros) y en la pierna derecha de entre (7 y 3 centímetros), resultando igualmente con diversas erosiones longitudinales en el tercio inferior del hemitórax derecho (de entre 3 y 8 centímetros), en la espalda (de entre 4 y 2 centímetros) y otra en el antebrazo izquierdo (de 6 centímetros).

A partir de tal descripción entendemos que, si bien es cierto que no siempre que el sujeto activo de las conductas típicas descritas en los artículos 178 y 179 C. Penal utilice un arma blanca o de fuego u otro medio peligroso en la ejecución del ilícito habrá de aplicarse de forma automática el subtipo agravado previsto en el número 5 del artículo 180 sino que es menester analizar cada supuesto individualizadamente y atender a las circunstancias concurrentes, no lo es menos que, desde esa perspectiva casuística, puede afirmarse que el Tribunal Juzgador no ha errado al efectuar la calificación jurídica subsumiendo la conducta descrita en el *factum* en el artículo 180-5.º del C. Penal ya que el acusado en el inicio de la acción, aunque utilizó el cuchillo como medio intimidatorio –y así expresamente resulta del relato de hechos–, vencida la oposición de la víctima por tal medio y, por tanto, ya más allá de la fase de intimidación, continuó haciendo uso del arma como medio violento e innecesario para la acción no obstante estar ya doblegada la voluntad del sujeto pasivo de su reprochable conducta.

(Sentencia de 21 de mayo de 2001)

#### ARTÍCULO 180.1.4.º

*Padre que mantiene relaciones sexuales con su hija desde que cumple once años venciendo su resistencia en ocasiones a través de la intimidación; diferencias con el abuso sexual*

Segundo.–En el segundo motivo, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una indebida aplicación a los hechos declarados probados de los artículos 178, 179 y 180.3.º y 4.º Código Penal, solicitándose que, una vez declarada la indebida aplicación de estos preceptos, sean subsumidos los hechos en los artículos 181.1 y 2.1.º y 182, con la agravación prevista en el número 1 del párrafo segundo del último de los artículos mencionados. Pretende, en definitiva, la parte recurrente que los hechos probados han debido ser calificados como delito de abuso sexual, cometido sobre menor de doce años y consistente en acceso carnal, agravado por haberse prevalido el acusado de su condición de padre de la víctima, y no como delito de agresión sexual consistente en acceso carnal, agravado por la doble circunstancia de la especial vulnerabilidad de la víctima y el prevalimiento de la relación de parentesco. Tampoco este motivo de casación puede tener una favorable respuesta. La diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que en el primero el atentado contra la libertad sexual de la víctima se comete viciando el sujeto activo el consentimiento de la misma mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, o desconociendo sencillamente la incapacidad de aquella víctima para prestar un consentimiento libre, en tanto en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de la víctima. Naturalmente el hecho de que la ley presuma, a efectos de configurar el delito de abusos sexuales, que no presta libremente su consentimiento un menor de trece años –de doce, antes de que el artículo 181.2 CP fuese modificado por la LO 11/1999, de 30 de abril– no puede llevar a la absurda conclusión de que todo atentado contra la libertad sexual de un menor de la mencionada edad es meramente constitutivo de un abuso porque se supone que no está en condiciones de consentir en la disposición sexual de su cuerpo. Un menor es siempre posible sujeto pasivo de un abuso sexual, pero puede serlo también de una agresión sexual si su voluntad contraria a las apetencias del sujeto activo es dominada por éste mediante

la fuerza o la intimidación, medios que normalmente tendrán que ser de una menor intensidad que cuando se trata de doblegar con ellos la voluntad contraria de un adulto. A la luz de estas elementales consideraciones, parece fuera de toda duda que los hechos perpetrados por el acusado, tal como se narran en el *factum* de la Sentencia recurrida y haciendo abstracción de las circunstancias que no aparecían en el relato del Ministerio Fiscal, no pueden ser calificados sino como delito de agresión sexual. Si el acusado comenzó a tener acceso carnal con su hija desde que ésta cumplió los once años a pesar de sus reiteradas negativas, es evidente que tantas veces consumó el bárbaro atentado hubo de vencer una voluntad contraria de la misma y no solamente aprovechó su incapacidad para consentir. Y si no se dice en la declaración probada que lo logró mediante la fuerza, es que fue la intimidación el medio utilizado porque, en primer lugar, las negativas reiteradas de la niña suponen una actitud de oposición que el acusado tuvo que doblegar de alguna manera y, en segundo lugar, la intimidación es prácticamente inherente a la acción de un padre que, haciendo caso omiso de las negativas de una hija de once años, la hace objeto de tocamientos impúdicos y llega por fin a penetrarla vaginalmente. En estas circunstancias, en que se enfrentan dos voluntades contradictorias –la de un padre y una hija de corta edad– sobre un tema tan sensible como la realización entre los dos del acceso carnal, el triunfo de la voluntad del padre supone la anulación de la voluntad de la hija y esta anulación, puesto que se produjo, en el supuesto enjuiciado, sin el empleo de fuerza física, no pudo acontecer sino por el lógico debilitamiento de la capacidad de oposición que necesariamente ha de afectar a una niña sometida a la terrible experiencia de verse requerida por su propio padre. Debemos concluir, en definitiva, que procedió correctamente el Tribunal de instancia apreciando la existencia de intimidación en la conducta del acusado y conceptuando la misma como un delito continuado de agresión sexual, por lo que debemos rechazar la pretensión de que en la Sentencia recurrida se hayan aplicado indebidamente los preceptos penales cuestionados. Se rechaza, en consecuencia, el segundo motivo de casación y se desestima el recurso.

(Sentencia de 25 de junio de 2001)

#### ARTÍCULO 180.1.5.º

*La sola exhibición del arma en este caso no integra a la vez la violencia típica del artículo 178 CP y la peligrosidad del artículo 180.5 del mismo Código*

Segundo.–(...) a) En los hechos probados se describe con expresivos trazos los tocamientos reiterados del acusado en los senos, vientre, ingles y muslos de la víctima y su insistente requerimiento a ésta para que lo besara lo que pone de manifiesto, incuestionablemente, que resultó afectada la indemnidad sexual de la mujer y era fundada la racionalidad de la inferencia realizada por el Tribunal sentenciador pues los hechos constatados, en su más absoluta objetividad, ponen claramente de manifiesto una inequívoca intencionalidad sexual (en este sentido S. de 31 de marzo de 2000).

La agresión sexual realizada, además del robo, en la persona de la víctima «colocándole en el cuello un objeto punzante, estilete o abrecartas» colma sobradamente las exigencias típicas del artículo 178 del CP y la pretensión del recurrente de

incardinarla en la falta del artículo 620.2.º del mismo texto legal es absolutamente invariable.

Desde esta perspectiva tampoco el motivo puede prosperar.

b) No sucede lo mismo con la aplicación del artículo 180.5 del CP. Los bienes jurídicos protegidos por el mismo son eminentes y relevantes y la reacción penal es idónea y necesaria pero puede ser desproporcionada si se interpretaran en el sentido de que la mera exhibición del arma o instrumento peligroso en el momento inicial del asedio sexual produce por sí sola, automáticamente y con carácter general, la aplicación del subtipo aunque, una vez cumplida su finalidad intimidatoria, no se utilizara con posterioridad sin generar riesgo concreto para la víctima, que es lo sucedido en el presente caso, teniendo en cuenta, además, la escasa envergadura del arma que no se sabe si fue un abrecartas, estilete u otro instrumento.

Por otra parte aunque un subtipo agravado no conculca, obviamente, el principio de doble incriminación (STC 51/1989 de 22 de febrero, F. 1), hay que ser sumamente cuidadoso al considerar que un solo hecho, como la exhibición del «arma» integre a la vez, la violencia típica del artículo 178 y la peligrosidad del artículo 180.5, lo que podría vulnerar el principio *non bis in idem*, que no obstante su omisión textual en el artículo 25.1 de la CE está comprendido en él y en el principio de legalidad-tipicidad como tempranamente proclamara la STC 2/1981, de 30 de enero, F. 4.º

Procede estimar, por todo ello, en este aspecto, el segundo submotivo imponiendo al acusado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, una pena de 2 años de prisión como autor de un delito del artículo 178 del CP.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 181.3

*Acusado que con conocimiento de que la víctima tiene parálisis cerebral infantil, es sordomuda casi total, se aprovecha de ello y del cariño que le mostraba aquélla para mantener relación con la misma*

Segundo.—(...) Se dice cometida infracción legal en cuanto el tipo aplicado requiere la existencia de una situación de superioridad manifiesta y que esa situación coarte la libertad de la víctima y se alega que de los hechos que se declaran probados no se desprende que la libertad de Rosa María estuviera coartada al momento de consentir el acto sexual, como consecuencia de la situación de superioridad existente.

El motivo no puede ser estimado.

Ciertamente, se ha aplicado el tipo de abuso sexual no consentido al haberse obtenido el consentimiento prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

En esta modalidad de abuso sexual el consentimiento de la víctima se encuentra viciado por el prevalimiento de su agresor. El consentimiento se ha obtenido prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Entre el sujeto activo y el pasivo debe existir una relación de superioridad de aquél sobre éste, de entidad suficiente para que coarte la libertad de la víctima. Además, el sujeto activo debe valerse de dicha situación para doblegar la voluntad de la víctima consiguiendo de ésta un consentimiento viciado.

Y esa situación que configura esta modalidad del abuso sexual surge, sin duda, del relato fáctico de la sentencia de instancia.

Se declara probado, entre otros extremos, que el acusado conoce a Rosa María y a su familia por relaciones de vecindad y que la víctima viene diagnosticada de parálisis cerebral infantil, es sordomuda al sufrir pérdida auditiva combinada del 85,5 por 100, es incapaz de articular vocablos y posee un lenguaje signado muy rudimentario al carecer de suficiente instrucción. Se añade que padece déficit mental moderado y que tiene capacidad para conocer el significado y las consecuencias del acto sexual y consentirlo. A continuación se dice que el acusado, con pleno conocimiento de tales carencias y deficiencias, apreciables a simple vista, y desde unos cuatro meses anteriores al inicio de la presente causa, aprovechando tales circunstancias y el cariño que aquélla le mostraba, mantuvo relaciones sexuales plenas con Rosa María.

El Tribunal de instancia razona que el abuso de superioridad, al no presuponer la incapacidad de la víctima sino el aprovechamiento por parte del autor de circunstancias que reduzcan la libertad de decisión de aquélla, lo entiende la Sala concurrente, para justificar la tipicidad de su conducta, en el aprovechamiento por el agente, para obtener el consentimiento del sujeto pasivo, de su manifiesto déficit orgánico, su reducida capacidad intelectual, su conocida minusvalía, su patente influenciabilidad, sirviéndose así sexualmente de ella.

Los razonamientos que se acaban de expresar se ajustan perfectamente a los hechos que se declaran probados y ciertamente pueda apreciarse una situación de superioridad o ventaja, física, intelectual y afectiva, plenamente acreditada, que ha sido aprovechada por el acusado para doblegar y manejar la voluntad de la mujer que aparece coartada por esa manifiesta superioridad y ello determina un consentimiento viciado, habiendo accedido sin libertad a mantener las relaciones sexuales con el acusado.

Concurren cuantos elementos caracterizan esta modalidad de abuso sexual y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 182.2

*Víctima menor de 12 años: no se vulnera el principio non bis in idem al basarse esta circunstancia no en la edad sino en los lazos familiares con el acusado; Obtener el consentimiento prevaleándose de una situación de superioridad: inexistencia: es una modalidad de abuso sexual, no un tipo agravado del abuso cometido en menor de 12 años*

Segundo.-1. En el segundo de los motivos, articulado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del apartado 2.º del artículo 182 del Código Penal «cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». Argumenta que la especial vulnerabilidad de las víctimas no tiene otro apoyo que la corta edad de las mismas que ya ha sido tenido en cuenta para tipificar la conducta como abuso sexual. Su aplicación, afirma, es contraria a la interdicción derivada del principio *non bis in idem*.

2. El motivo se desestima.

El delito objeto de la condena se refiere a los actos realizados con la menor Oihana consistentes «en los más diversos tocamientos ... llegando a introducirle en

dos ocasiones el pene en la boca...». Esa acción es subsumida en el artículo 182, penetración bucal realizada sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento.

Tiene razón el recurrente en la impugnación en cuanto afirma que se produce la vulneración del principio *non bis in idem* si la agravación derivada de la especial vulnerabilidad es apoyada exclusivamente en la edad de la víctima. La agravación atiende a la situación de vulnerabilidad de las víctimas y ésta ha sido tenida en cuenta por el legislador para afirmar la inexistencia de consentimiento cuando la acción se realiza sobre menores de doce años o sobre personas privadas de sentido. Esa presunción hace que el abuso sexual sea tenido como inconsciente pero no llega a contemplar toda la antijuridicidad de la conducta pues, como se razona en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, con relación a los hechos cometidos con la menor Oihana, el acusado no sólo los realizó con la menor, sino que además el acusado desarrolló su acción sobre una menor «apoyándose en su lazo familiar» por lo que se ha dejado con absoluta tranquilidad al cuidado de la misma y en ese «especial escenario» era cuando cometió esos actos prevaleciendo de la soledad del lugar, del conocimiento de no ser interrumpido y de la clara imposibilidad de «escapar» de sus víctimas.

La especial vulnerabilidad que exige el tipo penal de la agravación no se fundamenta en la edad, presupuesto ya tenido en cuenta por el legislador para la consideración de abuso sexual inconsciente, también en la situación de parentesco y en que era el acusado el encargado de la custodia y guarda de las menores, situación que ponía a la víctima Oihana en el presupuesto de mayor vulnerabilidad respecto a otra menor en quien no concurra esta especial situación.

Tercero.-1. En el tercer motivo, formalizado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación «del artículo 181.2.3» del Código Penal al entender indebidamente aplicado la «agravante específica de prevalimiento de la situación de superioridad» del artículo 181.2.3 del Código Penal.

En la argumentación que subsigue reproduce la desarrollada en el motivo anterior referida a la doble consideración de la edad de la víctima, en este caso Concepción, para afirmar el carácter inconsciente del abuso y para configurar un prevalimiento que integra lo que denomina un tipo agravado o agravación específica.

2. El motivo se estima aunque no por las razones que se expresan en el motivo. El tipo previsto en el artículo 181.3 del Código Penal no es una circunstancia específica de agravación de delito de abusos sexuales. El artículo 181 del Código Penal, que tipifica el delito de abusos sexuales presenta tres modalidades de conducta. La primera, tipo básico previsto en el apartado primero, el abuso sin consentimiento y sin violencia o intimidación. La segunda (art. 181.2) el de tipo cualificado cuando la conducta se realiza bajo los supuestos que especifica, menor de doce años o persona privada de sentido o con abuso de su trastorno mental. Y la tercera (art. 181.3) denominado tipo privilegiado en el que la conducta se realiza con un consentimiento pero éste aparece viciado por una situación de prevalimiento.

Este último no integra ningún tipo agravado respecto al previsto en el artículo 181.2 y presenta una sustantividad propia en el que el presupuesto es la existencia de un consentimiento viciado por la situación de prevalimiento, en tanto que en los otros dos números del artículo 181 el presupuesto es la inexistencia de un consentimiento.

La sentencia impugnada yerra al aplicar el artículo 181.3 como tipo agravado del artículo 181.2 y por ello el motivo debe ser estimado suprimiendo del fallo la condena de multa de seis meses impuesta.

(Sentencia de 23 de enero de 2001)

*Abusos sexuales: error de tipo respecto a la edad de la víctima; interpretación de dicha edad antes de la reforma operada por LO 11/1999 e individualización penológica*

Segundo.—(...) La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea [anterior artículo 6 bis.a) del CP/1973, hoy artículo 14 CP 1995], excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo sino de dolo eventual (STS 5 abril 1993). Así, en el Auto de 28 de febrero de 1996, analizando un supuesto idéntico, en que se planteó el error sobre la edad de las víctimas de unos abusos sexuales se mantiene que salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatorio.

El error en el tipo, como problema de tipicidad porque afecta a algún elemento esencial de la infracción, o el error de prohibición, como problema de culpabilidad por la creencia errónea de obrar lícitamente, son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida según que la motivación de la errónea creencia sea vencible o invencible.

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. Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales.

En el caso de autos, dada la edad de los menores víctimas de estos hechos, Jorge G. y Enrique N., ambos de once años de edad, no puede ni de lejos decirse que la alegación del error de tipo es mínimamente seria. Ninguna prueba propone ni analiza al respecto, limitándose a decir que los conoció en discotecas, aspecto éste que no se hace constar en los hechos probados de la Sentencia de instancia, y por lo demás el Tribunal *a quo* que los vio físicamente y escuchó sus declaraciones no albergó duda alguna en relación con este particular. Como señala el Ministerio Fiscal, nada le impedía asesorarse sobre su edad, si albergaba alguna duda, aunque mal pueda dudarse de la edad de un niño de once años de edad, por lo que el motivo, como ya hemos adelantado, tiene necesariamente que perecer por su inconsistencia y falta de desarrollo argumental.

Tercero.—El segundo motivo se refuerza en la vista celebrada con algunas alegaciones complementarias que este Tribunal debe necesariamente analizar, formalizándose por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con pleno respeto a los hechos declarados probados. Estudiaremos, pues, la incidencia de la edad de los menores en la penalidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 182 del Código Penal y la individualización penológica que impone la Sala sentenciadora.

Respecto de la edad, la Sentencia efectivamente es confusa, como así se puso de manifiesto en el acto de la vista, porque sin argumentación alguna en cuanto a la penalidad, como obliga el artículo 66.1 del Código Penal y constitucionalmente es exigible (art. 120.3 CE), impone las penas en la franja superior (siete y nueve años de prisión respectivamente) como si aplicara el subtipo agravado correspondiente al párrafo segundo del artículo 182 del Código Penal, en razón de la edad de los menores. Esta argumentación no puede mantenerse antes de la reforma de dicho tipo

penal por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por las razones que se expusieron en Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1998, en donde se expresaron las siguientes: a) por el principio de interpretación taxativa del tipo penal que es consecuencia de la *lex certa* o *lex stricta* que es manifestación del principio de legalidad penal. Efectivamente no tendría sentido, sin incurrir en el vedado *non bis in idem*, tomar la misma edad dos veces, pues la ley no distingue distintas edades posibles dentro del término genérico víctima menor de doce años que contempla el artículo 181.2.1.º del CP 1995 (redacción originaria). Si se sobreañadiese la especial agravación por esta circunstancia de la edad sin que en la relación de hechos probados exista ningún otro aditamento es obvio que se produce la vedada incursión en el principio *non bis in idem*, lo que es censurado unánimemente por todos los comentaristas del CP. Por ello, debe reducirse la agravación especial a aquellos supuestos en que además de la corta edad de la víctima se añada otra circunstancia confluyente en esa especial vulnerabilidad y así lo entiende la generalidad de la doctrina científica al analizar tal precepto del CP; b) porque también se incurriría en una toma en consideración doble del elemento del tipo de la corta edad, pues en ambos casos –tipo base y subtipo especialmente agravado– se produciría el ataque a un mismo bien jurídicamente protegido; c) porque la propia interpretación contextual del artículo 182.2 del CP comporta tal conclusión, en tanto que parifica las circunstancias de edad, enfermedad y situación al elemento decisivo de la especial vulnerabilidad de la víctima.

El Tribunal de instancia, en todo caso, se refiere en algunos pasajes de la Sentencia al párrafo primero del artículo 182, cuando, como aquí ocurre, se ha producido penetración bucal o anal, lo que nos lleva al segundo problema cual es la determinación de la dosis penológica que se ha llevado a cabo en la parte dispositiva o fallo de la Sentencia dictada, sin dedicarle fundamento alguno a la concreta penalidad que determina, ya que la Sala sentenciadora se limita a citar, sin mayor argumentación, el artículo 66 regla primera del Código Penal, imponiendo la pena en la franja superior.

El artículo 66, regla primera, del Código Penal, dispone que «cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el preciso reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla primera del artículo 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando con base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por vía de infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), particularmente en lo referente a la racionalidad de la

motivación. Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación posterior por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código Penal prevé en la medida que consideren justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

En el caso de autos, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 3 de junio y 8 de julio de 1999, entre otras muchas), de los elementos que integran la regla primera del artículo 66 del Código Penal (gravidad del hecho y personalidad del autor), no podemos valorar el segundo por ausencia de datos en la causa, por lo que tal déficit explicativo que la Sala sentenciadora denota en su resolución, no puede conducir sino a la individualización penológica mínima, que quedará fijada en cuatro años de prisión por cada uno de los cinco delitos cometidos, que por aplicación del artículo 76 del Código Penal, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo; en el caso, doce años de prisión.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 187.1

*Inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de una persona menor de edad o incapaz: necesidad de analizar las circunstancias concretas de cada caso. Delito de mera actividad: requisitos. Concepto de prostitución. Exclusión del delito continuado con varios sujetos pasivos en los supuestos de unidad de acción, como acontece en la realización de masturbaciones y felaciones realizadas a dos jóvenes de 14 y 15 años a cambio de 3.000 pesetas*

Segundo.—(...) En síntesis, ocurrió que el acusado tras varias negativas por parte de Mario, que a la sazón tenía 14 años, al fin consiguió que tal menor, que iba acompañado de su amigo Antonio, accediera a acudir a la vivienda que aquél (el acusado) tenía en Torremolinos, donde, a cambio de 3.000 pesetas consiguió que los dos menores consintieran en que les realizara una felación y una posterior masturbación.

2. El problema radica en determinar si tal comportamiento encaja o no en el mencionado tipo penal del artículo 187.1 CP que sanciona con la pena de prisión de uno a cuatro años al «que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz».

Dos son los requisitos que tal norma penal exige para su aplicación:

1.º Que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años, o un incapaz, según la definición que nos ofrece el artículo 25 CP, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma, debiendo

entenderse, para los casos como el presente, que esa facultad de gobierno ha de referirse al ámbito de lo sexual.

2.º El núcleo de la acción delictiva, que ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o incapaz.

El concepto básico, acerca del cual gira esta figura de delito, es el concepto de prostitución que, en síntesis, podríamos definir como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc. a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera.

Ahora bien, este concepto de prostitución se contempla en este tipo de delito del artículo 187.1 desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal no es la prostitución en acto, sino el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor o incapaz se inicie (aunque sea en una época posterior) en tal actividad de comercio carnal o se mantenga en la que ya ejerce. Nos hallamos ante un delito en el que lo que importa para su incriminación no es el acto en sí mismo realizado, sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prostitución, para iniciarse en ella, aunque sea después, o para mantenerse en la misma, repetimos. Se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado (SS. 31-5-1982, 18-3-1992 [, 10-9-1992, 22-1-1997 y 19-5-1997, entre otras muchas).

Por eso, lo que hemos de tener en cuenta para determinar si existe o no este delito es el comportamiento del sujeto activo (del delito) en cuanto que constituye esa inducción o facilitación que puede servir para una futura prostitución o como obstáculo para un abandono, nunca imposible, de quien ya la ejerce. Comportamiento que, desde esta perspectiva, ha de tener un doble contenido, pues ha de tratarse de realización de acto o actos de significación sexual y, además, a cambio de una contraprestación económica. Sin tal doble contenido no se concibe que pueda haber una incitación a la prostitución. Partiendo de este doble contenido luego habrá que ver si, por las circunstancias concretas del caso, puede o no afirmarse la existencia de esta infracción penal.

3. Conviene decir aquí que sujeto activo del delito puede ser cualquiera, tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, o cuantos participan en el hecho bien en calidad de cooperadores necesarios o de cómplices. Muy particularmente puede serlo el «cliente» que se beneficia del sexo ajeno y paga el servicio recibido, como acordó esta sala en reunión plenaria de 12-2-1999. Véase, entre otras, la sentencia nuestra de 7-4-1999.

4. Asimismo, y por la importancia que ha tenido en la instancia en el caso presente, hay que decir que en estas infracciones no cabe la figura del delito continuado, en un doble sentido:

A) Tal y como aquí ocurrió no cabe considerar un delito continuado cuando hay varios sujetos pasivos. El bien jurídico aquí protegido, la libertad sexual en su perspectiva de autonomía para determinar el propio comportamiento sexual de la que carecen los menores o incapaces, es de carácter personal y, como tal, queda exceptuado del delito continuado por lo dispuesto en el artículo 74.3 CP. Habrá tantos delitos del artículo 187.1 como sujetos pasivos. En el caso presente la Audiencia Provincial no condenó por dos delitos porque el Ministerio Fiscal calificó por uno solo de carácter continuado.

B) Cuando haya una reiteración de conductas de esta clase respecto de un mismo sujeto pasivo, habrá un solo delito del artículo 187.1. Se trata de uno de aquellos tipos de delito en los cuales en la propia definición aparecen englobados uno solo o varios hechos que, aislados, podrían integrar la infracción. Como ocurre, por ejemplo, con los relativos al tráfico de drogas o a la falsificación de moneda. La existencia de uno o varios de estos hechos servirá para graduar las penas dentro de los márgenes legalmente previstos.

5. Fijado así el contenido del artículo 187.1 CP, veamos si en el caso hubo o no una calificación jurídica adecuada a lo antes expuesto.

A tal efecto, conviene recordar aquí algo muy importante y que quedó recogido en el acuerdo de la mencionada reunión plenaria de esta Sala de 12-2-1999, y es que hay que estar a las circunstancias concretas del caso para poder decir si el comportamiento del acusado encaja o no en esta clase de infracción penal. Se acordó en tal reunión plenaria que debe examinarse cada caso, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor. Expresamente dijimos que en los casos de prostitución de jóvenes de 13, 14 ó 15 años ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, 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 suficiente a los efectos del delito del artículo 187.1 CP (véase también la sentencia de esta sala de 9-12-1999), dictada en el caso Arny y la ya citada de 7-4-1999).

Este es el caso aquí examinado, felaciones y masturbaciones del acusado hechas a dos jóvenes de 14 y 15 años a cambio de tres mil pesetas. Como bien ha dicho el Ministerio Fiscal en su informe, hay que considerar aquí la influencia que tiene el dinero en jóvenes de estas edades que por hechos a los que ellos no dan importancia obtienen con facilidad un beneficio económico, lo que por sí mismo constituye una incitación a reincidir en estas conductas con evidente peligro de que con la misma u otra persona puedan volver a repetirse actos de esta clase. Ciertamente, en estas circunstancias, cabe decir que el comportamiento del acusado con estos dos jóvenes constituye una facilitación de la prostitución respecto de cada uno de ellos, dos delitos del artículo 187.1 CP, que sólo se castigaron como una única infracción penal por coherencia con la calificación del Ministerio Fiscal, como ya se ha dicho.

(Sentencia de 2 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 188

*Obligar mediante amenazas de causar males físicos o la muerte a mujeres ucranianas o a sus familias para que ejerzan la prostitución, además de privarles del pasaporte y exigiéndoles grandes cantidades de dinero por traerlas a España, habiéndolo hecho mediante engaño de que iban a trabajar como camareras. Inexistencia de delito continuado dados los diversos sujetos pasivos.*

Quinto.—El quinto motivo casacional formalizado por infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), denuncia la indebida aplicación del artículo 188.1.º del Código Penal de 1995. Dicho precepto establece que, queda incurso en la penalidad que establece, «el que determine, coactivamente, mediante

engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella».

Tal como señalan las Sentencias de esta Sala de 26-1-1998 y 23-9-2000: «Las coacciones a las que se refiere el artículo 188,1.º CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima. En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquélla permite la realización del tipo. Más aún, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188,1.º CP podría tener menor entidad que la prevista en el artículo 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la “vis compulsiva” ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito (25-3-1985, 10-4-1987 y 6-10-1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la “vis compulsiva” también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188,1.º CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del artículo 188,1.º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones». De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas, concretado en «causarles graves daños físicos, incluso la muerte, no sólo a ellas sino también a sus familias en Ucrania, si no acataban sus instrucciones o se fugaban» (dato extraído del *factum* intangible en esta instancia, dada la vía elegida), integran tal determinación coactiva, y que la finalidad era el ejercicio impuesto de la prostitución en diferentes locales destinados a dicha actividad, controlados por los acusados, quienes conocían la necesidad económica de las perjudicadas, al punto de aprovecharse de dicha situación de precariedad, fingiendo la organización de un viaje a nuestro país para trabajar como camareras de hotel, exigiéndoles, tras la retirada de sus pasaportes y entrega de otros falsos, la suma de seis mil dólares a cada una por tales gestiones, lo que se enmarca en una trama organizada criminal mafiosa de aprovechamiento y explotación sexual de mujeres procedentes de otros países, alcanzando las amenazas a traducirse en lesiones, producidas a una de ellas, Olha F., con hematomas diversos en brazos y contusión molar, siendo tales lesiones causadas por una de las acusadas (Branca S.) por negarse Olha a continuar prostituyéndose. También refieren los hechos probados que «los acusados llegaron a agredir en alguna ocasión a las muchachas cuando éstas se negaban a continuar prostituyéndose, o cuando regresaban alguna noche del club de alterne sin haber ganado ningún dinero». La comisión delictiva es clara y contundente, integrando tales hechos la aludida determinación coactiva, por lo que el motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

*Determinar, abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución. Para la habitualidad es suficiente con uno o dos meses*

Cuarto.—En los motivos de casación primero, segundo y tercero, todos procesalmente amparados en el artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una única infracción, la del artículo 188.1 CP que, en opinión de la recurrente ha sido indebidamente aplicado a los hechos probados en los que no se describe una conducta en que concurren todos los elementos necesarios para la integración del tipo previsto en el mencionado precepto penal. Como todos los reproches a la calificación jurídica realizada en la Sen-

tencia recurrida, distribuidos entre los tres motivos a que ahora nos referimos, se pueden resumir en uno solo —el de la pretendida infracción del artículo 188.1 CP— veremos en un único fundamento si realmente aquella calificación supone una tal infracción, aunque analizando ordenada y sucesivamente las cuestiones suscitadas por la denunciada ausencia de los elementos del delito que la recurrente ha señalado.

Se dice, ante todo, que no puede declararse la existencia de un delito relativo a la prostitución, estando ésta constituida por el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de un precio, si en los hechos probados no consta que las mujeres víctimas del tráfico mantuvieran relación sexual alguna. La alegación descansa, sin duda, en una lectura incompleta e interesada del *factum* de la Sentencia recurrida. Si en el primer apartado del mismo se dice que el procesado exigió a cada una de las mujeres, cuando llegaron a Palma de Mallorca procedentes de Colombia, la entrega de las cantidades que les había prestado su contacto en aquel país, comunicándoles que las devolverían con el dinero que obtuviesen mediante relaciones sexuales con los clientes de los establecimientos que él controlaba —y también con las comisiones que les correspondiesen por las consumiciones de los clientes— y, por otra parte, en el tercer hecho probado se añade que, una vez instaladas las mujeres en el domicilio de los procesados —el que las había recogido en el Aeropuerto y se ha quietado con la Sentencia y la que interpone este recurso— aquéllas se vieron obligadas a entregarles diariamente las ganancias que obtenían en su trato con los clientes, derivadas tanto del cobro de las relaciones sexuales como del porcentaje de las consumiciones efectuadas por los mismos, correspondiendo a la procesada la función de explicar a las mujeres en qué consistía la actividad que se esperaba de ellas y cómo debían realizarla, ningún esfuerzo interpretativo hay que hacer para captar que las mujeres, explotadas de esta forma por los procesados durante uno o dos meses, estuvieron ejerciendo la prostitución, esto es, manteniendo relaciones sexuales por dinero —con personas no determinadas y cuya determinación no es precisa— en beneficio de aquéllos y de quienes las habían enviado a España. Acaso el Tribunal de instancia pudo dejar de entremillar algunas palabras para designar, mediante sobreentendidos, las actividades a que hubieron de dedicarse las mujeres traídas con esta finalidad desde su país, pero ello en absoluto impide la comprensión de lo que el Tribunal dice y mucho menos justifica las innecesarias ironías que ha derrochado la parte recurrente.

La segunda objeción que se opone a la tipicidad de la conducta enjuiciada es la falta de constancia, en los hechos probados, de la habitualidad, requisito esencial, según se alega, de la prostitución concebida como oficio. Tampoco en esto tiene razón la parte recurrente. En el *factum* de la Sentencia impugnada se describe la situación de cuatro mujeres que, por espacio de uno o dos meses, se vieron inducidas u obligadas a ejercer la prostitución, sin que por ello aceptasen que ésta tuviese que ser en adelante su forma de vida. El citado lapso de tiempo es más que suficiente para afirmar que las mujeres ejercieron la prostitución en beneficio de los procesados, pues la habitualidad —con independencia de que no aparece en la definición legal del tipo cuestionado— no puede identificarse con una dedicación permanente o definitiva a cierta ocupación ni se desvanece, como característica que tuvo una actividad temporalmente llevada a cabo, cuando quien la ejerció bajo determinados condicionamientos consigue liberarse de ellos y abandonarla.

Menor fundamento aún que la anterior tienen las objeciones segunda y tercera, en las que los elementos que se supone integrantes del delito y cuya ausencia en los hechos probados se denuncia, son, respectivamente, la concreción del precio percibido por las mujeres en el comercio carnal a que fueron determinadas y la constancia de que las mismas eran mayores de edad. La inconsistencia de estas dos alegaciones es tal que cabe dudar de la seriedad con que han podido ser formuladas ante esta Sala.

Porque, en primer lugar, es evidente que la prostitución es el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio y, en segundo lugar, el desconocimiento o no constancia de la edad que tuviesen las mujeres al tiempo de ser prostituidas sólo sería impedimento para apreciar el tipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 188 CP, no en modo alguno para condenar, como se ha hecho en la Sentencia recurrida, por el tipo básico contenido en el apartado 1 del mismo precepto, aplicable en todo caso como alternativa más favorable cuando no se conoce con seguridad el dato de la edad.

Se dice, por último, que el artículo 188.1 CP ha sido indebidamente aplicado en la Sentencia de instancia porque en su declaración probada no se describe con la necesaria claridad el elemento típico de la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución. Basta una somera lectura de la citada declaración para descartar que la alegación sea admisible. Recordemos que han sido declarados probados los siguientes hechos: *a*) que las mujeres víctimas de los hechos enjuiciados, sometidas en su país a serias dificultades económicas, fueron enviadas a España por una persona concertada con los procesados con la promesa de encontrar aquí un trabajo legal, entregándoseles pasaporte, una cierta cantidad de dinero y pasaje de ida y vuelta, lo que les permitía confiar tanto en trabajar libremente aquí como en regresar a su país si les convenía; *b*) que, a su llegada a España, las mujeres vieron cómo los procesados las despojaban de los pasaportes, del dinero y de los pasajes de vuelta, quedando a partir de ese momento a merced de aquéllos que, además, las alojaron en su propia casa someténdolas a una estrecha vigilancia; y *c*) que, una vez colocadas las mujeres en tan comprometida situación, los procesados las compelieron con amenazas a trabajar para ellos, bien en un hostel, bien en un «pub», ambos controlados por el procesado Francisco R., donde debían alternar y mantener relaciones sexuales con los clientes, abonando a los que se habían convertido literalmente en sus amos el importe íntegro de lo que obtuviesen en su inmoral comercio, con lo que tenían que satisfacer, según se les dijo, el hospedaje y los demás gastos producidos por su estancia, así como las cantidades que se habían comprometido a pagar a quienes las habían enviado desde América. A nadie puede ocultarse que la traducción jurídica de estos hechos únicamente puede ser la del delito por el que han sido condenados los procesados porque se trata, con toda evidencia, de una sucesión de actos mediante los cuales, empleando la coacción y abusando de una situación de necesidad, en parte preexistente pero sobre todo agravada de forma intencional y premeditada, se determinó a cuatro mujeres, traídas ex profeso del extranjero, a ejercer la prostitución durante un período de tiempo que terminó –hay que añadirlo, siguiendo el relato de los hechos probados– cuando las mujeres lograron escapar de sus explotadores. Fueron, en definitiva, correctamente subsumidos los hechos enjuiciados en el artículo 188.1 CP que no fue indebidamente aplicado. Se rechazan los motivos primero, segundo y tercero del recurso.

(Sentencia de 22 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 202

*El ánimo de lucro en el delito de hurto excluye por absorción el ánimo de allanar.*

Tercero.–El restante motivo del recurso se articula, con invocación para fundarlo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del

artículo 238.1.º en relación con el 2.º del mismo artículo del Código Penal. Al final del juicio oral el Ministerio fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales excluyó de su acusación que el hecho se hubiera realizado con fractura, sustituyendo la inicial expresión del número 2.º del citado artículo 238 por la del número 1.º, es decir entendiendo que se había cometido con escalamiento. Sin embargo, se añade, que tal conducta en el caso concreto no puede considerarse escalamiento, porque, superar la valla de escasa altura tras la que estaba situada la vivienda del perjudicado, no exigió un especial esfuerzo como para ser calificado de tal, por lo que el hecho habría de ser tan sólo constitutivo de un hurto.

Tiene razón el recurrente. Las exigencias del principio de proporcionalidad determinan que en cada caso concreto la comprobación del grado de ilicitud mostrado, con el fin de comprobar que la pena que debe aplicarse es la prevista para el delito de robo y no la del hurto y así no se podrá entender por escalamiento la utilización de cualquier vía de acceso al lugar donde lo sustraído se encontrara, sino que es preciso que ello suponga la superación violenta de obstáculos predispuestos para defender la propiedad y eso no ocurre cuando el impedimento pudiera ser ineficaz por sus características, para cumplir y significar ser un obstáculo con una finalidad defensiva de lo que tras él se contuviere (sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1999 con cita de otras precedentes en el mismo sentido de 1990 y 1993). En el presente caso la superación de un muro que en los hechos probados de la sentencia se dice sólo ser de más de un metro de altura, ni significó un esfuerzo importante para quien lo saltó, ni pudo ofrecerse a la observación previa de quien así obró como un obstáculo real destinado a defender lo tras él contenido frente a las apetencias de personas ajenas que quisieran apropiárselo. Los hechos pues constituyen un delito de hurto al haberse tomado cosas muebles ajenas de valor superior a 50.000 pesetas por un agente animado de afán de lucro.

El Ministerio Fiscal apoya tal criterio pero añade que los hechos son constitutivos además de un delito de hurto, de otro, en concurso ideal con el primero, de allanamiento de morada, del artículo 202.1 del Código Penal que no hay inconveniente en apreciar pues, al haber sido acusado el recurrente de un delito de robo en casa habitada, pudo instrumentar una defensa contra el hecho de haber penetrado en la ocupada por otra persona, por lo que no se infringe el principio acusatorio, siendo así que el robo en casa habitada de que fue acusado es un delito en que se defiende no sólo la propiedad, sino también la intimidad domiciliaria y, en el caso, concurrieron ambos dolos, el de robar y el de allanar.

No puede acogerse el aditamento penal y punitivo que el público ministerio propone. Para la existencia del delito de allanamiento de morada se precisa un dolo específico de allanar que, si bien en antiguas sentencias de esta Sala (como la de 9 de febrero de 1990), se entendía existente en cuanto se tenía conocimiento de que se entraba en morada ajena y, pese a ello, se decidía entrar, pero sin prestarse atención a cualquier otro elemento subjetivo del injusto, siendo totalmente irrelevante el móvil que guiará al agente, en más reciente doctrina de esta Sala la existencia del ánimo depredatorio excluye por absorción el ánimo de allanar (sentencias de 7 de noviembre de 1997, 3 y 12 de noviembre y 28 y 30 de diciembre de 1998, 16 de febrero, 3 de abril, 18 de mayo, 2 de junio y 30 de noviembre de 1999 y 28 de enero, 16 de febrero y 11 de marzo del 2000). Aunque las sentencias de esta Sala que se acaban de citar han recaído en casos en que se aprecian delitos de robo con fuerza en las cosas y la eventualidad de entrar en morada ajena cometiendo tan solo un delito de hurto como en el presente caso, parece de ocurrencia menos probable, hay que tener en cuenta que el propósito depredatorio que concurre también en el delito de hurto, es la razón

en todas las resoluciones citadas de excluir la concurrencia también del específico dolo de allanar.

(Sentencia de 30 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 207

*Exceptio veritatis: Constitucionalidad del artículo 207 CP/1995, al ser una manifestación de la aplicación del principio de presunción de inocencia a la víctima de la calumnia, sin que vulnere la presunción de inocencia del supuesto calumniador*

Quinto.—Comenzando con esta última alegación —inconstitucionalidad del artículo 207 del Código Penal de 1995—, es claro que el citado precepto no es contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia pues se trata de una norma que se fundamenta precisamente en dicho derecho fundamental, del que también son titulares las personas a las que se ha imputado —falsamente o con temerario desprecio de la verdad— un determinado hecho delictivo. El artículo 207 dispone que «El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado». Es obvio que el *onus probandi* recae sobre quien imputa a otro un delito, sin perjuicio de que para dicha prueba pueda contar con la colaboración judicial en la práctica de los medios probatorios que estime procedentes.

La regulación del artículo 207 del Código Penal constituye por tanto, una manifestación de la aplicación del principio de presunción de inocencia a la víctima de la calumnia, trasladando al conflicto entre la víctima y quien le acusa, las reglas generales de dicho principio que establecen que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y que la carga de la prueba de dicha demostración no pesa sobre quien resulta acusado sino sobre quien efectúa la acusación.

Sexto.—Ahora bien esta regulación no vulnera el derecho a la presunción de inocencia del supuesto calumniador porque éste no necesita acudir a la *exceptio veritatis* para sostener su inocencia. Aunque carezca de pruebas para acreditar el hecho delictivo que hubiese imputado le basta afirmar que desconocía la falsedad de la imputación y que no actuó «con temerario desprecio a la verdad», para que automáticamente le ampare su propia presunción de inocencia y la carga de la prueba de la concurrencia de dichos elementos típicos subjetivos recaiga sobre la acusación.

En definitiva, cuando se ha acreditado —por la acusación— la concurrencia del elemento objetivo del tipo de injuria —la imputación a otro de un delito— el acusado puede acudir a dos medios de defensa, que son compatibles. Si se acude a la *exceptio veritatis*, sólo la demostración de la veracidad de la imputación permitirá el amparo de esta causa de justificación, pues de otro modo entra en juego la presunción de inocencia de los calumniados, que determina la falsedad de una imputación delictiva no acreditada.

Pero en todo caso queda a salvo la vía de la negativa de la concurrencia del otro elemento que integra el tipo delictivo (el elemento subjetivo) que determina necesariamente la carga para la acusación de probar —a través de los medios adecuados para la acreditación de los elementos subjetivos— el conocimiento de la falsedad o la actuación con temerario desprecio a la verdad.

Debe desestimarse, en consecuencia, la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 207 del Código Penal de 1995.

(Sentencia de 14 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 227.1

*Supuestos de pago parcial e imposibilidad de hacerlo. No existe delito en caso de retraso en el abono de la pensión o incumplimiento parcial sin ánimo de desatender las obligaciones familiares*

Sexto.—El primer motivo, y último que se examina, se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 227.1.º del vigente Código Penal. Según la recurrente no es preciso un impago total de las pensiones para que concurra el elemento objetivo del tipo imputado, ni cabe valorar las posibles dificultades económicas del deudor como excluyentes del elemento subjetivo del tipo penal (dolo), sin perjuicio en tal caso de la posibilidad de pedir la modificación del débito.

El motivo no puede estimarse:

1. El delito del artículo 227.1.º del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.

B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos —frente a los tres y seis meses respectivamente que establecía el artículo 487 bis CP/1973—; conducta ésta de omisión cuya realización consuma el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP/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.

2. Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta –y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica– exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1.º del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del «abandono» de familia.

B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.

3. En este caso el hecho probado, de inexcusable respeto en esta vía casacional, dice que el acusado, separado judicialmente de su mujer –la hoy recurrente– «no le entregó a ésta con regularidad la cantidad para contribuir a las cargas del matrimonio a cuyo pago fue condenado en la Sentencia aportando unos meses menos cantidad de la señalada y en otras ocasiones en fechas distintas del mes a que corresponden, todas ellas referidas a los meses de mayo a octubre de 1996».

Se relata pues una irregularidad en el cumplimiento de la prestación, por abono en momentos distintos –lo que de por sí es irrelevante para la apreciación del tipo– o aportación de «menos cantidad». No se dice cuánto de menos se pagó ni cabe valorar tal irregularidad como un efectivo incumplimiento en los términos ya expresados antes. Es decir que no consta el grado de incumplimiento ni su relevancia para la efectiva afectación del bien jurídico protegido en el tipo, que –hemos de reiterar una vez más– no es el crédito en cuanto tal sino la familia frente a las conductas de abandono.

Por otra parte, la Sentencia de instancia atinadamente valora otros datos objetivos a los efectos de inferir la ausencia de dolo en el sujeto. La conducta descrita tuvo lugar después de que alcanzara la mayoría de edad un hijo, cuya anterior minoría había sido considerada al fijarse judicialmente la pensión; el acusado padeció negativas vicisitudes económicas al tener que cerrar una explotación empresarial y sufrir disminución de sus ingresos; y además inició una nueva relación similar a la matrimonial con otra mujer, teniendo con ella dos hijos gemelos.

En definitiva, la Audiencia acertadamente sitúa el comportamiento del acusado dentro de unas circunstancias personales determinadas y en el marco de determinados datos, a partir de los cuales infiere de manera razonada y razonable que no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares cuando incurrió en ciertas irregularidades al pagar la pensión debida, que consistieron en el retraso de su abono o en su parcial cumplimiento, cuyo alcance cuantitativo no

consta, impidiendo así la debida valoración de su conducta a los efectos de apreciar el tipo penal del artículo 227.1.º del Código Penal.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

(Sentencia de 13 de febrero de 2001)

*No hacer efectiva totalmente la prestación en favor de los hijos a sabiendas de la resolución judicial existente sin que concurran causas que lo impidan, sin posibilidad de compensación por voluntad del deudor*

Segundo.—Esta figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.

Los elementos constitutivos del tipo son: a) la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio; b) una conducta omisiva por parte del obligado al pago consistente en el impago reiterado de la prestación económica fijada durante los plazos establecidos en el precepto, que actualmente son dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos; y c) un elemento subjetivo configurado por el conocimiento de la resolución judicial y la voluntad de incumplir la obligación de prestación que aquella impone. En este requisito se integra también la posibilidad del sujeto de atender la obligación impuesta, toda vez que cuando el agente se encuentra en una situación de imposibilidad constatada de satisfacer la prestación, esta situación objetiva excluye la voluntariedad de la conducta típica y la consecuente ausencia de la culpabilidad por estar ausente el elemento de la antijuridicidad, que vendría jurídicamente fundamentado en una situación objetiva de estado de necesidad o, más correctamente, en la concurrencia de una causa de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada por el sujeto.

Tercero.—En el caso presente no cabe duda alguna del concurso del primero de los requisitos mencionados, explícitamente consignado en el relato histórico de la sentencia y que, por otra parte, no se discute por el recurrente.

También concurre el tercero de los elementos que configuran el tipo, dado que, del relato de Hechos Probados se desprende con claridad palmaria que el acusado tenía conocimiento de la resolución judicial que le obligaba al cumplimiento de la prestación económica en los términos allí establecidos, pues así había venido satisfaciéndola hasta el mes de marzo de 1998. El elemento volitivo, en cuanto decisión libre y voluntaria de cesar durante los meses de marzo, abril y mayo en el cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta, también concurre, pues no sólo no aparece en el *factum* de la sentencia dato alguno en el que pueda fundamentarse la aparición de una nueva situación de dificultades económicas que alterara la existente durante los meses precedentes en que se había hecho frente con normalidad al pago de las prestaciones, sino que, explícitamente se afirma en la declaración de Hechos Probados que los «pretextos» aducidos por el acusado para justificar el incumplimiento de su obligación «no son ciertos», lo que supone una declaración fáctica de la

inexistencia de circunstancias impositivas que pudieran desactivar la voluntariedad de la conducta como elemento integrante del dolo y, por ende, la antijuridicidad de la acción omisiva típica.

Cuarto.—En realidad, lo único que discute el motivo es la concurrencia del elemento material del impago, argumentando que no cabe hablar de incumplimiento de la obligación de efectuar las prestaciones impuestas en sentencia firme al haber satisfecho éstas durante los tres meses consecutivos aunque bien es cierto que reducido a la mitad de lo establecido, justificando esa reducción en ciertas compensaciones económicas derivadas de estar pagando el crédito de un sofá y otro de una motocicleta para un hijo del primer matrimonio, además de dar a éste dinero suelto y vituallas.

El rechazo de esta tesis viene impuesta, en primer lugar porque, como ya se ha dicho, la sentencia establece como dato fáctico la irrealdad de estas excusas, lo que por sí solo abocaría a la desestimación de la alegación. Pero, además, debe significarse que estamos ante una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor (véase STS de 28 de julio de 1999). Así, pues, el dejar de abonar durante tres meses consecutivos la mitad del importe dinerario fijado en sentencia firme, de forma consciente y voluntaria y sin causa o motivo que lo justificare, da lugar a la acción omisiva típica, no siendo ocioso señalar a este respecto que este ilícito ataca al bien jurídicamente protegido por el precepto que es la seguridad familiar considerada en el sostenimiento económico de los integrantes de aquélla necesitados de tal asistencia, pero que también se encuentra afectado el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales como manifestación del principio de autoridad que conductas como las enjuiciadas suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra los poderes del Estado.

(Sentencia de 3 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 237

*No existe consumación ante la falta de disponibilidad de lo sustraído al ser perseguido el acusado por vigilantes jurados, sin perderle de vista y sin que se desprendiese de objeto alguno en la huida*

Segundo.—El único motivo de casación de este recurso ha sido formulado al amparo del artículo 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «por existir contradicción manifiesta, interna y causal de los hechos probados de la sentencia».

En el anormal desarrollo de este motivo, la parte recurrente comienza diciendo que «la afirmación de que el acusado se llevó “la llave del tapacubos” es meramente una opinión», tras poner de relieve que la testigo Ana María «no se encontraba presente al ocurrir los hechos». Se destaca también que la citada Ana María había manifestado, antes del juicio, «que no se llevaron nada del interior del vehículo», y que «los vigilantes fueron los únicos testigos presenciales». Se afirma igualmente que «repudia a la lógica que del relato de hechos probados se infiera que el delito es consumado...»: «el acusado no tuvo oportunidad de disponer del bien supuestamente sustraído, no media espacio alguno entre el inicio de los hechos tendentes a producir el ilícito y los actos que protagonizan los vigilantes tendentes a frustrar la comisión del delito...: no es posible la disponibilidad del bien en una persecución que dura unos pocos metros». «Procede concluir que el delito no fue consumado...».

De modo patente, el desarrollo del motivo no guarda coherencia con el cauce casacional elegido. Este corresponde a un supuesto de quebrantamiento de forma (por apreciarse «contradicción» entre los hechos que se declaran probados), en tanto que aquél viene a denunciar una infracción de ley (el Tribunal ha estimado que el delito ha sido consumado en tanto que el recurrente entiende que no puede hablarse más que de tentativa). Implícitamente, se viene a denunciar también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en el extremo relativo a la sustracción de la llave tapacubos, en cuanto se afirma que Ana María no fue testigo presencial de los hechos y se pone de manifiesto que, ante el Juez de Instrucción, manifestó que no se llevaron nada del interior del vehículo.

En relación con la incoherencia entre el cauce procesal y el contenido del recurso, al no denunciarse en el motivo examinado la utilización por el Tribunal sentenciador, al redactar el *factum* de la sentencia recurrida, de términos, frases o expresiones antitéticas que, al anularse, dejen vacío de contenido el relato fáctico, impidiendo su adecuada calificación jurídica (que es lo propio del cauce casacional elegido), ya puesta de manifiesto, entiende este Tribunal que, dada la voluntad impugnativa de la parte recurrente y el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable (art. 24.1 CE), generosamente interpretado, procede examinar el posible fundamento de lo que realmente se denuncia por la parte recurrente.

Así, por lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia, baste poner de relieve que el Tribunal de instancia afirma literalmente que «ha de tenerse en cuenta que fueron las claras manifestaciones de la perjudicada, Ana María M. G., cuando puso de manifiesto en el plenario que no había recuperado las llaves del tapacubos, las que motivaron que el Ministerio Fiscal tornara a consumado su inicial calificación de ejecutado en grado de tentativa, pues tal testimonio evidencia que el acusado ha tenido, al menos respecto a las citadas llaves del tapacubos, una disponibilidad fugaz y momentánea, ...»; pues es cosa evidente que no es necesario presenciar la comisión del hecho punible para poder acreditar la sustracción o falta de una cosa, que es lo que en este caso hizo la citada testigo. Ha de reconocerse, pues, que el Tribunal ha dispuesto de prueba de cargo respecto del particular cuestionado. La valoración de la prueba –reconocer credibilidad al testimonio de la testigo– constituye competencia propia de la Sala de instancia no revisable en casación (art. 741 LECrim). No cabe, por tanto, apreciar la violación del principio de presunción de inocencia.

Mas, en lo que concierne al grado de desarrollo del delito de robo por el que ha sido condenado el recurrente, es menester reconocer la razón que asiste a la parte recurrente. La consumación del delito de robo exige que quien lo cometa haya tenido, al menos, la posibilidad de disponer del objeto u objetos sustraídos –aunque se trate de una mera posibilidad de disponibilidad potencial–, y, esto sentado, es preciso reconocer que, en el presente caso, el acusado no tuvo tal posibilidad. Los vigilantes de seguridad del Hospital presenciaron la comisión de los hechos, se dirigieron hacia donde se encontraba el acusado, con objeto de detenerle, momento en que el mismo se dio a la fuga, logrando aquéllos alcanzarle tras «corta persecución». Los citados vigilantes recuperaron lo sustraído en el primero de los vehículos forzados (una cazadora), sin que conste en forma alguna que percibieran que el acusado se desprendiera de ningún objeto.

Si el acusado fue sorprendido *in fraganti* y se dio a la fuga cuando vio a los vigilantes acercarse a él para detenerle, logrando éstos darle alcance «tras corta persecución», sin perderle vista, y sin que vieran que el mismo arrojase o se desprendiese de bien o efecto alguno (que, en otro caso, hubieran podido y debido recoger para su posterior entrega a su dueño), es patente que el acusado no tuvo esa potencial disponibilidad de lo sustraído que la jurisprudencia ha señalado como momento consuma-

tivo de los delitos contra la propiedad, y que, por ello, debe reconocerse la razón que asiste al recurrente cuando sostiene que el delito de robo no llegó a consumarse.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo, que ha sido expresamente apoyado por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción.

(Sentencia de 8 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 238.1

### *Concepto de escalamiento: evolución jurisprudencial*

Segundo.—La doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS 10 de marzo de 2000, 18 de enero, 15 y 20 de abril y 18 de octubre de 1999, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto legal de escalamiento en un doble sentido: 1) Se excluyen los supuestos de «escalamiento de salida» (SSTS 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal 1995 que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren», y 2) Se limita el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (Sentencias de 20 de abril de 1999 y de 10 de marzo de 2000).

Se trata, en definitiva, de limitar el escalamiento a supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS de 15 de abril de 1999). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escalamiento, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (Sentencia de 20 de abril de 1999) o «a nivel de calle» (Sentencia de 18 de enero de 1999), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alfeizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento (STS de 10 de marzo de 2000).

(Sentencia de 7 de febrero de 2001)

*Escalamiento: la entrada por ventana exige una destreza o fuerza equiparable a la superación violenta de obstáculos predispuestos en defensa de la propiedad. No existe en el caso de una ventana a un metro y medio del suelo, sin que se requiera una especial destreza para entrar en el lugar*

Segundo.—(...) A) Según doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada, entre otras, en las sentencias 134/1986 y 43/1997, y de esta Sala, expuesta en senten-

cias de 17-3-1997 y de 29-6-1999, el principio acusatorio exige, para excluir toda indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezca inalterable, es decir, que exista identidad del hecho punible, y en segundo lugar, que exista una homogeneidad de los delitos objeto de condena y de acusación. El principio acusatorio prohíbe condenar por un hecho diferente del que es objeto de la acusación.

En el Pleno de esta Sala de 9 de abril de 1999, se acordó que si en una sentencia se incorporan hechos nuevos o se aplican unos tipos heterogéneos que no han sido objeto de acusación, se ha producido una indefensión cuyo remedio será la absolución o una segunda sentencia absolviendo del exceso.

Pues bien, la introducción en la narración histórica de la sentencia impugnada del dato de que la ventana por la que entró el acusado en el Centro de la Cruz Roja estaba abierta y se hallaba a 1,50 metros del suelo, suponía una adición fáctica no reflejada en el escrito de acusación del Ministerio fiscal (confirmado en el trámite de conclusiones definitivas), en el que se afirma que José Antonio entró forzando la ventana que da a la entrada principal, y no se hace ninguna mención sobre la altura a que se hallaba la ventana. El Fiscal tendría que haber variado las conclusiones provisionales para modificar el relato fáctico en lo concerniente a la dinámica de acceso al interior del Centro de la Cruz Roja, y a los datos de altura de la ventana por donde se penetró, y también debería de haber modificado el tipo penal aplicable, invocando el número 1.º del artículo 238 del CP, en lugar del número 2.º. Al no haberlo hecho, el Tribunal tenía que sujetarse a las conclusiones fácticas del escrito de acusación, y no podía condenar por delito de robo en la modalidad de escalamiento, sin vulnerar el principio acusatorio.

B) Pero además, con apoyo en los datos fácticos del escrito de acusación, la introducción del acusado por la ventana que da a la entrada principal del Centro de la Cruz Roja, no integró sin más el escalamiento que tipifica el artículo 238.1.º del CP. Efectivamente, frente a la doctrina jurisprudencial tradicional que estimaba escalamiento a la llegada a las cosas por vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural (SS. 11-2, 27-9-1982, 23-1-1984, 24-1, 31-5 y 28-6-1985, 22-1-1988, 3-11-1989, 2-5, 22-9 y 28-10-1992) una nueva doctrina, manifestada, entre otras, en las sentencias de 25-3-1993, 15-4-1999 y 10-3-2000, excluye el llamado escalamiento de salida, y en el de entrada exige una destreza o fuerza de cierta importancia, equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predisuestos para la defensa de la propiedad.

Con arreglo a esta nueva doctrina, no puede calificarse de escalamiento la penetración de José Antonio T. S. por la ventana del Centro de la Cruz Roja de Viveiro, cuando, según el relato del escrito de acusación, no constan los datos de altura del hueco, y porque además, incluso aceptando que distase del suelo 1,50 metros, según se refleja en la narración histórica, no constan otros datos de los que inferir si era necesaria especial destreza para encaramarse en la ventana, por lo que faltaría base suficiente para apreciar que constituía el escalamiento del artículo 238.1.º del CP la entrada por la ventana.

(Sentencia de 23 de mayo de 2001)

*Concepto de escalamiento: no existe en el caso de franquear un muro de un metro de altura que no supone el empleo de fuerza o destreza de importancia*

Segundo.—En el primer motivo se considera infringido el artículo 237 del CP, por haberse tipificado el hecho *b)* de los imputados a Andrés C. O. como delito de robo con fuerza en las cosas de los previstos en el mencionado precepto, en la modalidad de escalamiento y con la agravante de casa habitada. Entiende el recurrente que la sustracción perpetrada en la casa de Jaime A. M. integraba una falta de hurto, al no haber existido escalamiento para penetrar en la casa, en base a las propias manifestaciones del denunciante y a lo reflejado en el atestado de la Guardia Civil, por ser muy bajo el muro divisorio de la finca de Alcina. Por ello, se estima en el recurso que no cabe apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, comprensivo de las sustracciones contempladas en la sentencia, sino un solo delito de robo con fuerza en las cosas —el integrado por el hecho *a)* de la narración histórica— y dos faltas de hurtos —las que integraban los hechos *b)* y *c)* del relato fáctico.

Y el motivo debe ser estimado, ya que con apoyo en los hechos probados, como exige el cauce casacional del artículo 849.1.º de la LECrim, debe considerarse indebidamente aplicados los artículos 237 y 238.1.º y el 241 del CP al hecho *b)* de la narración histórica, pues no cabe calificar de escalamiento al franqueamiento de un muro de un metro, como el que tuvo que salvar Andrés C. para acceder al patio de la vivienda de Jaime A.

Efectivamente, frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacomunada, distinta del acceso natural (SS. de 11-2 y 27-9-1982, 23-1-1984, 24-1, 31-5, y 28-6-1985, 22-1-1988, 3-11-1989, 2-5, 22-9, 28-10-1992), una nueva doctrina manifestada, entre otras, en las sentencias de 20-3-1990, 25-3-1993, 15-4-1999 y 10-3-2000), no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida, y en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.

Con arreglo a la doctrina expuesta, la superación por Andrés C., joven de 24 años, del pequeño muro de un metro de altura que rodeaba la finca de Jaime A. no exigía el empleo de destreza o fuerza de importancia. No puede calificarse, por tanto, como escalamiento del número 1.º del artículo 238. La sustracción verificada por el acusado en casa de Jaime descrita como hecho *b)* en la narración histórica debe estimarse integrante de una falta de hurto tipificada en el apartado 1.º del artículo 623 del CP, dado que la cuantía de lo sustraído ascendía a 28.027 pesetas.

No cabe estimar constitutivos de un delito continuado, previsto en el apartado 1 del artículo 74 del CP al robo con fuerza en las cosas del que han sido calificados los hechos del apartado *a)* de la narración histórica, y a las faltas de hurto, que integran los hechos de los apartados *b)* y *c)*, puesto que la aplicación del artículo 74 supone una punición más grave que la sanción independiente del delito de robo y de las faltas de hurto, sin que el Tribunal de casación pueda cuestionar la incorrecta calificación del hecho *a)* como robo con fuerza, al no haber sido planteada por las partes la inaplicación indebida del artículo 242 del CP, a consecuencia de la conducta intimidatoria de Andrés C. respecto a Antonio A., que se refleja en el relato fáctico.

(Sentencia de 5 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 239.2

*Uso de tarjeta de crédito para sacar dinero de cajeros automáticos; Consideración de llave falsa. Delito robo con fuerza en las cosas continuado, al utilizar en varios cajeros las tarjetas de crédito sustraídas*

Quinto.—En el quinto 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, de los artículos 237, 238-4.º, 239-2.º y último apartado y 241-1.º y 2.º, todos del Código Penal.

Se niega que los hechos sean constitutivos de robo en lo que concierne a la extracción de dinero del cajero de la entidad bancaria donde tenía el perjudicado su cuenta corriente.

Es doctrina de esta Sala, como son exponentes las sentencias de 26 de diciembre de 2000, y 18 de febrero de 2000, declarar la idoneidad de las tarjetas que permiten la apertura de cajeros y la obtención de dinero de los mismos como llaves falsas a los efectos de integrar la fuerza típica. Así, la Sentencia de 8 de mayo de 1992 se ocupa de la cuestión en relación con las tarjetas y la doble función de las mismas como llaves en sentido estricto que permiten acceder al continente donde se ubica el cajero y como instrumento que activa el funcionamiento de este último. En la Sentencia de 16 de marzo de 1999, también en un caso de tarjetas magnéticas, se afirma que, a los efectos del delito de robo, la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pudiendo ser de cualquier 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. Después de la entrada en vigor del CP/1995, el último párrafo del nuevo artículo 239 equipara a llaves por asimilación legal las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. Y como nos recuerda la Sentencia de 18 de febrero de 2000 el nuevo artículo 237, frente al 500 del Código de 1973, añade la expresión, cuando se trata de robo con fuerza en las cosas, «para acceder al lugar donde éstas se encuentran», y ello significa que indistintamente el delito se comete empleando el instrumento como medio de acceso al continente o lugar mediato donde se encuentran las cosas muebles ajenas, o bien al concreto receptáculo comprendido en dicho continente provisto de su propio mecanismo de seguridad o cierre. Ello tampoco constituye ninguna novedad si tenemos en cuenta la doble función de las tarjetas de crédito a que ya hemos hecho referencia más arriba y el entendimiento de la comisión del delito de robo tanto en un caso, acceso al lugar donde se encuentra el cajero, como en otro, apertura del mecanismo de funcionamiento del propio cajero, analogía evidente puesto que es indiferente que el sistema de apertura sea mecánico o electrónico. En síntesis, lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido.

La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos y la conducta del recurrente incardina, sin duda, en un supuesto de fuerza típica.

El motivo no puede prosperar.

Sexto.—En el sexto 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 74 del Código Penal.

Se niega la continuidad delictiva afirmándose que aunque refiriéndose a distintas extracciones ello es debido a que éstas se encuentran limitadas por la cantidad autorizada por el Banco, y por ello se dice que no constituyen distintos hechos sino un agotamiento diferido en el tiempo de un mismo hecho.

No se puede compartir la alegación realizada en defensa del motivo.

Como se expresa en las sentencias de esta Sala de 2 de febrero y 25 de mayo de 1998, el delito continuado no aparece definido como una suma de «delitos» sino de «acciones u omisiones» o también infracciones contra bienes jurídicos. Añaden dichas sentencias que, a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva. Si de los hechos que se declaran probados surge una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario y no renovado en cada acto, cuya meta se trata de conseguir a través de esa progresión de actos, se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que jurídicamente se realiza a través de la continuidad delictiva. Y eso es lo que puede afirmarse respecto a los hechos que se declaran probados, como acertadamente ha sido apreciado por el Tribunal sentenciador, ya que el acusado, en cumplimiento del plan ideado en su mente para apoderarse del dinero que el perjudicado tenía en su cuenta corriente, realizó varias extracciones en cajeros y obtuvo varias entregas de dinero con el uso de la libreta de la que previamente se había apoderado usando de llaves falsas. Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 25 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 241.1

*Se entiende como robo en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias el realizado en aparcamiento de vehículos anejo a un establecimiento de venta*

Único.—El motivo que se utiliza en el recurso denuncia infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando como infringido el artículo 241.1.º del Código Penal que entiende el recurrente indebidamente aplicado al caso, porque no se trataba, como dice ha entendido el tribunal de instancia, de que los hechos ocurrieron en horas de apertura al público según ha señalado la jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino que no debió apreciarse la figura agravada del mencionado artículo 241.1.º del Código Penal porque un aparcamiento público no es un local abierto al público, que es hecho igual al de que se realizara con apertura de un vehículo aparcado en la vía pública y pagando el aparcamiento, con lo que se está haciendo un contrato de depósito con el ayuntamiento de la localidad, mientras que, en un aparcamiento privado, la misma clase de contrato se hace con un ente privado.

Ciertamente los términos en que está redactado el texto del artículo 241.1.º del Código Penal han exigido ser complementados por la doctrina de esta Sala que limita la apreciación del tipo agravado de realización del hecho al período de tiempo en que el establecimiento abierto al público lo esté efectivamente. Pero no puede acogerse el criterio del recurrente de que un parking en local de una entidad es idéntico a la vía pública, cuando se paga en esta última por aparcar. La vía pública, obvio es afirmarlo, no es un local, que es definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, como sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto, ni se puede decir que el pago de la tasa municipal de aparcamiento, es decir, por el uso por el breve espacio de tiempo de unos minutos o unas horas, del lugar con finalidad de aparcar un vehículo, puede atribuir a la vía pública el carácter de local, mientras que sí lo es un lugar al que puede acceder el público para aparcar, que está cercado y separado de la vía pública y donde se pagó, no sólo por la ocupación del lugar, sino también por la vigilancia que de los vehículos se ejerce durante el tiempo en que está abierto para tal fin al público, máxime cuando, como es aquí el caso, el lugar de aparcamiento es anejo a un establecimiento de venta abierto al público. En tales condiciones los riesgos mayores que al tiempo establecido de apertura al público son anejos, concurren también el local dedicado a aparcamiento y, habiendo ocurrido los hechos en horas de apertura, es evidente la corrección de aplicar la figura agravada de robo con fuerza en las cosas del artículo 241.1.º del Código Penal.

(Sentencia de 20 de marzo de 2001)

### *Sustracción en iglesia o ermita en momento en que está abierta al público*

Tercero.—1. El motivo segundo del recurso de casación de Antonio R. A. y José Manuel L. M. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 237, 238.3.º y 241 del CP.

Concretamente, se cuestiona por el recurrente la aplicación del subtipo agravado establecido en el artículo 241, en cuanto que el robo con fuerza supone una acción de fracturar o asimilada para posibilitar el ingreso en edificio cerrado, por lo que cuando la construcción o el local está abierto, la acción de sustraer constituiría delito de hurto y no de robo, salvo que el bien sustraído fuese un objeto cerrado, que contuviese dinero u otros bienes susceptibles de valoración económica, en cuyo caso el apoderamiento integraría delito de robo, según lo previsto en el artículo 238.3.º del CP.

2. El Fiscal impugnó el motivo, en atención a que si para la sustracción de la corona de la Virgen no medió fuerza, sí fue utilizada para el apoderamiento del dinero de los cepillos, lo que determinaba la subsunción de los hechos en el tipo de robo con fuerza previsto en los artículos 237 y 238.3.º del CP y

3. El motivo debe desestimarse, porque no hubo una aplicación indebida de los artículos 237, 238.3.º y 241 del CP.

Fue correcta la aplicación del artículo 237 del CP en cuanto que en los hechos probados, descritos en la narración histórica y en el segundo Fundamento de Derecho de la sentencia impugnada, consta que hubo un apoderamiento de cosas muebles ajenas —dinero—, empleando fuerza para acceder al lugar donde el metálico se guardaba, dándose por tanto los elementos del tipo de robo con fuerza en las cosas, expuestos en el artículo 237.

Fue claramente subsumible en el artículo 238.3.º del CP la acción de fractura de los cepillos unidos a la estatua del monaguillo y al velario, y de apoderamiento del

dinero que había en ellos, descrito en el relato fáctico y en el Fundamento segundo de la sentencia recurrida.

También fue correcta la aplicación del subtipo agravado del artículo 241 del CP, en cuanto que la depredación se realizó en edificio abierto al público, y ya que la jurisprudencia de esta Sala, manifestada en las sentencias de 16-6-1997, 27-6-1997, 22-9-1997, 2-2-1998, 21-7-1998 y 3-9-1998, siguiendo el criterio adoptado por el Pleno de 22-5-1997, ha considerado que la agravante de edificio o local abierto al público del artículo 241 del CP debe entenderse que se refiere exclusivamente a los supuestos en que el edificio o local están físicamente abiertos, por las siguientes razones:

A) Por la mayor peligrosidad que encierra que el robo se cometa estando el establecimiento accesible al público; B) Por el mayor reproche que también merece el acto depredatorio durante las horas de apertura, al suponer un aprovechamiento de las facilidades brindadas por el carácter público del local; C) Porque si la agravante se aprecia tanto durante las horas de apertura, como durante las de cierre del local, prácticamente todos los supuestos de robo con fuerza en las cosas quedarían englobadas en el precepto agravatorio del apartado 1 del artículo 241 del CP, y no tendría prácticamente aplicabilidad el tipo básico del artículo 240 del citado Cuerpo Legal; y D) Porque en horas de apertura son posibles e imaginables robos con fuerza en las cosas.

Tal posibilidad de robo con fuerza en las cosas en edificio abierto al público es obvia tratándose de una iglesia o ermita, en la que los autores del robo pueden aprovechar espacios de tiempo en los que el local está vacío.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

*Concepto, fundamento y requisitos de edificio abierto al público. No lo es el acceso al interior de un hotel por una ventana a la una de la madrugada: ausencia de peligrosidad por la existencia de público y ausencia de abuso de la confianza de quien permite acceder al local*

Tercero.—En el motivo 3.º, por la vía del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley al considerar que no tenía que haberse aplicado al caso la agravación específica del artículo 241.1 en su inciso relativo a la circunstancia de cometer el robo en «edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

Es unánime la crítica de la doctrina frente a este tipo cualificado de robo con fuerza en las cosas, que ha venido a sustituir al que se recogía antes en el artículo 506.5.º CP/1973 aplicable «cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias», concepto sustancialmente diferente al aquí examinado y que también los autores consideraron entonces carente de fundamento.

Por local o edificio abierto al público hay que entender aquel cuyo acceso no está limitado a determinadas personas sino que se encuentre libre para que pueda entrar quien lo desee.

El problema radica en encontrar el fundamento de esta agravación.

Conforme a la doctrina de esta sala (SS. de 7-11-1997 y 2-2-1998, entre otras) podemos encontrar dos razones que la justifican:

1.ª La peligrosidad para las demás personas que pudieran encontrarse en el lugar del robo, ante posibles reacciones del ladrón caso de ser sorprendido y tratar de huir, a semejanza de los casos en que estos hechos ocurren en casa habitada, en que

se reconoce este fundamento en la agravación correspondiente junto con el que le es más característico: el atentado contra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

2.<sup>a</sup> La vulneración de la confianza de los titulares del local que, precisamente por esa confianza en que cuantos allí acceden se han de comportar de modo adecuado, lo tienen abierto al público.

No parece que tales razones justifiquen el que estos hechos sean condenados con la misma pena prevista para los casos en que concurre alguna de las agravantes específicas que el artículo 235 prevé para el delito de hurto, o para los casos de comisión del robo en casa habitada, que son los equiparados en el artículo 241 a los aquí examinados.

Pero hemos de ser respetuosos con el texto de la ley (art. 117.1 CE) y sólo nos corresponde aquí examinar si en el caso concreto se aplicó o no correctamente el mencionado artículo 241.

Hemos de partir de una doctrina muy reiterada, que se inicia con un acuerdo adoptado en un pleno de esta sala celebrado el 22 de mayo de 1997 y recogida en múltiples sentencias (16 y 27-6-1997, 10-7-1997, 27-11-1997, 10-3-1999, 17-3-1999, 11-5-1999, 24-11-1999 y particularmente la de 22-5-1998, que hace un estudio profundo del tema), en virtud de la cual, para que pueda aplicarse este tipo de robo con fuerza en las cosas cualificado por haberse cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, es necesario, no sólo que se trate de lugar destinado a una actividad que se desarrolla con puertas abiertas para que pueda entrar quien lo desee, sino que efectivamente en el momento concreto del hecho delictivo se encuentre abierto, de modo que en aquellas horas o días en que se halle cerrado no cabe aplicar esta norma. Y ello porque, conforme al principio de legalidad, no caben interpretaciones extensivas que se producirían si se apreciara esta agravación cuando el local de hecho no está abierto al público sino cerrado por la razón que sea.

Y esto último es lo que ocurrió en el caso presente, en que el acusado entró en un hotel por una ventana a un salón desocupado a la una de la madrugada siendo sorprendido allí por la policía local alertada por un dispositivo de alarma que había detectado su presencia. Según el funcionamiento de esta clase de establecimientos (hoteles, hostales, pensiones, etc.), aunque algunos pudieran estar abiertos al público en otras horas, lo cierto es que ordinariamente a la una de la madrugada no lo están. Puede que estén completamente cerrados de forma que los clientes han de utilizar su propia llave para acceder. Y si están abiertos tienen una vigilancia a la entrada por parte de algún empleado, encargado precisamente de impedir la entrada a las personas ajenas al establecimiento. A esas horas ordinariamente en este tipo de establecimientos no hay libre acceso. En el relato de hechos probados de la sentencia recurrida nada se dice en este sentido. Sólo en el fundamento de derecho segundo, al concretar la norma que aplica, se afirma, sin razonamiento alguno, «que el hecho se cometió en una de las dependencias de un local abierto al público como lo es el hotel de autos». Tal afirmación es precisamente lo que constituye la infracción de ley aquí denunciada: se aplica una agravación cuando los hechos probados no dan cobertura para ello.

Antes nos hemos referido al doble fundamento de esta agravación: *a)* peligrosidad por la existencia de público y *b)* abuso de la confianza por parte de una persona a quien el titular le ha permitido el acceso al local. Doble fundamento discutible como ya hemos dicho, pero que en el caso presente pone de relieve que no debió aplicarse aquí el artículo 241. Ni había personas en el local, ni hubo abuso de confianza por parte de quien entró en el mismo subrepticamente. Se trata de un supuesto semejante

al que con frecuencia se produce cuando se penetra en un bar, restaurante u otro establecimiento público fuera de su horario de apertura.

Hemos de aplicar al caso el tipo genérico de robo con fuerza en las cosas del artículo 240 en grado de tentativa.

Consideramos adecuado bajar un grado sólo por aplicación del artículo 62, en atención a que el grado de ejecución, aunque no había concluido (lo que en el CP/1973 se llamaba delito frustrado) sí había alcanzado una progresión importante, pues el acusado ya había abierto un hueco en una ventana quitando el junquillo de uno de los cristales, había penetrado por ese hueco en el interior de uno de los salones del hotel y se hallaba debajo de una mesa cuando la policía le sorprendió, de modo que ya se encontraba en condiciones de apoderarse de cualquiera de las cosas muebles que allí pudieran existir. Ciertamente se había alcanzado un grado de ejecución muy avanzado y el peligro de apoderamiento de objetos había de considerarse próximo.

Bajando un grado acordamos imponer el mínimo permitido. La pena de uno a tres años de prisión del artículo 240 por la mencionada tentativa queda así reducida a la de seis meses.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

### *Concepto de casa habitada: lo es la vivienda de temporada*

Quinto.-1. En el sexto de los motivos denuncia la indebida aplicación del tipo agravado derivado de la realización del robo con fuerza en las cosas en casa habitada. En el desarrollo argumental del motivo plantea una doble dirección argumentativa. De una parte refiere que no hay prueba sobre el carácter de casa habitada y refiere las declaraciones de la propietaria. De otra parte que en la nueva redacción típica del tipo agravado en el Código de 1995 frente a la anterior redacción, se exige que la vivienda «constituya morada de una o más personas».

2. El motivo se desestima. La prueba practicada evidencia que la vivienda donde se realizaron los actos de fuerza con finalidad sustractiva se integran en el concepto normativo de casa habitada. Así lo refiere la propietaria denunciante al señalar que acudía con frecuencia a la vivienda donde, además, pasaba fines de semana y las vacaciones estivales. Prueba de lo anterior es que la denunciante interpuso dos denuncias refiriendo las dos sustracciones en días, casi consecutivos, 9 y 11 de junio.

El Código Penal de 1995 contiene una definición legal de lo que debe entenderse por casa habitada como «todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Para mejor comprensión del concepto de casa habitada ha de tenerse en cuenta que el Código señala, como presupuesto de la agravación, su realización en casa habitada o en edificios o locales abiertos al público y sus dependencias.

Sugiere el recurrente que la agravación sólo concurre cuando la vivienda en la que se realiza la acción estuviera habitada de continuo, excluyendo de su comprensión las denominadas viviendas de temporada. Esa interpretación se compagina mal con el fundamento de la agravación que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar (STS 7-4-1995) y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. Ese fundamento es de aplicación a las casas de temporada que puedan ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores. Así lo hemos declarado reiteradamente, por todas STS de 6 de mayo de 1998, al

recordar que la *ratio essendi* de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada, pues a la misma pueden acudir en cualquier momento sus moradores aunque se hubiera comprobado su ausencia anterior inmediata, como también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque al patrimonio como lo constituye al ataque al marco de intimidad merecedor de una protección añadida.

En este sentido, el relato fáctico afirma que la casa era ocupada por sus moradores «los fines de semana y vacaciones estivales» y la prueba practicada permite comprobar que esa afirmación responde a una actividad probatoria practicada en el juicio oral, destacando por su fuerza suasoria el hecho de que la perjudicada interpusiera las denuncias al comprobar las dos entradas para sustraer.

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 242.1

### *Inicial hurto que se transforma en robo violento al golpear a las víctimas que le sorprenden antes de tener la disponibilidad del objeto*

Único.–(...) La tipificación del delito de robo con violencia e intimidación en el nuevo CP ha sido objeto de una nueva y profunda redacción en el artículo 242, al desaparecer las figuras complejas previstas en los cuatro primeros números del artículo 501 del CP/1973, quedando ahora el robo con violencia o intimidación como un tipo abierto a cualquier medio violento e intimidatorio, si bien, cuando este medio por sí mismo integra, además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso con el delito de robo violento, según se pone de relieve en las sentencias de esta Sala de 28-9-1996 y de 7-2-1997.

Una larga serie de decisiones de esta Sala (SS. de 7-4-1981, 5-3-1984, 1-12-1986 y 22-4-1988), ha venido declarando que la violencia o intimidación sobrevenidas transmuta en robo violento la infracción precedente integrante de hurto (S. 21-10-1991) o de robo con fuerza en las cosas (S. de 27-4-1998), siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio (SS. de 19-5-1998 y de 16-9-1998).

En el nuevo Código Penal de 1995 desaparece la norma contenida en el artículo 512 del anterior, que permitía la consumación de los delitos de robo violentos o intimidatorios cuando se produjera el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hubieran perfeccionado los actos contra la propiedad propuesta por el culpable. La derogación de esta consumación ficticia da paso a que ahora se apliquen al robo con violencia e intimidación los criterios generales que rigen la consumación de los delitos contra la propiedad. La jurisprudencia de esta Sala (así en SS. de 8-2-1994 y de 10-10-1997), ha distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo, o en el tomar las cosas ajenas del hurto: a) La *contractatio* que supone el tocamiento o contacto con la cosa; b) La «Aprehensio» o aprehensión de la cosa; c) La «Ablatio», que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y la «Illatio» que significa el traslado de la «res furtiva» a un lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando la jurisprudencia de esta Sala a la conclusión de que los delitos de apoderamiento, y entre ellos, por tanto, los robos violentos, quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas; disponibilidad que pueda ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial (SS. de 25-9-1981, 27-4-1982, 30-1-1984, 7-5-1992 y 2-11-1992, 8-2-1994 y de 27-10-1995). En los supuestos de persecución, el depredador perse-

guido no consigue la disponibilidad, ni el delito de apoderamiento llega a consumarse si la persecución fue ininterrumpida, sin haber sido perdidos de vista en ningún momento los autores del hecho fúgitivos. En los supuestos de sustracciones en un local no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito o apoderamiento, mientras el autor del apoderamiento no sale del local con las cosas sustraídas.

Si surgen o sobrevienen la violencia o la intimidación antes de conseguirse la disponibilidad sobre los objetos sustraídos y de alcanzarse la consumación del delito de apoderamiento, la violencia y la intimidación se integran con el apoderamiento y transmutan el hurto o el robo con fuerza en robo violento. Así lo ha entendido esta Sala en SS. ya citadas, de 19-5-1998 y de 16-9-1998, y en el Pleno de 25-1-2000, en el que se llegó al acuerdo mayoritario de que la violencia física producida o ejercida antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integra el delito de robo violento.

(Sentencia de 9 de marzo de 2001)

*Obtener llave con intimidación para utilizarla en entrar al local: el robo con intimidación absorbe el robo con fuerza en las cosas*

Tercero.—En el tercer motivo, formalizado por error de derecho del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 242 del Código Penal pues del relato fáctico no resulta el ánimo de lucro típico del delito de robo con intimidación. Arguye en defensa del motivo que la intimidación ejercida lo fue para sustraer unas llaves, posteriormente utilizadas para la sustracción de efectos en el establecimiento del que era encargado la víctima, una cartera, y un «discman», que fueron devueltos a la víctima, y un reloj.

El motivo debe ser parcialmente estimado, aunque no por el razonamiento que expresa el recurrente. En efecto, desde el hecho probado se afirma que se realizó la intimidación para la sustracción de unas llaves posteriormente utilizadas para sustraer efectos en el local del que la víctima era encargado. Estos hechos son calificados en la sentencia como constitutivos de dos delitos, uno de robo con intimidación y otro de robo con fuerza en las cosas por la utilización de llaves falsas, calificación que es errónea pues el hecho de entrar en el establecimiento con las llaves sustraídas instantes antes con intimidación absorbe el posterior atentado al patrimonio, de manera que el robo con intimidación absorbe al posterior robo con fuerza en las cosas pues ambas conductas, en principio típicas de dos delitos, se absorben en el criminal robo violento que guió la posterior utilización de las llaves.

Se produce una pluralidad de acciones encuadrada en una única acción con relevancia penal por lo que los autores realizan la intimidación para un desapoderamiento de efectos necesarios, para la posterior sustracción tanto de las llaves como de la información sobre los sistemas de seguridad, con los que se posibilita la posterior entrada en el establecimiento de donde sustrajeron monedas. Así entendido, aunque la acción se desarrolla mediante varios movimientos corporales, el de la intimidación y el del empleo de las llaves sustraídas bajo la anterior intimidación, para el ordenamiento penal resulta una única acción sustractiva contra el patrimonio subsumible en un delito de robo con intimidación.

4. Consecuentemente comprobamos que nos encontramos ante una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica, toda vez que las acciones se desarrollan en una unidad temporal y actuando la finalidad sustractiva que tenían proyectada los autores con

una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutina los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existe una unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, porque la pluralidad de actuaciones es percibida por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva que se encuentre vinculada en el tiempo y en el espacio.

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente subsumiendo la conducta declarada robada, además en el delito de detención ilegal, otra de robo con intimidación que absorbe el de robo con fuerza por el que fue condenado.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

### *Apoderamiento de cartera con dinero y pulsera estando la víctima atada y amordazada al haber sido objeto de agresión sexual*

Primero.—Comenzaremos el examen de los dos recursos por el formalizado por la acusación particular que interpone un primer motivo al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha aplicado indebidamente el artículo 234 del Código Penal y se ha dejado de aplicar el artículo 242 en relación con el 237 del mismo texto legal.

1. Pone de relieve que el hecho probado, declara que el acusado maniató y amordazó a la víctima y que encontrándose en esta situación, el agresor se apoderó de la cartera que estaba dentro del bolso que la denunciante había dejado en el automóvil de su propiedad. La sentencia recurrida declara que el acusado la abandonó atada y amordazada y que, en su fuga cogió la cartera, por lo que estima que hay motivos legales y jurisprudenciales, para encuadrar los hechos dentro del delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

2. Como apunta el Ministerio Fiscal, que apoya el motivo, debemos remitirnos al relato de hechos probados para establecer cuál es la calificación más adecuada a los hechos que han sido objeto de imputación. Se describe, en primer lugar, la agresión sexual con todo lujo de detalles, quedando acreditado de manera manifiesta y clara que maniató y amordazó a su víctima y que después de consumir sus propósitos sexuales la dejó en el mismo estado, ante la entrada en el garaje de otro vehículo. Se dice textualmente que, después de asomarse para ver quién era, «momento en el que, el acusado, tras robarle la cartera que contenía 30.000 pesetas en efectivo y una pulsera de oro trenzada con circonita valorada en 40.000 pesetas que se encontraba en el bolso que había dejado en su coche».

3. En el fundamento de derecho primero, la Sala sentenciadora justifica las razones por las que se inclina por considerar los hechos como constitutivos de un delito de hurto y no de robo violento en base a que, en su opinión, no ha existido fuerza o intimidación para el apoderamiento de los bienes ya que debe deslindarse la inicial violencia o intimidación empleada para lograr el acceso carnal y estimar que dicha situación se rompe al entrar una tercera persona en el garaje ante lo cual el acusado abandona el lugar, dejando atada y amordazada a la víctima, apoderándose de los bienes que han quedado descritos.

4. Es incuestionable que el apoderamiento de los bienes se produce en un marco intimidativo originado, por la notoria violencia física desarrollada por el acusado para lograr, en principio, sus iniciales fines de consumir una agresión sexual y que no termina en el instante en que aparece la tercera persona que entraba en el garaje. El panorama podría haber tenido otras derivaciones, si el acusado hubiera sol-

tado a la agredida en ese momento, una vez consumados sus propósitos. Pero lejos de adoptar esta situación la mantiene inmovilizada e imposibilitada de reaccionar y es precisamente en estas circunstancias, en las que se produce el apoderamiento de los bienes.

La violencia o intimidación cualificativa del robo, no es necesario que se conecte de manera inmediata y sin solución de continuidad con el apoderamiento, sino que es suficiente con que éste se presente tanto antes, como durante o después de la aprehensión de la cosa. La ejecución del tipo de apoderamiento, tiene lugar en el contexto de una situación de fuerza física, ejercida sobre la persona que finalmente resulta despojada de sus bienes. No se pone en marcha una actuación inocua o aséptica para apoderarse del contenido del bolso, sino que se aprovecha de la situación de absoluta indefensión e inmovilización en que se encontraba la víctima, por lo que los hechos deben ser calificados como robo violento del artículo 237 del Código Penal en relación con el artículo 242 del mismo texto legal.

5. Ahora bien, debemos precisar que el tipo aplicable sería el genérico del artículo 242.1 del Código Penal sin que pueda entrar en juego la agravación específica o subtipo agravado del número 2 de dicho precepto, en cuanto que el uso de las armas ya ha sido apreciado en el delito de agresión sexual, por lo que incidiríamos en un rechazable *bis in idem* si lo aplicáramos también para cualificar el robo violento.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de mayo de 2001)

### *La exigencia apremiante de dinero en la vía pública portando un bastón constituye una amenaza tácita*

Cuarto.—La parte recurrente no impugna expresamente la calificación del hecho como robo con intimidación, al no alegar infracción de ley, lo que en puridad nos veda el análisis de la corrección del proceso de subsunción que no se ha sometido a contradicción ante esta Sala. Ahora bien la peculiaridad del hecho descrito en el relato fáctico y lo escueto del propio relato, imponen efectuar algunas consideraciones adicionales, pues si nos ciñésemos exclusivamente a su lectura (dos personas que en la calle exigen de forma apremiante al denunciante la entrega del dinero que portase dándoles el asaltado las mil pesetas que tenía en su poder), podría dudarse de que, de modo efectivo y deliberado, hubiese concurrido intimidación. Lo cierto es, sin embargo, que en la fundamentación jurídica la Sala sentenciadora analiza más minuciosamente el suceso desde la perspectiva subjetiva de la víctima destacando los elementos circunstanciales (indudablemente deliberados por parte de los acusados) que incidieron en que su voluntad al acceder a la exigencia apremiante de los acusados (reiteradamente condenados por robo) de que les entregase todo el dinero que llevase, estuviese manifiestamente condicionada por la amenaza implícita que la referida exigencia conllevaba. En efecto los asaltantes eran dos, el tono de la exigencia era apremiante, actuaban con la soltura y experiencia de quienes ya han sido reiteradamente condenados por otros robos con intimidación, uno de ellos portaba un bastón, que aun cuando no llegó a enarbolar por lo que no se estima aplicable la agravación de uso de objetos peligrosos, lo cierto es que reforzaba en el ánimo del asaltado el temor de ser golpeado caso de no acceder a la entrega del dinero solicitado, el otro se llevó la mano al interior de la cazadora, en un gesto ostensible que hizo temer al asaltado que pudiese llevar una pistola, etc. En definitiva la exigencia apremiante a la víctima asaltada en la vía pública para que hiciese entrega del dinero que llevase, fue acompa-

ñada de una amenaza tácita pero suficientemente manifiesta de que la alternativa, caso de no acceder a lo exigido, sería una respuesta violenta.

En consecuencia la calificación es correcta, como también lo es que el Tribunal sentenciador atendiendo a la menor entidad de la intimidación y a las restantes circunstancias del hecho, incluida la escasa cantidad efectivamente obtenida, haya aplicado el subtipo privilegiado prevenido en el párrafo 3.º del artículo 242 del Código Penal de 1995, para estos supuestos de menor entidad.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

*Violencia sobrevenida que hace que se produzca la transmutación del hurto o robo con fuerza en robo violento. Se produce también cuando los actos de agresión física están relacionados con el propósito de lograr la huida, en supuesto de tentativa inacabada*

Primero.—La Audiencia Provincial de León condenó al acusado como responsable en concepto de autor de un delito de robo con violencia e intimidación en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 237, 242.1.º y 2.º, 16 y 62 CP, así como una falta de lesiones tipificada en el artículo 617.1.º CP.

El primer motivo de casación que formula este acusado contra la mencionada sentencia se residencia procesalmente en el artículo 849.1.º LECrim, denunciando la indebida aplicación de los artículos 242.1.º y 2.º CP porque, al decir del recurrente, el acusado es autor de un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 240, en grado de tentativa, pero no de un delito intentado de robo con violencia e intimidación como, incurriendo en *error iuris*, fueron calificados los hechos probados por el Tribunal sentenciador, alegando, en esencia, que el empleo de medios violentos e intimidatorios tuvo lugar después de la ejecución del ilícito apoderamiento, para el que el acusado había fracturado la puerta de entrada del establecimiento en el que sucedieron los hechos, así como las cerraduras de las máquinas tragaperras, haciéndose con las monedas que se encontraban en su interior, «... y que fue después de la tentativa de robo cuando se produjo una pelea...» a resultas de la cual resultó lesionado el propietario del local que había acudido al lugar a consecuencia del ruido causado.

El estricto sometimiento a la declaración de Hechos Probados que exige imperativamente el cauce casacional utilizado por el recurrente, determina la desestimación de esta primera censura. En efecto, como argumenta el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un supuesto clásico de un inicial delito de robo con fuerza en las cosas, en cuya dinámica surgen actos de violencia o intimidación en las personas cuando el agente es sorprendido en su actividad depredadora, transformándose entonces el delito no violento del artículo 240, en un delito de robo con violencia si en el *iter* ejecutivo del apoderamiento han aparecido actos de violencia o intimidación con anterioridad a la consumación de la sustracción.

En este punto del elemento temporal es reiterado y pacífico el criterio de esta Sala según el cual en el momento en que el inicial apoderamiento ha quedado consumado, la realización posterior de actos de violencia o intimidación podrán configurar otras infracciones como lesiones, amenazas, coacciones, etc., pero no afectarán ya a la calificación del apoderamiento como hurto, robo con fuerza, etc., para transformarlo en un robo violento o intimidatorio del artículo 241 CP.

La descripción que de la actuación del acusado nos ofrece la declaración de Hechos Probados nos permite aseverar que en el caso actual las acciones de violencia

se ejecutaron cuando «advertido el gerente, Adelino R. R., cuya vivienda se encuentra inmediata a la cafetería, por el ruido causado por el acusado y su acompañante, se presentó en el establecimiento en cuyo momento huyó el otro individuo, procediendo el acusado a golpearle en un hombro con una piqueta de albañil... y a propinarle una patada...», todo ello inmediatamente después de haber sacado el dinero de las máquinas tragaperras y mientras permanecían en el interior del local asaltado. Es claro, pues, que la mera detentación física de las monedas no supone la consumación del hecho delictivo por cuanto, dadas las circunstancias señaladas, el acusado no había tenido en modo alguno la disponibilidad real y efectiva sobre el botín obtenido, ni siquiera de manera fugaz, que es el factor determinante que cualifica la consumación del ilícito (véase, por ejemplo, STS de 5 de julio de 2000). En este aspecto es pacífica y constante la doctrina de esta Sala según la cual 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 –*contrectatio*–, 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 disponibilidad –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, 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), que se recoge, entre otras, en la reciente sentencia de 23 de marzo de 1999).

Segundo.–Es cierto, por otra parte, que la moderna doctrina jurisprudencial exige todavía otro requisito además de que la violencia o la intimidación surjan antes de la consumación, cual es el que afecta a la finalidad o intencionalidad del sujeto y que consiste en que esos actos de agresión física o de amenazas estén relacionados causalmente con la acción depredatoria, pues sólo la violencia o la intimidación que se ejerza con el fin de conseguir el apoderamiento convertirá en robo del artículo 241 lo que, en principio fuera un simple hurto o un robo con fuerza, pero no cuando esos actos se ejecutan exclusivamente para la huida, como venganza o con cualquier otra finalidad diferente de la lucrativa, ya que en estos últimos supuestos se rompe la relación de causalidad –de medio a fin– entre los actos de violencia o intimidación y el apoderamiento, de manera que aquéllos habrán de ser calificados y sancionados separadamente pero no calificarán el hecho como constitutivo del tipo penal previsto en el artículo 241 CP.

Empero, debemos coincidir con el Fiscal en que el contenido de la sentencia impugnada ofrece datos suficientes para afirmar que las acciones violentas ejecutadas por el acusado al agredir a la víctima con la piqueta de albañil que portaba se encuentran directamente enlazadas con el propósito de lograr la huida con el dinero conseguido. En este sentido es suficientemente significativo el pasaje del Fundamento de

Derecho Primero en el que se indica que «según se expresa en el *factum* de la sentencia y ha quedado acreditado el acusado, una vez que se hubo apropiado del dinero de las máquinas tragaperras del establecimiento, tratando de huir, al hacer acto de presencia el dueño del referido local blandió una piqueta con la que atacó al mencionado propietario con propósito de intimidar y lograr su huida, iniciándose entonces una pelea entre ambos en el curso de la cual el citado dueño y como consecuencia de los golpes que le fueron propinados por José Angel E. C. resultó con lesiones de las que tardó en curar cinco días precisando únicamente una primera asistencia médica, no pudiendo finalmente aquél abandonar el establecimiento, llevándose el dinero, al ser retenido en el mismo por José Angel E. y su hijo que acudió posteriormente en su ayuda». Esta descripción avala palmariamente la convicción del juzgador de que el acusado no había desistido de su propósito depredatorio cuando hizo uso de la violencia contra quien le impedía la huida con el botín y, por tanto, concurre y persiste la relación causal entre violencia y apoderamiento a la que nos hemos referido.

Por todo lo cual, el motivo debe ser desestimado.

Tercero.—Los razonamientos que han quedado consignados precedentemente fundamentan por sí mismos la desestimación del segundo motivo de casación que, formulado también al amparo del artículo 849.1.º LECrim, denuncia la incorrecta aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 62 CP en relación con el artículo 16.1.º, porque, según se sostiene por el recurrente la pena habría debido ser rebajada en dos grados y no en uno, en tanto que estaríamos ante un supuesto de tentativa inacabada.

Lo primero que llama la atención es la manifiesta contradicción entre esta censura y la del primer motivo, porque si allí se sostenía que la violencia física surgió cuando el delito había quedado consumado, no se entiende que ahora se argumente lo contrario cuando se afirma que el grado de ejecución del apoderamiento no sobrepasó el estadio de la tentativa inacabada.

Como ya hemos señalado anteriormente, los datos fácticos de la sentencia impugnada revelan una dinámica comisiva en la que el acusado llevó a cabo todas las acciones necesarias hasta conseguir la aprehensión material del dinero que guardaban las máquinas tragaperras reventadas, interrumpiéndose en ese momento el *iter criminis* por la presencia de la víctima que con su actuación impidió al acusado recorrer el último tramo de su acción delictiva que hubiera supuesto la consumación del delito, abortándose de esa manera la posibilidad de disponibilidades del botín del que ya había entrado en posesión el asaltante. Y es esa falta de libre disponibilidad de los bienes sustraídos que ya tenía el acusado en su poder, lo que evita la consumación del tipo y la calificación del hecho como tentativa. Por eso mismo, la doctrina de esta Sala subraya que en esta clase de delitos contra el patrimonio, la consumación no necesita que se alcance el fin último pretendido por el delincuente, debiendo diferenciarse entre perfección y consumación del delito radicando en ello el sentir jurisprudencial proclive a reconocer en los delitos de robo y hurto una consumación anticipada, haciendo innecesaria 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.

Así, pues, la calificación del hecho como de tentativa acabada que hace la sentencia en su fundamento de derecho tercero es perfectamente correcta y, por ende, también lo es la decisión de degradar la pena en un solo tramo dentro de la facultad que al Tribunal sentenciador le otorga el artículo 62 CP al haberse atendido aquél «al grado de ejecución alcanzado» que establece el mencionado precepto como criterio para el ejercicio de dicha facultad.

(Sentencia de 10 de septiembre de 2001)

*La violencia o intimidación deben ser determinantes para doblegar la voluntad contraria al desapoderamiento. Existe en el caso de acusado que coge objetos de supermercado y antes de pasar por el control de pago es sorprendido por empleado, sujetándolo por los brazos y luego empujándolo para que no impidiera la sustracción*

Segundo.—Hemos declarado (SSTS 30-3-1999, 20-9-1999, 13-6-2000) que la violencia típica del delito de robo con intimidación es aquella que es instrumental al desapoderamiento, esto es, que se ordena de medio a fin. Por ello la violencia o intimidación debe ser la causa determinante de la sustracción. En aquellos supuestos en los que la violencia o intimidación no va dirigida a doblegar una voluntad contraria al desapoderamiento, no existirá la violencia típica, por ejemplo, cuando con intención de huir y sin un previo apoderamiento se ejerciera violencia para salir corriendo del lugar.

En el supuesto objeto de la casación, los autores han realizado la sustracción antes de tener la cosa mueble sustraída a su disposición, pues tenían, que franquear el dispositivo de pago existente en el supermercado dispuesto para su abono. Sin desprenderse de los efectos realizan un acto de violencia, sujetando con los brazos y empujando al empleado, para impedir que éste obstaculizara la sustracción. La violencia ejercida aparece preordenada a la sustracción, por lo que es típica del robo violento. En otros términos, la violencia ejercida no aparece desconectada con el desapoderamiento sino que integra un elemento para su consecución que es subsumible en el artículo 242 del Código penal.

(Sentencia de 11 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 242.2

*Hacer uso de armas u otros medios peligrosos en robo: no aplicabilidad del tipo agravado en el caso de quien hace uso de barra metálica que no fue llevada por los acusados, sino recogida in situ (voto particular contrario a este criterio)*

Segundo.—(...) La Jurisprudencia de esta Sala ha entendido de forma constante que en los supuestos de uso de armas o instrumentos peligrosos no porteados al lugar

del hecho, sino cogidos *in situ*, no es apreciable la agravante específica prevista en el párrafo último del artículo 501 del CP de 1973, y actualmente en el apartado 2 del artículo 242 del CP de 1995 (SS. 17-12-1982, 6-11-1990, 22-3-1991, 16-11-1992, 10-12-1992, 8-2-1993, 9-6-1994, 31-10-1997, 25-9-1998 y 4-11-1998). Se justifica la exclusión de la agravación, por respeto al principio de legalidad y a los términos del artículo 4.1 del CP de 1995, que obliga a no aplicar las leyes penales «a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», y teniendo en cuenta que el término «llevar» significa gramaticalmente «transportar, conducir una cosa de un sitio a otro», en la primera de las múltiples acepciones registradas en el Diccionario de la RAE, pero además se considera por la jurisprudencia justificada la limitación de la agravación a los supuestos en que el arma se llevase al lugar del robo, por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuridicidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos (Sentencia de 31-10-1997). Este criterio se ha mantenido por el Pleno de esta Sala de 9 de febrero pasado.

### (Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, contra sentencia dictada el día 21 de febrero de 2001 en el recurso de casación número 126/2000-P.

El Magistrado que suscribe expresa en el presente voto su opinión contraria a la estimación del recurso en lo concerniente a la inaplicación al caso del artículo 242.2 CP. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala y el Pleno de la misma han establecido que la agravación por el uso de armas o instrumentos peligrosos en el robo no es de estimar cuando el arma o instrumento peligroso es encontrado y tomado por el autor en el lugar mismo de la comisión del delito. Este punto de vista no es adecuado al fundamento de la agravación de la pena por las razones que se expresan a continuación.

El verdadero fundamento de la agravación prevista en el artículo 242.2.º CP es, desde un punto de vista objetivo, el aumento del peligro para bienes jurídicos personales del sujeto pasivo que el autor crea mediante el uso del arma o del instrumento peligroso. Asimismo es posible sostener, desde una perspectiva subjetiva, que dicha incrementación de la pena se explica por el mayor efecto intimidante, y correlativamente inhibitorio de la autodefensa, de la víctima del delito. En todo caso, desde cualquiera de estas posiciones respecto del fundamento de la agravación, la circunstancia de que el autor haya llegado al lugar del hecho con el arma o la haya cogido en él, debería ser irrelevante, dado que el peligro corrido por los bienes de la víctima han sido mayores o su capacidad de autodefensa se ha visto más restringida por la violencia anunciada en el ataque.

La mayoría, sin embargo, entiende que la interpretación que se acaba de exponer no es compatible con el texto de la ley, pues éste se refiere a las armas o instrumentos peligrosos «que llevar» el delincuente. En primer lugar se aduce en favor de esta tesis el sentido gramatical del verbo llevar. El Magistrado que suscribe no puede compartir esta argumentación, pues una palabra que en el Diccionario de la Real Academia tiene reconocidas 23 (veintitrés) acepciones no tiene un sentido tan unívoco como para excluir una interpretación político-criminalmente no objetada en la argumentación de la mayoría. La elección de un significado de un vocablo que tiene tantos no puede ser en ningún caso fundamentada con el método gramatical, si éste, como es obvio, es bien entendido, dado que ya tal elección sólo puede ser consecuencia de algún otro criterio distinto del significado mismo. Sobre todo cuando una de las acepciones del verbo llevar es la de «estar provisto de algo», acepción, por lo tanto, que no excluye, sino todo lo contrario, la interpretación que aquí se postula.

Consecuentemente, el argumento basado en el principio de legalidad carece de todo respaldo. Es evidente que si llevar significa «estar provisto de algo», el texto legal cubre también la interpretación teleológica propuesta. Nadie duda que una interpretación cubierta por el texto legal no vulnera en ningún caso el principio de legalidad.

Tampoco es posible compartir el argumento basado en la «mayor antijuricidad que supone el portar o poseer (el arma) de antemano». En primer lugar porque la antijuricidad no es un concepto graduable. No hay más o menos antijuricidad. Hay antijuricidad o no la hay, pues la antijuricidad es la contrariedad al derecho que se da cuando no concurren causas de justificación. En todo caso lo graduable es el injusto o la ilicitud. Pero, es también indudable que desde el punto de vista de la mayor o menor intensidad de la lesión (o peligro de lesión) del bien jurídico lo decisivo es cómo se produce el ataque o el ejercicio de la violencia, pues esto es lo que genera mayores peligros para la víctima o una mayor indefensión de la misma. La premeditación del uso del arma o del medio peligroso, que en el fondo es el criterio que propone la mayoría para explicar el fundamento de la agravación de la pena en estos casos, por el contrario, carece de toda relevancia. Se trata de una circunstancia subjetiva cuya ausencia no debe neutralizar el significado de la mayor violencia a la que objetivamente se ha visto sometida la víctima.

En todo caso, es seguro que la ley penal no puede haber querido favorecer al autor violento simplemente porque la decisión de valerse de un arma o de un instrumento peligroso haya sido adoptada en un momento muy cercano al ataque. La cercanía temporal entre la decisión de usar el arma para intimidar y el ejercicio de la violencia no modifica en nada la situación de la víctima que sufre el ataque.

En suma: el Magistrado que suscribe entiende, por las razones expuestas, que en el delito de robo es aplicable el artículo 242.2 CP aunque el autor haya cogido el instrumento peligroso o el arma utilizada en el lugar en el que ejecuta el ataque contra la víctima.

(Sentencia de 21 de febrero de 2001)

*La exhibición del arma se convierte en utilización cuando se amenaza con ella a las personas. Compatibilidad de este subtipo agravado con el privilegiado de la menor entidad de la violencia ejercida y restantes circunstancias del hecho (amenazar con un destornillador a varias personas sin riesgo claro e inminente para las mismas)*

Segundo.—El correlativo tiene su sede en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los números 1.º y 2.º del artículo 242 del Código Penal en cuanto tipifica el robo con violencia o intimidación con uso de armas.

Aunque con un brevísimo contenido, en el escrito de formalización parecen alegarse dos cuestiones impugnatorias, la primera referida a que únicamente se exhibió el arma (un destornillador) pero no se utilizó como requiere el apartado 2.º del indicado precepto, y la segunda a que, según su tesis, la acción de exhibir el arma fue claramente posterior al intento de apoderarse del vehículo.

La primera alegación es rechazable, pues según los hechos que la sentencia declara como probados, a los que nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, esa exhibición se convirtió en utilización desde el momento en que se amenazó a las personas que trataban de impedir su huida, y es que el uso de un arma requiere en

muchos casos, como el presente, su previa exhibición, pero de ningún modo (obvio es decirlo) ésa excluye a aquél.

Lo segundo carece de virtualidad impugnatoria, pues según los hechos probados, las amenazas producidas a través del referido arma lo fueron sin solución de continuidad respecto al hecho enjuiciado y precisamente para procurarse la huida, cuando varios viandantes, junto al dueño del coche que se trababa de sustraer, le persiguieron, consiguiendo que no se consumase la acción aunque no lograsen detenerle, detención malograda por causa de las referidas amenazas.

Se rechaza el motivo.

Tercero.—El último de los alegados también tiene su base en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado respecto al robo con intimidación la atenuación específica de la pena que se contiene en el apartado 3 del artículo 242 del Código Penal.

Después de la entrada en vigor del Código de 1995 se dudó si esa atenuante específica podía ser aplicada en los dos primeros supuestos que se contienen en el precepto o sólo cuando los hechos se califican con arreglo al número 1, ya que literalmente el número 3 hace referencia exclusiva a él. Sin embargo, y según acuerdo del Pleno de esta Sala de 27 de febrero de 1998 se llegó a la conclusión de que la menor entidad de la violencia o intimidación, en atención a cada caso concreto, podía también apreciarse cuando el agente hubiera hecho uso de armas cuando ésas no fueran excesivamente peligrosas y no se hubiera puesto en riesgo la vida o la integridad física de las personas, es decir, cuando la intimidación ejercida sea de escasa entidad y, sin embargo, la pena resultante sea desproporcionada (también en este sentido se pronuncian las sentencias de 2 de noviembre de 1997, 13 de octubre de 1998 y 18 de enero de 1999).

En el supuesto enjuiciado es aplicable la anterior doctrina pues sin negar la peligrosidad intrínseca del arma empleada, es lo cierto que las amenazas con ella producidas no se hicieron con riesgo claro e inminente para las personas amenazadas a quienes en ningún momento se trató de atacar de modo directo, apreciándose por tanto una menor entidad en la violencia o intimidación ejercida, según requiere el indicado apartado 3 del artículo 242 del Código. Además también es de apreciar una evidente desproporción entre la pena impuesta (dos años, siete meses y dieciséis días de prisión) y el delito de robo en grado de tentativa cometido.

Por lo expuesto, habida cuenta ese grado de ejecución y la aplicación de la atenuante específica del tan repetido apartado 3 del artículo 242, entendemos adecuada y equitativa la pena de un año de prisión, y ello aceptando la agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

### *Violencia para proteger la huida. El ejercicio personal de la violencia no es un requisito de la coautoría del robo*

Segundo.—(...) La Audiencia ha considerado que el delito de hurto no se había consumado porque la perjudicada salió en persecución de la ahora recurrente. De allí dedujo que los acusados no tenían «un dominio real de lo sustraído». Este punto de vista, sin embargo, se desarrolló durante la vigencia del Código anterior, en el que no se había establecido el criterio del legislador respecto de la violencia ejercida después de la sustracción. No son pocos los precedentes de esta Sala que estimaban como no consumado el robo hasta que el autor no hubiera logrado una posesión pacífica de la

cosa sustraída, y que excluían la consumación cuando entre sustracción y persecución no existía una continuidad total.

La situación legal ha cambiado con la nueva redacción del artículo 242 CP. De acuerdo con el actual artículo 242.2 CP, la violencia ejercida para proteger la huida o para impedir la defensa de la propiedad atacada con la sustracción, forma parte del tipo del robo. Es cierto que esta violencia sólo es mencionada en el contexto de la agravación correspondiente al uso de armas, pero, es evidente que tal agravación sólo puede operar en el robo precisamente porque el ejercicio de la violencia no sólo forma parte del tipo como medio para lograr la apropiación de la cosa, sino también para impedir, después de la sustracción, la defensa inmediata de la misma o para cubrir la huida del autor. Carece de todo sentido político criminal pretender que esta configuración del tipo penal sólo debería admitirse para el caso de robo con armas, pues, en realidad, el uso de armas no es sino una modalidad de la violencia que no tiene por qué requerir una configuración especial del tipo del robo.

(Sentencia de 23 de junio de 2001)

### *Hacer uso de las armas: utilización de cuchillo contra uno de los perseguidores, apuñalándole, de forma inmediata a sustracción fallida*

Segundo.—(...) Resta por examinar la cuestión relativa al «uso de armas». La parte recurrente no discute ni el porte ni la utilización del arma; en este caso un cuchillo. Lo que sostiene, en definitiva, es que el acusado empleó el arma «en un momento posterior (al intento de robo) para repeler la agresión de la que fue objeto más tarde», y que «no puede hablarse de persecución, al no haber existido solución de continuidad entre los hechos objeto de la causa y la detención del acusado».

Para pronunciarnos sobre esta cuestión, debemos partir nuevamente del relato fáctico de la sentencia y del texto legal. En éste se dice, por lo que se refiere al subtipo agravado aquí discutido, que el mismo deberá ser apreciado «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren» (art. 242.2 CP). El subtipo debe apreciarse, por tanto: *a)* cuando las armas que el delincuente llevare se utilicen para cometer el hecho delictivo; *b)* cuando se utilizaren para proteger la huida; *c)* cuando se hiciere uso de ellas para atacar a las personas que hubiesen acudido en auxilio de la víctima; y *d)* cuando tal uso se hiciere contra los que le persiguieren. No es menester, pues, para la aplicación de este subtipo que el delincuente hiciese uso de las armas que llevare a lo largo de toda la secuencia de su conducta. Es perfectamente posible que en el momento del apoderamiento del bien ajeno, o del intento de lograrlo, se haya desarrollado una conducta intimidante para la víctima, sin utilizar arma alguna, y que luego el delincuente hiciese uso de las armas que llevare en alguno de los supuestos legalmente previstos, a los que hemos hecho referencia.

En el presente caso, es indudable que el acusado no llegó a hacer uso de las armas en su intento fallido de apoderarse de bienes ajenos; si bien debe dejarse constancia de que ello fue así por la reacción de la víctima que, al ver cómo aquél pretendía sacar los instrumentos que llevaba en la bolsa (las armas), sin duda alguna, para haber hecho uso de las mismas en tal momento, «le sujetó las manos y le empujó» hasta que cayó rompiendo un cristal del establecimiento. Tras esta primera acción, el acusado salió de la mercería y se quitó la gorra y las gafas con las que ocultaba su rostro, momento el que el dueño de la tienda le reconoció y avisó a su hijo que se encontraba en la tienda que tenía en las inmediaciones, el cual, en unión de un empleado suyo,

persiguieron al acusado hasta darle alcance en una calle próxima, momento en el que el acusado consiguió extraer el cuchillo que llevaba en la bolsa, con el que apuñaló al empleado, causándole las lesiones que se describen en el *factum*. Es indudable que la secuencia de los hechos que se han declarado probados, tal y como es descrita en la sentencia, pone de manifiesto una contigüidad y una inmediatez espacio-temporal que no puede ser escindida en la forma pretendida por la parte recurrente; debiendo entenderse, por tanto, que el acusado apuñaló a uno de sus perseguidores con el cuchillo que portaba, y que tal persecución se produjo sin solución de continuidad con el atraco intentado. Es llano, pues, que debe apreciarse en el presente caso el subtipo agravado de uso de armas.

(Sentencia de 2 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 244.1

*Concepto de restitución indirecta; inexistencia: abandono del vehículo por el acusado en una localidad distante a 50 km de donde lo sustrajo, tardándose un mes en su localización. La restitución indirecta existe si se deja el automóvil en lugar de fácil localización por su titular, y no cuando se efectúe el abandono en lugar totalmente ignorado para él*

Primero.—(...) En cuanto a la segunda cuestión planteada en el recurso, entiende el Ministerio Fiscal que, aunque tenga razón el recurrente al tipificar la sustracción de vehículo en el artículo 244 del CP, y no con arreglo a los artículos 237 y 238 del mismo Cuerpo Legal, como se hace en la sentencia, el tema carece de practicidad, en cuanto los hechos deben ser castigados como robo con fuerza en las cosas, al no resultar posible valorar la conducta del acusado como una restitución indirecta del vehículo realizada dentro de las cuarenta y ocho horas, ya que R., al ser detenido, nada manifestó acerca del lugar donde abandonó el vehículo sustraído, en Manzanares, a 50 kilómetros del lugar de la sustracción, lo que permite negar cualquier voluntad de devolución de lo sustraído, de conformidad con una doctrina jurisprudencial en la que se afirma que la restitución indirecta existe si se deja el automóvil en lugar de fácil localización por su titular, y no cuando se efectúe el abandono en lugar totalmente ignorado para él.

(Sentencia de 31 de marzo de 2001)

*Es indiferente que el acusado llegase o no a conducir el vehículo, sin que dicha acción constituya elemento del tipo*

Segundo.—El segundo de los motivos también lo es por infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim, en este caso ordinaria, por aplicación indebida de los artículos 244.1 y 2, 237, 238.4 y 239.2, todos ellos CP.

Lo que se afirma en el motivo es que el recurrente no condujo el automóvil sustraído, «por lo que el engaño sobre la creencia de que era guardacoches sólo podía recaer sobre la persona que condujera», de forma que la calificación de los hechos del apartado B) en relación al mismo lo sería por delito de hurto y no de robo de uso del artículo 244.1 CP.

Los hechos acogidos como probados, de los que se debe partir ineluctablemente, sientan que los dos acusados se dirigieron al propietario del vehículo estacionado, «y haciéndole creer que eran guardacoches del hotel allí existente consiguieron que les diera la llave del vehículo, llevandoselo y utilizándolo en los hechos que a continuación se relatarán».

El motivo igualmente debe ser desestimado.

En primer lugar, porque es indiferente que el acusado llegase a conducir o no el vehículo, sin que dicha acción constituya elemento del tipo penal aplicado. En segundo lugar, el artículo 244 CP/1995 se refiere a la acción de sustraer, que es precisamente la descrita en el hecho probado transcrito más arriba, pues son los dos acusados los que se dirigen al dueño del vehículo. Y en tercer lugar, la calificación de robo ha de ser aceptada en base a los argumentos aducidos por la propia Audiencia que tampoco se impugnan en el motivo. La calificación aceptada por la Sala no puede vulnerar el principio acusatorio en cuanto acoge la sostenida por la acusación particular en el escrito de calificación definitiva, aún cuando el Fiscal, en dichas conclusiones, acogiese la de hurto de uso.

(Sentencia de 20 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 248

### *Existe ánimo de lucro al obtener una ventaja patrimonial ocultando su propósito de no cumplir con la obligación contraída*

Único.—(...) 1. La jurisprudencia de esta Sala ha ido definiendo el contenido del ánimo de lucro en los diversos delitos que lo prevén. Tal definición ha tenido en cuenta las diversas características de los delitos en los que el ánimo de lucro forma parte del tipo. Así en los delitos de apropiación, delitos contra la propiedad de cosas, como el hurto o la apropiación indebida, al ánimo de lucro se le asigna la función de distinguir entre la apropiación, en sentido típico, y el uso, concibiéndoselo como *animus rem sibi habendi*. Por el contrario, en los delitos contra el patrimonio, como es paradigmáticamente el delito de estafa, el ánimo de lucro se concibe como propósito de obtener una ventaja patrimonial (que consiste en valores patrimoniales y no sólo en la posesión de cosas).

2. En este sentido, es evidente que en el presente caso el autor que mediante engaño logró una disposición patrimonial ocultando su propósito de no cumplir con la obligación contraída, obraba con ánimo de lucro, pues se proponía adquirir de la contraparte objetos patrimoniales sin cumplir la obligación contraída de pagar el precio de los mismos. La adquisición de estos objetos reúne todos los elementos de la ventaja patrimonial que el autor debe haber perseguido, dado que por ventaja patrimonial se entiende todo incremento de la situación patrimonial. El recurrente no sólo se proponía que la víctima le entregara las cosas en la expectativa de obtener la contraprestación, sino que además ha obtenido el incremento patrimonial perseguido. La prueba de este hecho no puede ser puesta en duda en la medida en la que el recurrente ha reconocido la recepción de los objetos.

3. Por lo demás, en el presente caso el engaño ha versado sobre un hecho, como se exige en el delito de estafa. En efecto, los hechos que deben ser elementos del engaño pueden serlo tanto objetivos como subjetivos. El ocultamiento del propósito de no cumplir la obligación contraída, por lo tanto, constituye el ocultamiento de un hecho (subjetivo). Estos supuestos han sido denominados «contratos criminalizados»

en la jurisprudencia. La prueba de este propósito de incumplimiento puede ser deducida –y por regla debe serlo– del comportamiento posterior a la recepción de los objetos que han sido objeto de la disposición patrimonial, como ha hecho en este caso el Tribunal *a quo*.

(Sentencia de 5 de enero de 2001).

*Engaño omisivo que se convierte posteriormente en activo. Percibir de la Seguridad Social pensiones por quien no es beneficiario de las mismas*

Segundo.–(...) En todo caso, la alegación referida a la inexistencia de engaño necesario para apreciar el Delito de Estafa también debe ser rechazada, pues –según argumenta sintética pero certeramente la Acusación Particular de acuerdo con la fundamentación jurídica de la sentencia– la percepción durante largos años de cantidades que se sabe no corresponden a quien las recibe, sin poner en aviso al que efectúa el pago no puede considerarse como una conducta normal; cuando en realidad y, como con todo acierto, dice la recurrida, el engaño puede ser activo o positivo o, como ocurre en el presente caso, omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias que existiendo en la realidad, desconoce la víctima y cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para evitar la disposición patrimonial. Además, el engañoso comportamiento de la acusada deja de ser meramente omisivo para alcanzar caracteres de una activa, mantenida y reiterada maniobra falaz que le permitió, a lo largo de un dilatado período de tiempo, seguir percibiendo las mensualidades que la Seguridad Social ingresaba en la entidad de ahorro en concepto de Pensión a pesar de no ser beneficiaria de dicha prestación. Tal contumacia y continuada engañosa hacen inviable la opción aplicativa que, en favor del artículo 254 del Nuevo Código Penal alternativamente se sugiere en el Recurso, ya que dicho comportamiento constante ha sido decisivo en el mantenimiento del error y causalmente eficaz para, provocando las reiterados desplazamientos patrimoniales producidos, propiciar a virtud del principio de especialidad, la tipificación de la conducta enjuiciada como estafa.

(Sentencia de 18 de enero de 2001)

*El engaño debe ser «bastante»; no hay engaño «bastante» en la utilización de una simple solicitud de talonario de cheque de banco que motivó el abono en cuenta de forma inmediata de la cantidad consignada en el documento, lo que no hubiese sucedido si se hubiese actuado conforme a la práctica bancaria habitual*

Quinto.–Por último, debe examinarse la alegación de que, al amparo de la previsión del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el engaño producido no fue bastante al efecto de justificar la aplicación de los artículos 248, 250.3.º y 28 del Código Penal.

El Fiscal, cargado de razón, apoya el recurso, y lo hace razonando de forma inobjetable que tiene apoyo en reiterada jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias de 1 de julio y 29 de octubre de 1998 y 9 de junio de 1999).

No se cuestiona la concurrencia del engaño desde el punto de vista conceptual, moral e, incluso, jurídico del término, en otro ámbito que no fuera el penal relativo al

delito de estafa. Y es que, en efecto, se indujo reflexivamente a error sobre la naturaleza de un impreso bancario con objeto de provocar un desplazamiento patrimonial en beneficio propio, para el que no habilitaba aquel documento.

Ahora bien, es un tópico doctrinal con el reflejo jurisprudencial aludido, que no cualquier clase de engaño, aun asociado a los restantes elementos típicos del artículo 248.1.º del Código Penal, constituye delito. La ley requiere que el engaño sea «bastante» y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que incidió la conducta a examen. Así, pues, es un juicio no de eficacia *ex post*, que sería empírico, de mera efectividad, sino normativo-abstracto y *ex ante*, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de su reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial como instrumento defraudatorio en términos de experiencia corriente.

Con ello quiere decirse que lo exigido es un engaño de cierta calidad, frente al que puede entenderse justificado el esfuerzo estatal de protección, que, en cambio, no lo estaría en favor del afectado por una acción fraudulenta frente a la que él mismo podría haberse prevenido fácilmente, con hacer uso de la experiencia y conocimientos medios disponibles en la situación dada.

En el caso contemplado es bien patente que la entidad concernida actuó contra la práctica usual en el ámbito bancario y contra las más elementales normas de precaución y de prudencia, que son, además, las impuestas con carácter general por la misma banca en virtud de la propia experiencia. Y esto no puede ser más obvio, ya se que se hizo un abono en cuenta, de forma inmediata, contra la presentación de una simple solicitud de talonario de cheques. Y no importa que ésta hubiera sido expedida por un banco francés, porque este dato debería haberse traducido en la concurrencia de un elemento más de cautela, a saber, la consulta al departamento de internacional.

En consecuencia, no puede ser más claro que el engaño que, ciertamente, medió, no fue «bastante» en sentido legal. Porque –puede afirmarse sin riesgo de error– una acción del perfil de la de los hechos probados tendría nulas posibilidades prácticas de producir un resultado como el que produjo, en el marco de una ejecutoria bancaria regular. Por eso, el motivo debe ser estimado y casarse la sentencia en tal sentido, dictándose otra absolutoria.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

*Estafa de hospedaje: adoptar actitud que da a entender que pagará la factura de hospedaje, aunque no realice maquinación o artificio alguno para inducir a error sobre su solvencia*

Cuarto.–Por último, la conducta observada por el acusado a lo largo de los meses de agosto y septiembre de 1996, alojándose sucesivamente en diversos hoteles de Madrid, de los que desaparecía subrepticamente a los pocos días sin abonar la factura, es claramente constitutiva de un delito continuado de estafa. En la denominada «estafa de hospedaje» concurren todos los elementos propios del tipo delictivo definido en el artículo 248.1 CP. En estos casos, el autor, con ánimo de lograr el beneficio que supone el alojamiento gratuito –equivalente a un lucro como es obvio– induce a la persona o empresa que le aloja a prestarle un servicio, esto es, a realizar en su favor un verdadero acto de disposición, mediante un engaño implícito que puede consistir, bien en la apariencia de una solvencia de la que carece, bien en la ocultación del decidido propósito de no pagar los servicios que reciba. La doctrina de esta Sala –SS. de 17-6-1986, 14-7-1988, 14-4-1993 y 18-5-1995, entre otras– ha considerado que aun-

que en estos supuestos el sujeto no realice una maquinación o artificio para inducir a error, existe engaño por el mero hecho de que adopte una actitud que da a entender su disposición a comportarse de acuerdo con las normas que rigen el tráfico mercantil e incluso la mera convivencia social. Esta actitud, sin la que lógicamente no sería aceptado en el establecimiento, se incluye dentro de los «hechos concluyentes» que, en circunstancias normales, son susceptibles de hacer creer, a los gestores de un hotel u otro negocio parecido, que se encuentran ante un cliente digno de confianza al que, en principio, no hay que someter a prueba precautoria alguna. De esta forma, sin duda alguna, se comportó el acusado en las ocasiones de autos, como lo demuestra el hecho de haberse podido alojar sucesivamente en cinco hoteles distintos –o en cuatro si no tenemos en cuenta el primero, cuyo representante legal dijo que lo hubiese dejado alojarse dos o tres días aunque hubiese conocido su falta de liquidez– pues ello pone de manifiesto que pudo engañar, precisamente con su actitud, a los empleados de todos los establecimientos de los que se marchó sin pagar. Por lo demás, es evidente que nos encontramos ante un delito continuado pues el acusado cometió todas las infracciones –que tuvieron como sujetos pasivos a distintas personas y que vulneraban el mismo precepto– o en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. El motivo de casación debe ser rechazado y el recurso desestimado.

(Sentencia de 26 de marzo de 2001)

### *El hotel no tiene el deber de investigar la solvencia de cada cliente*

Tercero.–(...) La modalidad defraudatoria de presentarse como cliente de un Hotel, instalarse en él y marcharse sin satisfacer los servicios recibidos, ha sido tradicionalmente calificada, desde el punto de vista jurídico, como una estafa (Véanse, entre otras, las SS. de esta Sala de 17 de marzo de 1999, 1 de marzo y 2 de noviembre de 2000).

El recurrente estima que no existió engaño bastante, y que el impago de lo adeudado en el centro hotelero, fue algo no querido por él, y por ende, nos hallamos ante un *dolo subsequens* carente de virtualidad integradora del delito de estafa. Estima asimismo que la empresa hotelera, debió adoptar o extremar las precauciones indagando sobre la solvencia del acusado.

4. Sin embargo, esta Sala tiene dicho (S. 1-3-2000) que «el simple hecho de acudir a un hotel solicitando alojamiento, implica de ordinario, en las relaciones normales de la vida social, una apariencia de solvencia, determinante de la prestación de los correspondientes servicios por parte de la empresa hotelera».

No responde a las enseñanzas de la experiencia diaria que una persona pueda solicitar alojamiento hotelero, sin ser cliente habitual del mismo, con el propósito no advertido por el personal del hotel, de impagar los correspondientes gastos al momento de la salida del mismo. Si a ello añadimos que tal conducta se produjo sucesivamente en dos hoteles distintos, el comportamiento engañoso y falaz del acusado es patente, resultando incuestionable que tal insidioso modo de proceder se considera suficiente para mover a los responsables de los distintos hoteles, donde el mismo se alojó, a prestarle los correspondientes servicios.

Con ello sería suficiente para estimar concurrente el engaño bastante. Además, en uno de los dos casos contemplados (Hotel Sant Benet) se dio la circunstancia añadida de que el recurrente, durante los días que disfrutó del hospedaje, utilizó dos coches distintos, lo que constituye un signo más de solvencia. Lo que no puede pretenderse es que cada cliente que accede a un hotel con propósito de utilizar sus servi-

cios, sea objeto de una investigación por parte del hotel sobre su solvencia, cuando se trate de pagar cantidades no elevadas. Tal medida resultaría violenta para el hotel y ofensiva para sus clientes.

La Sala, de las circunstancias del caso y demás actos concluyentes, llegó a la razonable conclusión de que el propósito ocultado por el cliente era de impagar los servicios solicitados; y esta apreciación no puede ser atacada en este trance procesal, por ser facultad exclusiva de aquélla (art. 751 LECrim).

Si se hubiera dado alguna circunstancia (que el recurrente no acreditó) que hubiera hecho dudar de su solvencia, podría decirse que los responsables del Hotel fueron negligentes al despreciar posibles signos de incumplimiento futuro, no adoptando las medidas precisas para evitarlo.

Pero nada de esto ocurrió. Nos hallamos ante un contrato mercantil «criminalizado» en el que el sujeto agente, con propósito previo de no pagar, se aprovechó de la buena fe y confianza que en la contraparte despertaba, su actitud y comportamiento, y obtuvo reiteradamente los servicios del hotel, de suerte tal, que de haber conocido la situación económica del recurrente, no se los hubieran prestado.

El acusado manifestó que no tenía dinero para pagar, y no lo tenía desde que concertó los servicios hoteleros. El sujeto agente ni podía ni quería pagar. El contrato concluido, según apunta el Fiscal, fue una ficción al servicio del fraude, desde el momento que el autor simulaba un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento.

El censurante ni pagó, en el momento de la comisión de los hechos, porque carecía de numerario para hacerlo, y siguió sin pagar hasta hoy, cuando el abono de 13.000 pesetas al Hotel Pedro III de Manresa (el otro establecimiento hotelero, cuyo perjuicio excedió de cien mil pesetas renunció a la indemnización), realizado antes de la celebración del juicio oral, le hubiera valido la aplicación de una importante atenuación de la pena (art. 21-5 Código Penal).

El motivo no puede ser acogido.

Cuarto.—Resueltos los motivos estrictamente alegados por el recurrente, esta Sala, con base en la simple mención del artículo 74 del Código Penal como inaplicable (Ap. 2 del motivo 1.º), aunque las razones de la inaplicación tuvieran por causa el no acreditamiento de las infracciones punibles imputadas, estima oportuno analizar una posible infracción de ley, descubriendo una voluntad impugnativa en dicho recurrente, por la que pretende una rebaja de la pena impuesta, por excesiva, consecuencia de la indebida aplicación del mentado artículo.

1. Hemos de partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998, en el que estimaba correcto la Sala, aglutinar las diversas faltas contra el patrimonio, que se hallaren en continuidad delictiva, para integrar un delito.

Lo que no resolvió dicha Sala, pero sí la Sentencia de la misma de 23 de diciembre de 1998, es que integrado ya el delito continuado, no debía resultar aplicable el párr. 1.º del artículo 74, imponiendo la pena del delito resultante en su mitad superior.

Los argumentos aducidos en dicha resolución fueron abundantes resaltando, por encima de los demás, el que entendía que de proceder así se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podía castigar con menor pena.

2. Esta doctrina ha dado base para que una línea jurisprudencial acoja el argumento y lo traslade, con carácter general a supuestos en que se refundan en la continuidad delictiva dos o más delitos (adicionados o no a una o varias faltas), interpretando el párr. 2 del artículo 74, del Código Penal, en el sentido de que contiene «una regla singular» para la determinación de la pena en los delitos contra el

patrimonio, al margen de la prevista, con carácter general en el ap. 1.º del mismo artículo, aplicable a los restantes delitos continuados (Veáanse SS. de 17 de marzo de 1999 10 de mayo de 1999 y 19 de junio de 2000).

Junto a esta tendencia jurisprudencial, otra se mueve en sentido contrario, al entender que el párr. 2.º del artículo 74 prevé, únicamente para la determinación de la pena, una excepción, al decir que «en las infracciones contra el patrimonio se impondrán las penas teniendo en cuenta el perjuicio total causado, en lugar de acudir a la pena señalada para la infracción más grave» que es la regla general. En lo demás al no decirse otra cosa, rige el párr. 1.º, por lo que la pena, una vez obtenida, «se impondrá en su mitad superior».

(Veáanse SS. de 31 de diciembre de 1997, 2 de octubre de 1998, 12 de febrero de 1999 y la Consulta de la Fiscalía General del estado número 3 de 1999).

3. Dicho lo anterior y observando la intención del legislador y los mismos términos objetivos del artículo 74 del Código Penal, la norma al establecer este modo de castigar el delito ha pretendido intensificar la pena de la infracción más grave, sirviendo las demás infracciones refundidas en la misma, para exasperar dicha pena, pero dentro del marco penológico abstracto que correspondería a dicha infracción, estableciendo un límite a la acumulación aritmética, que resultaría de castigar las diversas infracciones integrantes del complejo como si de un concurso real de delitos se tratara.

La mitad superior de la infracción más grave (intensificación punitiva similar a la concurrencia de una agravante en el delito más castigado) podría también resultar imponible, ante la ausencia de atenuantes y agravantes.

4. Partiendo de la precedente consideración, el principio de proporcionalidad de las penas, aun siguiendo este segundo criterio habría de encontrar un límite, según el cual, tal regla no debería funcionar (y tendría necesariamente que ser acogida la primera tendencia jurisprudencial) cuando, penando las infracciones por separado resultara menor sanción que con la imposición del grado máximo de la más castigada.

Así, esta última tendencia sería factible aplicarla cuando, como mínimo, concurren dos delitos consumados de estafa (independientemente de que se sumara alguna o algunas faltas), pues con penas marco de 6 meses a 4 años, podrían castigarse por separado y alcanzar la mitad superior de la más grave.

Nunca podría darse esta situación, cuando, verbigracia, se fusionaran un delito consumado y otro intentado; o más claramente en el caso que nos ocupa en el que se fusiona con el delito consumado una falta de estafa (cuya pena más grave sería la de 6 arrestos de fin de semana).

5. Descendiendo a nuestro caso particular se advierte que el Tribunal obtuvo la mitad superior de la pena abstracta señalada al delito, que oscilaría entre 2 años y 3 meses a 4 años (mitad superior, por la continuidad delictiva) y posteriormente y en aplicación de la agravante de reincidencia, ha establecido, a su vez, la mitad superior de la anterior pena (de 3 años, 1 mes y 15 días, a 4 años); y ese tope mínimo es el que se ha tomado en consideración e impuesto al individualizar las sanciones.

Partiendo de que un delito de estafa por 105.443 pesetas, renunciadas además por el perjudicado, constituye un ilícito penal de escasa gravedad, dada la cuantía defraudada (art. 249, inciso 2.º del Código Penal: importe de lo defraudado, quebranto económico causado, relaciones entre el perjudicado y defraudador, medios empleados y otras circunstancias), será proporcionado imponer, conforme a los parámetros legales enunciados, la pena de 6 meses de prisión, a pesar de la continuidad delictiva, resultante de la fusión del delito con una falta de la misma naturaleza; y posteriormente, por aplicación de la agravante de reincidencia, elevarla a 2 años y 3

meses, más justa y proporcionada, huyendo de las desigualdades injustificadas y absurdas.

Acordes con todo lo dicho, procede estimar en este particular extremo el recurso articulado por el recurrente, dictando otra sentencia, a continuación, que reduzca la pena impuesta, declarando de oficio las costas del presente recurso (art. 901 LECrim).

(Sentencia de 19 de septiembre de 2001)

*Abono de prima de seguro debida una vez fallecido un pariente ocultando tal muerte con ánimo de obtener pago de cantidad por el siniestro*

Quinto.—Como quinto motivo, y por el cauce de la Infracción de Ley se denuncia como indebida la aplicación del artículo 248 del Código Penal que define el delito de estafa.

El motivo viene a ser una recopilación de los anteriores. Olvida el recurrente que presupuesto para la admisibilidad del motivo es el respeto a los hechos probados.

La lectura de éstos de forma clara e indubitada refleja todos y cada uno de los elementos que vertebran el delito de estafa en efecto, con claridad se deriva de los hechos probados el impago de la prima del recibo al tiempo de la ocurrencia del siniestro, la ocultación de este dato por parte del recurrente cuando se persona en las oficinas de Euromutua e intenta entregar el importe de la prima a otro empleado de la aseguradora, que inicialmente lo acepta al ser sorprendido en su buena fe, siendo finalmente descubierta la superchería, rechazando el siniestro la Aseguradora. Hubo un engaño antecedente, eficaz y suficiente desarrollado por el recurrente ante Euro-mutua, engaño que en adecuada relación de causalidad hubiera causado perjuicio a la aseguradora concretado en el pago de la indemnización por un siniestro que carecía de cobertura. A pesar del engaño, el perjuicio no se produjo, por lo que el delito está en tentativa y así fue definido en la sentencia recurrida.

Se argumenta que el engaño no fue bastante porque no llegó a término. El argumento no puede admitirse, el engaño fue suficiente e idóneo para censurar la defraudación, y si no se produjo fue porque a tiempo se descubrió, pero no por eso éste dejó de ser suficiente y bastante aisladamente considerado y con independencia de la especial diligencia desarrollada por el sujeto pasivo, pues si se conectase la suficiencia con la consumación, se llegaría al absurdo de no ser posible los supuestos de ejecución imperfecta.

(Sentencia de 30 de abril de 2001)

*Concepto de engaño «bastante»; presentación al cobro de talones contra cuenta corriente en la que sólo han sido ingresados pagarés, pese a la existencia de una desusada confianza de empleados bancarios «poco avispados»*

Único.—En el único motivo del recurso, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia el recurrente una aplicación indebida del artículo 248 CP a los hechos declarados probados, por cuanto el engaño empleado para la consecución del desplazamiento patrimonial —según se dice— no puede ser considerado bastante para inducir a error.

En el delito de estafa, en que el desplazamiento patrimonial desde el sujeto pasivo al activo se realiza materialmente por el primero, inducido por el error en que

ha caído como consecuencia del engaño utilizado por el segundo, la barrera defensiva de la propiedad ajena que éste ha de quebrar es de naturaleza psíquica, estando constituida por la inicial desconfianza que inspira el extraño que pretende se ponga a su disposición el dinero o la cosa económicamente valiosa que a otro pertenece. El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad negocial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la aparición de conductas defraudatorias que una cierta desconfianza –legítima y, en ocasiones, exigible– hubiese podido evitar. Es a esta dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico a lo que se refiere el artículo 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como «bastante» el engaño mediante el que se induce a error. Si el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es igual, si «se ha dejado engañar» por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible. El concepto de engaño bastante ha sido interpretado por la jurisprudencia como el que tiene «adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial» –SS. de 24-11-1989 y 29-3-1990–; el que es suficiente y proporcional en relación con los fines propuestos, debiendo valorarse tal idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto –SS. de 19-4-1991, 3-7-1995, 23-2-1996 y 24-3-1999; o el que es «suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño» –S. de 23-4-1997–; siendo perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, para la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, a otra predominantemente subjetivista que viene a poner el acento –así, en la S. de 29-10-1998– en la posibilidad e incluso en la obligación, en que se encuentra el sujeto pasivo, de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.

Aunque algunos de los pronunciamientos anteriormente reseñados podrían ofrecer fundamento a la tesis mantenida por el recurrente, el Tribunal de instancia ha tenido seguramente en cuenta la pauta de excesiva confianza con que operan, a veces, determinadas entidades crediticias de ámbito local o profesional –pauta que traduce, en definitiva, la escasa profesionalidad de quienes en ellas prestan servicio– y ha considerado bastante, desde dicha perspectiva, el engaño utilizado por el acusado para extraer fondos de la entidad perjudicada. En abstracto, la presentación al cobro de talones contra una cuenta corriente en la que sólo han sido ingresados pagarés que deberían ser abonados en otra entidad bancaria, en la que sabe el librador de los talones que no lo serán por falta de cobertura, no sería fácilmente conceptuable como engaño suficiente puesto que el ingreso de los pagarés no genera, en principio, saldo disponible alguno. No obstante, la facilidad y reiteración con que el acusado consiguió que le fueran abonados los talones que presentaba pone claramente de relieve que las relaciones entre la entidad perjudicada y sus clientes estaba presidida por una desusada confianza que el acusado conocía y de la que dolosamente se aprovechó, siendo esta concreta situación la que explica que el ardid utilizado por aquél resultase, en el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, un engaño bastante para inducir a error a los poco avisados empleados de la Caja perjudicada. No debe estimarse, pues, indebidamente aplicado a los hechos probados el artículo 248 CP porque la acción del acusado debe ser considerada, efectivamente, como un delito continuado de estafa. Se rechaza el único motivo de casación articulado en el recurso.

Estando el recurso que ahora resolvemos pendiente de decisión sobre su admisión a trámite, elevó el Tribunal de instancia a esta Sala comunicación en que déba

cuenta de la pendencia de otro procedimiento, por hechos similares a los que han sido objeto de la Sentencia recurrida, en que está acusado, con otro, el recurrente a que en esta Sentencia damos respuesta. En dicha comunicación, el Tribunal de instancia parece dirigirse a esta Sala en consulta sobre decisiones que sólo a él incumbe tomar, por lo que, en consideración a la independencia con que el mismo debe actuar con arreglo al artículo 117.1 CE y al artículo 12 LOPJ, debemos abstenernos de evacuar la consulta.

(Sentencia de 5 de julio de 2001)

*Engaño bastante en negocio jurídico bilateral: criterios para su determinación. Lo es la remisión de mercancías a quien aparenta solvencia*

Segundo.—El motivo debe desestimarse: 1. En primer lugar debe recordarse que cuando el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral el engaño consistirá 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 que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo *ab initio* de incumplimiento por parte del defraudador.

2. Admitido que la ocultación de la verdadera intención *ab initio* de no cumplir con la prestación debida en el seno de un negocio jurídico bilateral es un comportamiento engañoso valorable como elemento del tipo de estafa, se plantea la cuestión de su suficiencia o idoneidad para inducir a error a la víctima del engaño.

El engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto (Sentencias de 13 de enero de 1992; 3 de julio de 1995; 3 de abril de 1996). De este modo el criterio de valoración —dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000— viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: *a)* se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de 1990); *b)* pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; *c)* se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas

de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

3. En el caso de las compras hechas mediante pedidos por el acusado en el ámbito de una relación comercial de distribución de mercancías, el solo hecho de ofrecerse para distribuir los productos, canalizándolos a través de un almacén cuyos datos se ofrecieron para los envíos, unido todo a la total apariencia de seriedad que imprimió el acusado a su comportamiento, constituyó un engaño idóneo para provocar el error, dentro de la buena fe y las relaciones de confianza que presiden de ordinario las actividades mercantiles de tal naturaleza, pues en principio nada había que justificara la desconfianza y la necesidad de comprobar a fondo una solvencia que el acusado aparentaba tener comportándose falazmente según los parámetros de actuación de cualquier buen comerciante.

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

*El engaño no es suficiente cuando recae sobre una circunstancia a la que no se le daba por el sujeto pasivo una importancia decisiva, como ocurre cuando se cree que se contrata directamente con alguien pero en realidad éste sólo hace de intermediario, recibiendo, a fin de cuentas, el mismo servicio*

Único.—(...) No cabe duda que el recurrente ha engañado a la presidenta de la cooperativa a la que ofreció, de acuerdo con el otro procesado, el servicio de una inmobiliaria para realizar las gestiones que, en realidad, llevaría a cabo él mismo. El objeto del engaño, en consecuencia, no fue la prestación del servicio de intermediación financiera, sino la identidad de quién prestaría el servicio. Pero, si bien es cierto que el acusado engañó, pues afirmó como verdaderos hechos que no lo eran, lo cierto es que el engaño no es el único elemento del delito de estafa. Una cosa es no pueda haber estafa sin engaño, pero otra muy distinta es que cualquier engaño, aunque vaya acompañado del propósito de obtener una ventaja patrimonial ilícita, constituya por sí solo el delito de estafa, como parece haber entendido el Tribunal *a quo*. En realidad, el engaño no es sino uno de los elementos del tipo, junto al error del sujeto pasivo, su disposición patrimonial y el daño patrimonial. Ello surge directamente del texto del artículo 248 CP.

Por consiguiente, es preciso preguntarse si el engaño sobre la identidad del sujeto que prestaría un determinado servicio, que no consta se requería *intuitus personae*, tiene relevancia típica. Esta cuestión ha sido objeto de los esfuerzos interpretativos de la jurisprudencia y la doctrina en relación con la exigencia de «engaño bastante». En el estado actual de la dogmática del delito de estafa hay dos aspectos que no parece que puedan ser soslayados en el intento de dar respuesta a la pregunta por el sentido del engaño bastante.

A) En primer término, es preciso considerar que hoy no existe ninguna duda sobre la identidad de la estructura del tipo de la estafa con la de la inducción o, al menos, en ciertos casos con la de la autoría mediata. El autor de la estafa utiliza el engaño para inducir al sujeto pasivo del delito a una disposición patrimonial que es la que produce la autolesión del propio patrimonio. Toda inducción basada en el engaño del sujeto inducido afecta, como es obvio y lo ha señalado la doctrina, a la autodeterminación del sujeto pasivo y ello pone ya de manifiesto que en el delito de estafa existe un importante componente del objeto de protección que se relaciona con la libertad del sujeto pasivo. Dicho con otras palabras: entre los delitos contra el patri-

monio se encuentran al menos dos delitos que no protegen el patrimonio sin más, sino que protegen la libertad o autodeterminación del sujeto en el ámbito patrimonial: la extorsión (art. 243 CP), que protege el patrimonio frente a las agresiones contra la libertad del sujeto pasivo consistentes en violencia o intimidación, y la estafa (art. 248 CP), que protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas.

A partir de estas consideraciones es claro que no puede haber un engaño bastante cuando el embuste no afectó la autodeterminación o la libertad de decisión del sujeto pasivo. Tal es el caso en un supuesto en el que el sujeto pasivo ha sido engañado sobre una circunstancia a la que no le asignaba importancia decisiva, como cuando se trata de la identidad del que dará satisfacción a una obligación contractual que no ha sido convenida *intuitus personae*. En este sentido rigen en el derecho penal los mismos principios que inspiran al derecho civil, pues la cuestión es sustancialmente la misma. En efecto, el artículo 1266 Código Civil establece que «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer (...) sobre aquellas condiciones (...) que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (al contrato)».

En el caso que es objeto de esta sentencia la cuestión no ofrece dudas: la presidenta de la cooperativa pretendía obtener como contraprestación de la inmobiliaria exactamente los mismos servicios de intermediación que le prestó el acusado. El engaño recayó en circunstancias que no motivaron la decisión del sujeto pasivo y que por lo tanto no afectaron su libre decisión. Por lo tanto, no fue un engaño bastante. Es cierto que el acusado no hizo —como con acierto señala la Audiencia— nada especial que ya no estuviera comprendido en sus competencias específicas como director de sucursal bancaria. Pero ello, demuestra que, en verdad, la presidenta no tenía un interés especial en quién le prestara los servicios ofrecidos. El hecho, de por sí anómalo, de que sea el director de la sucursal del banco quien tomara a su cargo la relación con la supuesta inmobiliaria pone de manifiesto su indiferencia al respecto y no deja de generar la sospecha de que la tolerancia de esa situación haya tenido más relación con una comisión irregular por el otorgamiento del crédito que con otra cosa. Ello no quiere, en modo alguno, reducir el reproche moral que sin duda podría merecer el recurrente sin atenuantes. Sólo se pretende dar relieve a una constelación de circunstancias que demuestran —sin perjuicio de las cuestiones dogmáticas del caso— que el derecho penal no puede tener la función de proteger comportamientos, como las comisiones indebidas en el tráfico mercantil privado, que ya han sido incorporados como delitos al derecho de otros Estados miembros de la UE (ver p. ej. el nuevo ( 299 del CP. alemán, limitado, sin embargo, al comercio con mercaderías). El supuesto engaño del recurrente al hacer efectivo el cheque ocultando su identidad, que evidentemente no tiene relevancia típica, pues no sirvió para obtener el cheque ni para perjudicar al banco, permite suponer que el núcleo real del asunto era una comisión tangencial, es decir una forma de soborno entre particulares que nuestro legislador debería introducir como hecho punible en el Código Penal, pero que el principio de legalidad impide en la actualidad sancionar por la vía del artículo 248 CP.

B) Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar, en segundo lugar, que en la sentencia recurrida se ha establecido el daño patrimonial aplicando un criterio difícil de compartir. En efecto, en el Fundamento Jurídico 1.º (pág. 5) se dice que «poco cabe decir sobre el perjuicio sufrido por la cooperativa Urbasa Berri, pues pagó tres millones engañada sin recibir a cambio contraprestación alguna. Está claro que la labor realizada por el señor L. no debía de retribuirse de forma alguna, pues no hizo sino lo que debía hacer como director de una sucursal de entidad de crédito». El daño patrimonial, sin embargo, no depende de la corrección de la contraprestación acordada, sino de si efectivamente la disposición patrimonial produjo una disminución

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

En el presente caso no resulta de los hechos que se lograron probar que la cooperativa haya pretendido algo distinto de lo que como contrapartida recibió del acusado. La cooperativa quiso obtener un crédito, que la Audiencia no ha establecido si fue realmente otorgado o no. Ante el silencio de los hechos probados, el principio *in dubio pro reo* impone aquí considerar que el crédito fue efectivamente otorgado. En consecuencia, no se percibe en qué puede haber consistido el daño patrimonial, dado que, con los elementos que surgen del hecho probado, no es posible comprobar una disminución patrimonial (no querida) que se derive de la disposición patrimonial. Comparando las prestaciones ofrecidas por el acusado y las pretendidas por la cooperativa surge con claridad que ésta pretendía que se le otorgara un crédito que le fue otorgado, o que, al menos, no consta que no se haya otorgado.

(Sentencia de 14 de septiembre de 2001)

*No existe engaño bastante en la adquisición de joyas con tarjeta ajena: no imitación de la firma del titular: incumplimiento por parte de los empleados de los establecimientos de los deberes mínimos de diligencia exigibles: comprobación de la coincidencia de las firmas del reverso de la tarjeta y de la realizada por quien adquiere el producto*

Único.—(...) La expresión «engaño bastante para producir error» nos conduce a la necesidad de examinar en el caso si la maniobra falaz o mentira utilizada por el sujeto activo como medio para conseguir del sujeto pasivo el acto de disposición fue o no «bastante», en el sentido de que por sus circunstancias concretas deba considerarse suficiente o apta para engendrar el error en el disponente.

La medida de la suficiencia del engaño es variable según las circunstancias del caso, las cuales nos han de servir para calibrar la falacia de la maniobra realizada en relación con la defraudación producida. Todas las circunstancias han de tenerse en cuenta, tanto aquellas que objetivamente nos sitúan en la maquinación efectuada y en la credibilidad de la mentira utilizada, como las referidas a las personas de los sujetos intervinientes, muy particularmente las condiciones concretas de las personas o personas engañadas. Véanse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 23-2-1996, 7-11-1997 y 22-12-2000).

En el caso presente tiene particular relevancia el lugar donde las estafas se produjeron o intentaron, unos establecimientos comerciales donde el sujeto pasivo es un empleado que conoce su oficio y sabe cuáles son las precauciones que tiene que adoptar para evitar la defraudación en estos casos en que se utilizan como medio de pago unas tarjetas de crédito, cuyo uso está sometido a unas determinadas normas, de contenido obligatorio y muy elemental, que son las que permiten el que estos instrumentos, emitidos por unas concretas empresas mercantiles con intermediación de las entidades bancarias, puedan funcionar con las debidas garantías en el ámbito comercial.

Estas tarjetas de crédito tienen un lugar determinado donde el titular ha de poner su firma, precisamente para que, al firmar luego en el establecimiento comercial correspondiente, el empleado de la casa vendedora o suministradora pueda comprobar la identidad entre la firma que allí pone el cliente en el documento de venta que en ese momento se confecciona, y la que se halla inserta en la tarjeta que se ha exhibido y que se ha utilizado en la máquina correspondiente para tal confección. Es un deber elemental del empleado de la casa vendedora realizar esa comprobación. Para eso contiene la tarjeta la firma del titular, para evitar que pueda ser utilizada, como aquí ocurrió, por persona distinta. Y tal comprobación aquí no se hizo, porque, si la hubiera realizado, aunque hubiera sido de modo rápido y somero, indudablemente tal empleado se habría dado cuenta de la diferencia existente con la que contenía la tarjeta que pertenecía a una señora que se llamaba Mercedes P. y firmaba sólo con el apellido, mientras que Silvia había puesto el nombre de «Mercedes». Ni siquiera imitaba la firma de la titular de la tarjeta, aparte de otras circunstancias que, a mayor abundamiento, pone de relieve la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1.º, circunstancias que no dejan lugar a dudas acerca de la insuficiencia del engaño utilizado para inducir a error a nadie que se hubiera molestado en realizar la mencionada comprobación, como era obligado por el oficio que estaba desempeñando la persona engañada.

En conclusión, faltó el elemento esencial y primero en toda estafa, el «engaño bastante para producir error en otro». La sentencia recurrida actuó correctamente al absolver del delito de estafa con relación al delito consumado ocurrido en la joyería Ernest Oriol.

(Sentencia de 2 de noviembre de 2001)

### ARTÍCULO 250.1.1.ª

*Sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social: compatibilidad y diferencia con la agravación por especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación*

Segundo.–(...) 2. El apartado 1 del artículo 250 del CP establece siete circunstancias específicas de agravación en el delito de estafa –alguna diversificable en varias–, aplicables igualmente al de apropiación indebida, de acuerdo con la remisión del artículo 252 del mismo texto legal. La 1.ª consiste en que el delito «recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas, u otros bienes de reconocida utilidad social», y la 6.ª en que «revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima o a su familia».

Son circunstancias distintas y como tales las ha configurado el legislador por separado y en párrafos diferentes hasta el punto que si concurren las dos, se produce una considerable exacerbación de la pena en virtud de lo dispuesto expresamente en el apartado 2 del citado artículo 250 CP.

A su vez, como sostiene el Ministerio Fiscal con cita de la sentencia de 9 de julio de 1999, la circunstancia 6.ª comprende tres modalidades independientes que pueden integrar la agravante cada una, por sí sola. A pesar de la dificultad de su lectura por haberse introducido una conjunción copulativa, a diferencia de lo que ocurre con el delito de hurto que los separa en el artículo 235.3.º y 4.º del CP, así lo ha interpretado recientemente la Sentencia de 12 de febrero de 2000.

El fundamento de ambas es diferente. En la circunstancia 6.<sup>a</sup> aunque se haya superado legislativamente el criterio de las cuantías, la «especial gravedad» se funda en razones de mayor envergadura económica, como son el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio, la situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia. La circunstancia 1.<sup>a</sup>, configurada ahora con mayor amplitud y claridad que su antecedente del número 1 del artículo 529 del CP de 1973, se basa en la cualidad de las cosas o bienes que constituyen el objeto material del delito, caracterizados por ser de primera necesidad o de utilidad social. Cada uno de ellos tiene su espacio propio y autónomo no absorbible por la otra. Su compatibilidad fue reconocida expresamente por la sentencia de 22 de octubre de 1998 (F. 9.<sup>o</sup>).

3. La fórmula amplia y abierta del artículo 535 del CP derogado como la del actual artículo 252 «permite incluir en el tipo –como dice la citada sentencia 22-10-1998– además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas. En este sentido distínganse los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellas otras, en las que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado». La sentencia pone de relieve al referirse a las viviendas, incluidas *expressis verbis* en la circunstancia 1.1.<sup>a</sup> del artículo 250 del CP, que la condición de vivienda antes y después del art 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio «viene dada por las características del inmueble destinado precisamente a ese objeto y no a otros usos», recordando la doctrina de la Sentencia de 1 de julio de 1997.

En esos casos es claro que no es la vivienda, que es la que figura en la descripción de la agravante, lo que es objeto de apropiación, sino el dinero que se destinaba a su adquisición. Muy acertadamente el Ministerio Fiscal recordaba que la jurisprudencia de esta Sala «consideraba subsumible la conducta en el artículo 529.1.<sup>a</sup> del Código Penal anterior cuando se trataba del desvío de fondos entregados para el pago de viviendas a cuya construcción se habían comprometido los acusados, aplicándolos a su personal beneficio aun en el caso de no haberse iniciado siquiera la construcción, de forma que lo apropiado en tales casos era el dinero».

4. El dinero es un bien mueble y fungible. Constituye el objeto más frecuente en el campo de las obligaciones civiles y mercantiles y ha sido incluido siempre por el legislador penal en todos nuestros códigos históricos, desde el artículo 452 del CP de 1848, como objeto material del delito de apropiación indebida.

«El delito de apropiación indebida –dice la sentencia de 12 de febrero de 2000– cuya acción típica es la “distracción” cuando tiene por objeto dinero, a causa de la extrema fungibilidad de éste y de la singular naturaleza que tiene su propiedad, se comete cuando el autor distrae el dinero recibido».

Si el dinero es elemento normativo para integrar, como cualquier otra cosa o bien mueble, el tipo base del artículo 252 CP, también lo es, para integrar el subtipo agravado previsto en el apartado 1.1.<sup>o</sup> del citado artículo 250 cuando el que ha sido objeto de apropiación se destinaba a una finalidad social y humanitaria, como incuestionablemente ocurría en el presente caso y se reconoce en el fundamento segundo de la sentencia.

Esa afectación por el destino atribuía al dinero, desde su naturaleza de bien mueble, la innegable caracterización de utilidad social.

La interpretación del Ministerio Fiscal al reclamar la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.1.<sup>o</sup> del CP no es una interpretación analógica *in malam partem* como se dice en la sentencia *a quo* y su recurso debe prosperar. Está respaldada por una hermeneútica basada en elementos lógicos, históricos, sistemáticos y teleológicos y responde a una exigencia de justicia, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y al sentido justicial de la pena. El que se apropia de dinero recibido para aplicarlo a un fin social y humanitario de primera magnitud merece mayor repro-

che que el que lo hace de un dinero recibido para una finalidad privada. Hay un plus de antijuridicidad y culpabilidad en la conducta.

En consecuencia la correcta calificación de los hechos es la de delito de apropiación indebida previsto en el artículo 252, con las circunstancias específicas de agravación 1.ª y 6.ª del párrafo 1 del art 250 penada en el párrafo 2 del mismo, por la concurrencia de ambas, con la pena de cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, lo que impone la elevación de la pena impuesta en ese marco punitivo pero en su grado mínimo por razones de proporcionalidad y teniendo en cuenta todas las circunstancias de los hechos y del acusado.

El recurso del Ministerio Fiscal ha de ser estimado.

(Sentencia de 30 de enero de 2001)

### ARTÍCULO 250.1.3.ª

*Concurso ideal entre falsedad de cheques y estafa intentada. No es punible la estafa mediante cheque si el cheque falsificado ya es penado por falsedad documental en concurso ideal con estafa, y ello en virtud del principio non bis in idem*

Segundo.—(...) 7. Resta por examinar la penalidad procedente al delito de falsedad en documento mercantil y al intentado de estafa. Ambos delitos concurren idealmente, pues el delito de falsedad es el medio para la comisión de la estafa. Rechazamos la aplicación de un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad en documento mercantil y la estafa agravada por su realización mediante cheque, toda vez que el presupuesto típico de la estafa mediante cheque no absorbe la antijuridicidad de la falsificación del cheque.

El concurso medial se presenta entre el delito de falsedad en documento mercantil y el tipo básico del delito de estafa intentado, sin que pueda realizarse con el tipo agravado derivado del empleo del cheque, pues de una parte el tipo agravado del cheque presupone un documento válido en su conformación y, además, la punición como delito de falsedad en documento mercantil y como estafa agravada por el uso en el engaño de un cheque previamente falsificado, supondría una lesión al principio *non bis in idem* sancionándose penalmente dos veces la conducta sobre un cheque, como objeto de falsificación y como presupuesto de la agravación. En otras palabras la manipulación operada sobre el cheque sería objeto de una doble valoración jurídico penal, por su falsificación y por el artificio derivado de su utilización en la estafa.

El delito de falsedad en documento mercantil cometido por particular tiene prevista una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. La estafa intentada, tras reducir un grado la penalidad procedente que realiza el Tribunal de instancia, será la que media entre los tres meses y los seis meses de prisión, procediendo, en todo caso su sustitución conforme a la regla 2 del artículo 71 y el artículo 88 del Código Penal. Procede su punición por separado al ser más beneficiosa su punición conjunta en su mitad superior conforme a las reglas del artículo 77. Concurriendo la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 del Código Penal procede imponer las siguientes penas: por el delito de robo con fuerza en las cosas la pena de un año de prisión; por el delito de falsedad en documento mercantil la pena de prisión de seis meses y de multa de seis meses con una cuota diaria de 500 pesetas, sustituible en caso de insolvencia por un día de responsabilidad personal subsidiaria; por el

delito de estafa intentado, la pena de 24 arrestos de fin de semana y por el delito contra la salud pública la de un año de prisión y de sesenta mil pesetas de multa, sustituible en caso de insolvencia por cuatro días de responsabilidad personal subsidiaria.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

*Sustraer cheques y una vez rellenos cobrarlos en entidad bancaria: falsedad y estafa del tipo básico, no apreciando este tipo agravado ante la jurisprudencia contradictoria existente para su aplicación y ser más favorable al reo*

Único.—Al amparo de lo que dispone el artículo 849,1.º LECrim, el Fiscal ha promovido recurso de casación por inaplicación del artículo 250,3.º CP.

El supuesto de hecho a que se refiere la sentencia impugnada comprende la cumplimiento y ulterior cobro de cierto número de cheques ajenos por parte de quien, colocándose en el lugar de la titular de la cuenta, obtuvo, así, del banco, los correspondientes reintegros enriqueciéndose en perjuicio de aquélla.

La sala sentenciadora entendió que el autor, con tal modo de obrar, había realizado acciones incriminables constitutivas de los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. Luego, a partir de esta constatación consideró la posibilidad de aplicar el subtipo agravado del artículo 250.1,3.º CP, que prevé el uso del cheque como medio para defraudar; si bien desechó esta posibilidad, al concluir que lo contrario supondría tomar la manipulación de los títulos mercantiles para integrar tanto el tipo objetivo del delito de falsedad como el específico del delito de estafa a que se ha aludido. Es por lo que resolvió aplicar el precepto correspondiente a este segundo delito en su modalidad básica, en relación de concurso instrumental con el anterior.

El Fiscal, al formalizar el recurso señala que en presencia de una asociación de conductas como la que aquí se da, de las opciones posibles, la adoptada en la sentencia, de la que discrepa, dice, lleva a castigar de forma más leve el uso de un cheque ajeno falsificado como medio para la estafa que el hecho de servirse de uno propio sin fondos, dando, así, un tratamiento privilegiado a la conducta más grave. Por eso propugna la tesis que considera jurídicamente más correcta, también de concurso de delitos, pero, en este caso, el de falsedad y el del artículo 250.1,3.º CP. De este modo, estima, se retribuiría de forma más adecuada a su gravedad el uso del cheque previamente falsificado.

La cuestión que suscita el recurso es ciertamente debatida, tanto que, incluso en la jurisprudencia de esta Sala, se encuentra expresión de las dos posiciones a que acaba de hacerse referencia. Así, la del tribunal de instancia coincide con la de la sentencia de 15 de marzo de 2001; mientras que la sustentada por el Fiscal lo hace con la sentencia de 26 de julio de 2000. Siendo así y puesto que no existe un criterio suficientemente consolidado en la materia (lo que se evidencia en el resultado del debate producido en la Sala general de 19 de julio 2000), podría mantenerse con legitimidad equivalente, desde el punto de vista jurisprudencial, cualquiera de ambas pretensiones concurrentes: la de la decisión impugnada y la que subyace a la impugnación.

Ahora bien, como quiera que el criterio interpretativo a que aquélla responde es más favorable al acusado, se estima procedente confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial.

(Sentencia de 4 de mayo de 2001)

*Estafa mediante cheque: el uso del cheque supone un mayor reproche social y no lleva consigo castigar una misma conducta dos veces*

Cuarto.—Queda por dar respuesta judicial al que denomina el recurrente el cuarto motivo que se formulada por la vía autorizada por el artículo 5.4 de la LOPJ, denunciándose la vulneración del artículo 25 de la CE, que consagra el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, y dentro del cual se encuentra incluida la proscripción del *non bis in idem*, que veda la imposición de dualidad de sanciones por unos mismos hechos.

En su desarrollo, el recurrente denuncia la aplicación indebida del artículo 250.1.3.º del CP, ya que, a su juicio, debió ser aplicado exclusivamente el tipo básico de la estafa, residenciado en el artículo 248.1 del mismo Cuerpo legal.

Tal planteamiento casacional es evidentemente incorrecto, pues lo ajustado, en todo caso, sería haber acudido a la vía de la de la infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim.

De todas formas, en aras de la tutela judicial efectiva, daremos respuesta casacional a su reproche. Dice el recurrente que al haber utilizado el cheque sin fondos como instrumento del engaño o ardid, la expedición del cheque no puede ser al mismo tiempo elemento objetivo del tipo cualificado, porque se estaría penalizando dos veces por distintas vías.

Este motivo tiene que ser desestimado. Ni la cita de la Sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1997 puede servir de apoyo a sus pretensiones, por tratar de un caso sustancialmente diferente (versa sobre el gravamen de una hipoteca), ni el planteamiento puede ser atendido. La inclusión en el vigente Código Penal del subtipo agravado constituido por la realización de la estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio, supone atender, como expone el Ministerio Fiscal, a que el medio supone implica un mayor reproche social y merece una mayor sanción penal. Este subtipo agravado implica una clara protección a la seguridad del tráfico mercantil, aumentando la sanción cuando se emplea un cheque como mecanismo para defraudar la confianza del sujeto pasivo en su regularidad mercantil, por lo que no existe en absoluto *non bis in idem*.

(Sentencia de 26 de julio de 2001)

*Cobro de cheques falsificados previamente sustraídos a su propietario: concurso aparente de normas a solucionar por el principio de consunción a favor de la estafa*

Primero.—En su motivo único el Ministerio Fiscal, por la vía del artículo 849-1.º LECrim (infracción de ley) alega la falta de aplicación del artículo 392 en relación a los 390-1.º y 74 del Código Penal, en concurso ideal instrumental del artículo 77, del mismo cuerpo legal, con el delito continuado de estafa, por el que se condena, es decir, con el subtipo agravado previsto en el artículo 250.1-3 (estafa cualificada por realizarse mediante cheque).

1. El supuesto fáctico controvertido hace referencia a la sustracción, que una doméstica o empleada de hogar, lleva a cabo del talonario de cheques perteneciente al dueño de la casa. Rellena diversos talones, imita la firma del titular y los presenta al cobro en 13 ocasiones, que van desde 3 de diciembre a 15 de enero, esto es, en un período de tiempo de poco más de un mes. El último talón no se hizo efectivo porque

el titular de la cuenta da orden al Banco, de que no se pagara ninguno. Por ese procedimiento la acusada obtuvo, una cantidad próxima al medio millón de pesetas.

La deficiente regulación positiva ha creado graves problemas hermeneúticos, no sólo en la doctrina científica, sino en la propia jurisprudencia emanada de esta Sala, que todavía no ha hallado argumentos contundentes, que diluciden, de una vez por todas, la problemática que suscita.

2. La cuestión principal es evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, es decir, despejar la incógnita de si el delito de estafa cualificada, concretamente la «realizada mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio» absorbe a la falsedad en documento mercantil, cuando el ardid utilizado para producir engaño en el sujeto pasivo de la estafa lo integra un cheque falsificado.

Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque, abarca también los supuestos falsarios, y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. En tal caso la solución, que es la adoptada por la Audiencia, no ofrece dudas. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción (art. 8-3 CP), en favor del tipo de estafa agravado, previsto en el artículo 250.1-3.

b) Restringir o limitar las estafas realizadas mediante cheque, a las hipótesis de emisión de título valor sin cobertura. En este caso el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo sería aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial de delitos entre la falsedad y estafa agravada (art. 77 CP). En esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente esta Sala (véanse, entre otras, SS. 3 y 14 de diciembre de 1998; 27 de marzo y 26 de julio de 2000).

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible *bis in idem* prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 del Código Penal.

3. Para aproximarnos a la solución correcta del problema, bueno será examinar someramente, algunas cuestiones doctrinales, interrelacionadas con lo que es objeto de nuestro análisis, como puede ser el origen y razón de la agravatoria, bienes jurídicos en juego, los modos de resolver el conflicto antes de la vigencia del Código Penal, así como cuáles podrían ser ahora los criterios dogmáticos para afrontar los nuevos planteamientos que puedan surgir con el nuevo Código.

4. Respecto a la configuración de este subtipo agravado de estafa, se oye decir, desde diversos ámbitos doctrinales, que la agravación procede de la supresión del tipo de emisión de cheque sin fondos.

Realmente el nuevo Código renuncia a una protección autónoma de los instrumentos de pago o crédito que operan en el tráfico mercantil. La intervención del Derecho Penal quedaría condicionada a la presencia ineludible de un ataque al patrimonio individual en forma de estafa. Así pues, los cheques sin cobertura sólo poseerán relevancia penal, cuando doten de contenido al engaño bastante, exigible en la dinámica comisiva del delito de estafa.

Aun así, no parece ajeno al fundamento del subtipo la necesidad de tutelar con mayor rigor el tráfico jurídico mercantil, cuando se instrumentaliza con títulos valores, el ataque fraudulento al patrimonio ajeno.

5. Dicho esto, no es difícil entender que el legislador no ha trasladado el desvalor del antiguo artículo 563 bis.b) del Código de 1973 a la figura agravada de estafa. Y ello porque:

– La pena de multa o alternativamente la de arresto mayor, prevista para el cheque sin fondos, con redención de penas por el trabajo, y con la excusa absolutoria existente, no se corresponde con el aumento de penalidad de la figura agravada de estafa, en relación a la básica que pasa de 4. a 6 años. Más bien cabría incluir el desvalor que pudiera representar la falsedad del cheque (art. 392: 6 meses a 3 años de prisión y multa).

– La poca eficacia disuasoria del delito, en orden a la prevención general, al no disminuir estadísticamente la comisión de cheques sin fondos, por el hecho de estar sancionado penalmente tal proceder.

En cierta medida se castigaba el impago de deudas. Quien carecía de numerario o bienes, no pagaba los talones sistemáticamente, sin que el efecto conminatorio de una pena favoreciera el pago pretendido.

– La sociedad había perdido la confianza en los títulos valores (cheques, letras, pagarés). A nadie le merecía garantías el título valor, por el hecho de tener una regulación rigurosa en nuestras leyes mercantiles. Al recibir un talón, incluso, los acreedores menos avisados se representaban las altas posibilidades de que no llegara a buen fin. La confianza y seguridad del pago la otorgaba la persona o entidad, que libraba, aceptaba, avalaba, o de otro modo garantizaba el pago, y no el título en sí. Por cierto, que la confianza en la persona, ha pasado a integrar otro subtipo agravado («aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional»: artículo 250.1-7 CP).

6. Es fundamental determinar, con mayor o menor precisión los bienes jurídicos atacados en los dos delitos en conflicto, al objeto de detectar las coincidencias o solapamiento de unos y otros intereses protegidos por la norma, con miras a impedir la doble consideración de los mismos, como impone el principio *non bis in idem*.

Es indudable, por su ubicación sistemática, que el bien jurídico que se protege en la estafa, es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos o fraudulentos (engaño).

En la falsedad se castiga a quien de un modo u otro, presente como real o auténtico, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. Es hacer pasar por legítimo lo que no es.

El bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento ha creado en terceros la confianza en la autenticidad del mismo y su eficacia para probar lo que proclama.

La falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros.

Desde antiguo, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, entendiéndose fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia. De esta idea sólo deben quedar excluidas las falsedades cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en cuanto suponen una dimensión adicional del injusto.

7. Conforme a lo dicho y partiendo de que el documento falsificado por el particular sea el medio utilizado, para inducir a error y confundir a la víctima para que realice en su perjuicio o en el de un tercero, un acto de disposición del que se beneficiará el culpable, la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, anterior a la vigencia del Código de 1995, adoptaba diversas decisiones jurídico-penales en los casos de concurso entre falsedad y estafa:

a) Cuando era el documento privado falso, el empleado para realizar la estafa (art. 306 CP de 1973), se entendían enteramente solapadas tales conductas por coin-

cidencia del desvalor contenido en ambos injustos. El engaño era equivalente a la falsedad y el ataque al patrimonio del tercero lo integraba el elemento típico consistente en «el perjuicio de tercero o el ánimo de causarlo», que incluía el artículo 306.

Sin embargo, anómalamente a la hora de producirse la consunción, *por mor* del artículo 68 del Código Penal, se aplicaba casi siempre la pena correspondiente a la falsificación, por ser más grave y así requerirlo el principio de alteratividad.

Hoy en día podría cambiar la solución, ya que en el artículo 395 CP a la falsedad (en funciones de engaño), no se le une el ataque patrimonial, sino que el delito se consuma con la sola voluntad tendencial de ocasionar el perjuicio a la víctima. El precepto no encierra el desvalor de la estafa.

Por otro lado, las penas de las falsedades, se han proporcionalizado, en términos más razonables y la sanción es menor en la falsedad de documento privado (6 meses a 2 años: artículo 392 CP), que en el tipo básico de estafa (de 6 meses a 4 años: artículo 248 CP).

A su vez se ha positivizado la solución de los conflictos de normas penales, y el principio de consunción se halla en situación preferente al de alternatividad o mayor gravedad de la sanción (art. 8-3.º y 4.º CP).

En el plano teórico, lo correcto es que si la falsedad en documento privado ha incidido exclusivamente en el tráfico jurídico, como instrumento provocador del engaño del estafado, tal falsedad, como elemento del delito de estafa, se consumiera en ella.

Cosa distinta sería que, además de tal utilización, se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses. En tal caso, podría plantearse la no coincidencia del injusto y la no equiparación del engaño a la falsedad. Los casos serán excepcionales, toda vez que las falsificaciones constituyen delitos instrumentales, o lo que es lo mismo, carecen de sentido por sí mismas, hallando su justificación cuando se utilizan como medios para la consecución de otros fines ilícitos.

*b)* Cuando se trataba de documentos públicos, oficiales y de comercio (art. 303 CP de 1973), no se producía coincidencia o solapamiento en el desvalor de las conductas, integradas por el empleo de tales medios para cometer la estafa, y la estafa misma.

Desde la óptica de una correcta técnica jurídica, lo adecuado sería, que tales falsedades (equivalentes al engaño de la estafa) fueran absorbidas por el delito de estafa, que además del engaño, que frente a terceros provocaba el documento, incluía el ataque patrimonial.

Sin embargo, ello lo impedía la mayor penalidad asignada a la falsificación de aquellos documentos.

Esto hacía que la jurisprudencia no estimara consumida la estafa en ellos, cuando en buena técnica jurídica, deberían ser éstos los que se diluyeran y fundieran con la estafa. Hoy día un documento de tal naturaleza, quizás debería consumirse en la estafa, si su empleo tuvo como único fin tal delito patrimonial y en él desplegó de modo exclusivo sus efectos.

8. Realizadas las anteriores consideraciones teóricas («obiter dicta»), este Tribunal ha estimado que de las tres soluciones al problema planteado, la más correcta es la adoptada por la Audiencia, entendiendo que la estafa cualificada (art. 250-1.º-3.º CP) cometida a través del cheque, contempla todas las posibles constelaciones de uso perverso e ilícito del medio de pago. Tanto si se engaña, a través de la apariencia de solvencia emitiendo un cheque sin cobertura, como si la maniobra fraudulenta se instrumentaliza mediante la falsificación de título valor, doblando la voluntad del per-

judicado para inducirle a la realización del negocio que ha de perjudicarlo, deben reputarse incluidos en el subtipo agravado que la Audiencia aplica.

Una interpretación gramatical del precepto no lo impide, bastando, según su dicción literal, con utilizar el talón (falsificado o sin fondos) para consumir la estafa.

9. Es evidente, como puntualiza el Fiscal, que el cheque sin fondos constituye una conducta irrelevante penalmente y la falsedad en documento mercantil integra un delito. Ahora bien, asumir tal consideración nos llevaría a una conclusión absurda, en los siguientes términos: Si para reaccionar punitivamente frente a todo el desvalor que la conducta medio y la conducta fin encierran, se penaran la falsedad y la estafa por separado en concurso ideal instrumental, el legislador, con pretensiones de rigORIZAR la pena asignada a la totalidad de la conducta desvalorizada, habría conseguido el efecto contrario (art. 492 en relación al 248 CP), más benigno que castigando solamente la estafa cualificada (el límite máximo del castigo sería de cuatro años, en aplicación del artículo 77 CP).

Ese sería el supuesto, contemplado en tercer lugar de los propuestos al principio de este fundamento (apartado 2.º).

Pero también el caso reflejado en el apartado *b*), que es el seguido por una última tendencia de esta Sala, tendría que reconducirse a igual solución.

Si se comete a través de un talón falso (como es el caso de autos), la previsión del artículo 250.1.º-3.º, al hablar de «cheque», quedaría reducida a talones sin fondos. Como en este supuesto se ha falsificado el talón (lo normal es que se falsifique o se utilice sin falsificar, pero carente de cobertura; mas, no ambas cosas a la vez), debería aplicarse el artículo 392, en relación al 248, ambos del Código Penal, con desaparición de la exasperación punitiva.

10. La empleada de hogar, sujeto activo del delito, falsificó los talones, pero éstos poseían fondos. Con la apariencia de auténticos, alcanzaron su buen fin y fueron atendidos en la ventanilla del Banco. Ninguno de los tres supuestos delictivos del artículo 563 bis.b) del Código Penal derogado de 1973, se produce. La ley sólo castigaba el talón sin fondos, cuando, dada su naturaleza de instrumento solutorio, llegado el vencimiento no se percibía su importe, quedando desvanecida la esperanza de cobro con la que pudo soñar inicialmente su legítimo tenedor.

Así pues, aun siguiendo la línea interpretativa sostenida recientemente por esta Sala, el precepto único aplicable resultaría el subtipo agravado de estafa, como más grave, incluyendo el desvalor de la falsedad del talón, frente al concurso ideal instrumental entre el artículo 392 y el 250.1.º-3.º, que no podría operar, por no hallarnos ante un cheque sin fondos, y tampoco en combinación con el tipo básico de estafa (art. 248), que disminuía las posibilidades agravatorias pretendidas con la previsión del subtipo.

11. La experiencia del foro nos enseña, que si el talón lo falsifica un tercero, es porque tiene posibilidades de acceder a los fondos de la víctima. Si no lo consigue porque se detecta la falsedad cometida, nos hallaremos ante un delito intentado.

Si el talón lo utiliza para estafar el propio titular de la cuenta, y carece de fondos, huelga cualquier falsificación añadida, si el talón es tan inoperativo como si estuviera falsificado.

12. Finalmente, para el caso de que se considerara incluido en el artículo 250.1-3.º, el supuesto de cheque sin fondos únicamente, habría que justificar, que tal título valor ha tenido capacidad de engañar por sí solo, difícil probanza, dada la poca fiabilidad que ofrece frente a terceros. Sólo en relación a personas extremadamente ingenuas o inocentes, y en determinadas circunstancias podría reputarse eficaz y bastante para generar error o engaño.

## (Voto Particular)

Que formula el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, frente a la sentencia número 1235/2001, de fecha 20 de junio de 2001.

Discrepo respetuosamente de mis compañeros, con base en lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por las siguientes razones:

*Fundamentos de Derecho*

Primero. El tema decidido en la Sentencia objeto de este Voto Particular es una cuestión estrictamente jurídica. El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la falta de aplicación del artículo 392 con relación a los artículos 390-1.º y 74 del Código Penal, en concurso ideal medial o instrumental del artículo 77, con el subtipo agravado previsto en el artículo 250.1.3.º del propio Cuerpo legal, esto es, estafa cualificada por realizarse mediante cheque. En su fundamentación jurídica el representante del Ministerio fiscal esgrimía como doctrina de la Sala la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2000, dictada como Ponente precisamente por quien ahora formula este Voto Particular.

Segundo. La Sentencia con la que se discrepa, en efecto, reconoce que las posibilidades de resolver el conflicto son tres: *a)* entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque abarca también los supuestos falsarios del mismo (concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción) a favor del tipo previsto en el artículo 250.1.3.º del Código Penal; *b)* entender que cuando el cheque ha sido falsificado el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo es aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial de delitos entre la falsedad y la estafa agravada; y *c)* mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar: este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 del Código Penal.

La Sentencia con la que se discrepa se inclina por la primera de dichas posibilidades y desestima el recurso del Ministerio fiscal.

Tercero. Nosotros discrepamos de tal planteamiento, y proponemos que la correcta solución es la aplicación del concurso medial o instrumental, como interesaba el Ministerio fiscal en su recurso, y como —también se expone y reconoce en la Sentencia mayoritaria—, «en esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente esta Sala (véase, entre otras, SS. de 3 y 14 de diciembre de 1998; 27 de marzo y 26 de julio de 2000)».

Cuarto. Los argumentos que se esgrimen en dichas resoluciones judiciales son los siguientes:

Partimos, como primera interpretación, de la literalidad del aludido subtipo agravado, cuyo número tercero, del artículo 250.1 del Código Penal, incluye en su redacción las siguientes palabras: cuando «se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio». Esta agravación procede, como ha expuesto la doctrina, de la supresión del tipo de emisión de cheque sin fondos, clarificando la utilización de esos títulos como medios de estafa, reduciéndolos al supuesto, ya destacado por la jurisprudencia anterior a la reforma, de que su entrega fuera la contrapartida engañosa para obtener la disposición patrimonial del engañado (SSTS de 20 de octubre de 1986 ó 10 de febrero de 1987). Ahora bien, para que se produjese el invocado *bis in idem*, el tipo delictivo comentado debería reducirse en todo caso a los supuestos en que la estafa se realiza mediante cheque falso o falsificado, y no a aquellas otras conductas delictivas en las cuales puede producirse el engaño mediante un che-

que, en descubierto o sin fondos, que, sin contener los elementos típicos de la falsedad documental, pueda servir de cobertura para la obtención del desplazamiento patrimonial mediante engaño. En definitiva, el negocio cambiario ficticio a que alude el precepto comentado, no necesariamente se tiene que identificar por falso (con relevancia penal autónoma). De ahí que supone también un mayor desvalor de la acción la concurrencia de utilizarse, para obtener el engaño, un cheque, pagaré o una letra de cambio en blanco, no necesariamente por tanto «falsos», pero que integra el subtipo agravado analizado, ya que el legislador ha partido de la idea que utilizando tales mecanismos en el tráfico mercantil, dotados de poder ejecutivo y que generalmente gozan de apariencia de seguridad en la vida comercial, se refuerza la antijuridicidad de la acción y se integra consiguientemente la agravación referida. Inclinarsé por la primera de las posturas anteriormente enunciadas supone desconocer que en la descripción del tipo, al mencionarse la palabra «cheque» sin más especificaciones, estaríamos incluyendo todos los supuestos de falsificación del mismo, presentando el inconveniente, como apunta el Ministerio Fiscal con cita de doctrina científica, de equiparar a efectos penológicos supuestos en los que se ha falsificado el medio de pago con otros en los que, no mediando falsificación alguna, sólo se ha hecho un mal uso de dicho instrumento. Si se entiende que la cualificación encuentra justificación porque es necesario dotar de una especial protección a los instrumentos mercantiles de pago y crédito frente a su mal uso (repárese que esto significa «negocio cambiario ficticio»), la falsificación de dichos medios constituye un injusto distinto, cuya punición en concurso con el tipo cualificado no conculca el principio *non bis in idem*. Por consiguiente, nada dificulta apreciar un concurso medial de delitos entre la falsificación en documento mercantil (art. 392) y el tipo cualificado de estafa, descrito en el artículo 250.1.3.ª del Código Penal. Por lo demás, la jurisprudencia tradicional de esta Sala ha mantenido este mismo criterio, al haber declarado reiteradamente que la estafa, realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos son tipos penales compatibles, produciéndose un concurso de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el artículo 71 del CP 1973 (v. SS. 17-11-1986, 6-7-1988, 16-1-1990 y 25-9-1991, citadas en la de 8-3-1993). En definitiva, el problema de la falsificación de un documento de comercio como medio necesario para perpetrar una estafa, debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal-instrumental que dirime el artículo 77 del Código Penal –Sentencias 21 de marzo, 20 de octubre y 21 de noviembre de 1981, 10 de mayo y 14 de octubre de 1982, 21 de mayo de 1984 y 17 de septiembre de 1985.

Quinto. Como queda apuntado esta interpretación refuerza además la certeza y seguridad jurídicas, concediendo credibilidad a los títulos valores y documentos mercantiles, de manera que no puede tener el mismo desvalor la utilización fraudulenta de los mismos que su propia falsedad o falsificación, ya que en este último caso existe un evidente plus de antijuridicidad que debe ser sancionado –y lo es en efecto– por el legislador penal, mediante la utilización del mecanismo del concurso medial o instrumental. No es lo mismo estafar mediante un cheque en descubierto (incluida esta modalidad en mencionado subtipo agravado), pero no alterado en su confección, que además imitar la firma del titular del cheque, previa la natural sustracción del talonario al librador, o manipular falsariamente cualquiera de sus componentes esenciales, con la alteración de la verdad que todo tipo falsario encubre en su bien jurídico protegido, desvalor añadido que, en nuestra opinión, no puede quedar impune. La aplicación de aludido concurso medial o instrumental cubre adecuadamente las exigencias de justicia que tal comportamiento produce en la conculcación de las normas penales.

(Sentencia de 20 de junio de 2001)

ARTÍCULO 250.1.6.<sup>a</sup>*Especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación: razones para apreciar circunstancias diferentes en cada uno de los incisos del artículo 250.1.6.º asemejado a lo previsto en el artículo 235*

Quinto.—(...) El Código Penal de 1995 ha introducido en la agravante prevista en el número sexto del apartado primero del artículo 250, de alguna manera, elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del artículo 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva. La jurisprudencia del anterior Código Penal en relación a esta agravante y especificando este concepto jurídico indeterminado había señalado la cuantía a partir de la cual debía operar con un criterio objetivo en 1.000.000 de pesetas —Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero y 28 de diciembre de 1987, 28 de junio y 16 de julio de 1990—. A partir del año 1991, se elevó la cantidad a dos millones de pesetas —Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo y 23 de diciembre de 1992 y 16 de septiembre de 1991, entre otras— en razón a la realidad social y al poder adquisitivo de la moneda.

Así pues, la actual agravante conecta dicha gravedad con varios parámetros y entre ellos con la situación económica en que quede la víctima, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia de 12 de febrero de 2000, que si bien es cierto que el número 6.º del apartado 1.º del artículo 250 se une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el artículo 235 se prevén en distintos apartados, de una parte, el «valor de los efectos sustraídos» o los «perjuicios de especial consideración» y de otra, la grave situación en que se ponga «a la víctima o a su familia», de suerte que, si la previsión de resultados diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el «valor de los efectos sustraídos» de los «perjuicios de especial consideración» obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del artículo 250.6.º CP. Pero, aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la apropiación indebida, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el número 6.º del artículo 250 CP/1995 parece ser una refundición puramente estilística de los números 5.º y 7.º del artículo 529 CP/1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el «valor de la defraudación» y la «entidad del perjuicio» no son sino anverso y reverso de la misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el artículo 250.6.º CP, parece la más congruente con el segundo inciso del artículo 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa —y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el artículo 252— se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias —entre las que se encuentran «el importe de lo defraudado» y «el quebranto económico causado al perjudicado»— que se expresan como independientes unas de otras.

(Sentencia de 22 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 252

*Clases de apropiación indebida; administración desleal*

Primero.—(...) Lo cierto es que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el artículo 535 del CP/1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Esta doctrina, reiterada en Sentencias posteriores de esta Sala, como es exponente la 12 de mayo de 2000, viene declarando que el artículo 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél.

Y la sentencia de 26 de febrero de 1998, declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el artículo 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo artículo 535 no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el CP/1973. El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideraran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este

concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Desde el punto de vista subjetivo el tipo de administración desleal de dinero (art. 535 CP/1973; artículo 252 CP) sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

*El ánimo de lucro no supone que el enriquecimiento del culpable se haya producido necesariamente, basta con que exista tal propósito. Recibir dinero en calidad de depósito y negar haberlo recibido haciéndolo suyo, sin ser relevante el destino final del mismo. Especial gravedad atendiendo el valor de lo apropiado: delito continuado*

Noveno.—Acude el recurrente al cauce del artículo 849.1.º (infracción de ley), denunciando la indebida aplicación de los artículos 252, 74 y 250.6 del Código Penal, diversificándolo en dos submotivos.

A) En el primero de ellos, parte de una nueva versión de los hechos separada, de lo que imperativamente se impone en el *factum*, inalterable, dado el cauce casacionale elegido.

El acusado, analiza los requisitos generales del delito de apropiación indebida, sin reparar, que existen matices, dentro del artículo 252 del Código, según se trate de unas u otras conductas delictivas: «apropiarse», «distraer», «negar haber recibido», y que la sentencia condena, por la última de las enumeradas.

En contra de los hechos declarados probados, ahora inatacables, afirma o pretende justificar que el dinero por él recibido era para depositarlo en «Jubala Gestao».

Se ha repetido en los anteriores fundamentos, hasta la saciedad, que no se concretó en qué entidad o entidades crediticias deberían ser depositados los caudales. Ello quedaba al arbitrio del acusado.

Lo que no se puede deducir de los hechos probados, es lo que el acusado pretende, y es que él no realizó ningún contrato, ni con la entidad crediticia «Jubala Gestao», ni con las perjudicadas.

La circunstancia es indiferente. El dinero lo recibió él mismo (único con el que se relacionan las ofendidas), e ingresado donde quiera que fuere por aquél, estaba a su entera disposición.

No importa tampoco, lo que hiciera con el dinero el recurrente; lo cierto y verdad es que a las perjudicadas les fue entregado el recibo, acreditativo del depósito realizado en «Jubala Gestao», lo que no significa, que éstas hubieren contactado o contratado con la entidad o entidades crediticias. Ello lo deja bien claro la sentencia.

Partiendo, pues, del juicio histórico de la resolución atacada, los elementos del artículo 252, concurren plenamente, y se aplicó por el Tribunal *a quo* de forma correcta. El motivo debe fenecer.

B) En el segundo submotivo, considera del mismo modo indebidamente aplicado el artículo 74 del Código Penal. De estimar el motivo, la situación del recurrente se agravaría, *ipso facto*, ya que excluida la continuidad delictiva, obligaría a apreciar dos delitos de apropiación indebida, uno de ellos cualificado por la notoria importancia de la cantidad apropiada, y otro básico. La prohibición de *reformatio in peius* obliga a rechazar el argumento.

A continuación insiste el recurrente, en que se han aplicado conjuntamente los artículos 74 y 250.6.º, en relación al 252; y no es así.

Es un hecho inconcuso, que el recurrente no desmiente, que la agravación específica de notoria importancia, opera a partir de los 6 millones de pesetas (véase, por todas la S. de 22-1-1999).

También, queda fuera de toda duda, que en los delitos patrimoniales, la exasperación punitiva se produce, acudiendo a la suma total del perjuicio (art. 74.2.º CP). Y todavía más, tiene dicho esta Sala en numerosas y reiteradas sentencias, que, concuriendo, en trance de dosificación penológica, la continuidad delictiva y la cualificación de notoria importancia del perjuicio, debe aplicarse esta última, dada la existencia de un concurso normativo, por ser precepto especial el artículo 250.6.º, frente al genérico del artículo 74. Véase a este respecto, la S. de 16-6-1999; y las que la misma relaciona.

Dicho esto, es llano concluir, que el juzgador de instancia, no aplicó el artículo 74, que le hubiera obligado a imponer la pena prevista, de 1 a 6 años (art. 252, en relación al 250.6), en su mitad superior. De haberlo aplicado, la pena a imponer habría excedido de 3 años y 6 meses.

No se aplicó el artículo 74 y sí se tuvo en cuenta el 250.6.º, al imponer 2 años de prisión.

El motivo, debe fenecer, como los anteriores.

(Sentencia de 17 de abril de 2001)

*El contrato de «leasing» puede generar título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida. No obstante, desatendidos los pagos mensuales de lo adquirido por «leasing», esto no se restituye, es sólo incumplimiento contractual*

Único.—(...) El contrato de «leasing» (del verbo inglés to lease: dar o tomar en arrendamiento), agrupa diversas modalidades de relación que tienen como elemento común que una empresa arrienda a otra, durante un tiempo, algunos bienes contra el pago de cierto canon periódico. El «leasing» suele llevar asociada la previsión de la posibilidad de que el arrendatario, al transcurrir el tiempo pactado, adquiera el bien o bienes arrendados y se convierta en propietario, pagando un precio. Es lo que hace de ésta una modalidad contractual de carácter mixto. Pero con la particularidad de que el pacto inicial, por sí solo, no transmite la propiedad, por lo que el cesionario asume —y permanece sujeto a— la obligación de restituir salvo que, llegado el momento en que resulte posible optar, lo haga por la adquisición, acepte la opción de compra.

En vista de lo razonado, el planteamiento que se expresa en la sentencia peca de excesivamente formal, por cuanto atribuye a la opción pactada a favor del arrendador financiero —para el caso de incumplimiento— una trascendencia que no es la que realmente tiene en el desarrollo normal de la relación de que aquí se trata, según se infiere de la cláusula número 12, que la configura como una particular forma de arrendamiento con opción de compra.

En efecto, si lo cedido es el uso, la obligación de devolver es la original y primaria en el diseño de la relación. Y, a tenor de lo pactado, en un desarrollo normal de la misma, tal obligación sólo podría resultar novada cuando el arrendatario se decantase legítimamente, en el momento oportuno, por alguna de las opciones alternativas pactadas. Ahora bien, si se acreditase que éste, en algún momento, hubiera tomado la decisión de no renovar el «leasing», ni adquirir el material ni devolverlo, siendo su

propósito enriquecerse ilícitamente con él haciéndolo suyo, no cabe dudar que tal conducta podría ser relevante en el plano criminal, como apropiación indebida. Y esto, aun cuando el arrendador financiero tuviera a su favor la opción de imponer la compra de los bienes. Pues, es obvio que ésta sólo cabría como hipótesis, en el caso del simple incumplimiento contractual no incriminable, por parte del arrendatario que no hubiera resuelto apropiarse unilateralmente y sin más de aquéllos.

Así, pues, la posibilidad de que el «leasing» sea título hábil a los efectos del delito de apropiación indebida no puede excluirse en modo alguno. Es como lo entiende, en general, la doctrina y la propia jurisprudencia de esta sala, cuando se refiere a «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación» (sentencias de 15 de noviembre de 1994 y 1 de julio de 1997, entre otras). Supuestos, los de estas formas contractuales, muy distintos del que se da en el arrendamiento financiero, en el que —siendo el uso lo cedido— el bien, que no ha salido del dominio ajeno, permanece en poder del arrendatario en virtud de un título que implica, en principio, obligación de devolver.

Este es, asimismo, el sentido en que se pronunció la muy citada sentencia de esta sala, de 9 de julio de 1988, que caracterizó al «leasing» como contrato traslativo del uso y disfrute, que lleva asociada una opción de compra. Contrato generador de un título que no habilita para obrar como dueño y que no excluye, y menos por principio, que una ilegítima disposición en tal concepto pueda ser constitutiva de apropiación indebida. En efecto, si no lo fue la del caso de la sentencia citada es porque el acusado, arrendatario financiero, obró con error al constituir un gravamen hipotecario sobre el bien, que había sido incorporado a un inmueble.

Dicho esto, y en coincidencia de fondo, por tanto, con la posición mantenida por los recurrentes, se abre, no obstante, otra cuestión problemática, que ellos no han considerado. Es determinar si los hechos probados de la sentencia impugnada —a los que hay que atenerse, puesto que el recurso es por infracción de ley—, tal como aparecen formulados, podrían considerarse típicos.

Aparte la información relativa a los perfiles del contrato en particular, lo que allí se dice sobre la conducta de los acusados es que «desatendieron los pagos mensuales, sin que tampoco procediesen a la restitución de la maquinaria, sin que finalmente haya resultado acreditado que la maquinaria en cuestión haya sido aportada a una nueva sociedad...».

Pues bien, es patente que el solo dato de que alguien mantenga en su poder un bien que tendría que haber devuelto no le convierte en autor del delito de apropiación indebida. Se trata de una situación, que, así descrita, resulta perfectamente compatible con el mero incumplimiento contractual, que, de otro modo, no existiría como figura propia del derecho civil, dado que cualquier supuesto del género devendría inmediatamente típico.

En consecuencia, en el caso contemplado, podría hablarse, todo lo más, de existencia de indicios del delito imputado. Y lo cierto es que la sentencia no permite en ningún caso ir más allá, puesto que ha sido construida desde la perspectiva de la absolución, carece del menor atisbo de valoración del resultado de la actividad probatoria y, en fin, no ha sido impugnada en este aspecto.

En consecuencia, y por todo lo razonado, a pesar de que no cabe acoger la tesis de derecho de la Audiencia Provincial, el motivo y con él el recurso, debe desestimarse.

(Sentencia de 4 de mayo de 2001)

### *Elementos del tipo de apropiación indebida*

Cuarto.—Nos queda por examinar el motivo 1.º, en el cual, por la vía del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 535 CP 1973, ahora artículo 252 CP vigente.

Partiendo de los propios términos utilizados por el artículo 535 del Código Penal, como exige el necesario respeto al principio de legalidad, y limitándose a los mismos, vamos a distinguir tres elementos en el delito de apropiación indebida.

1. Se dice que es necesario haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

Constituye el presupuesto o supuesto lógico y cronológicamente previo a la acción delictiva, que confiere a esta infracción penal el carácter de delito especial porque autor en sentido estricto sólo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada situación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres requisitos:

- A) Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.
- B) Ha de tratarse de dinero, efectos o cualquier cosa mueble.
- C) Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título respecto del cual ha de razonarse más ampliamente como base para resolver las cuestiones aquí planteadas.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La Ley relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión y administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La jurisprudencia de esta Sala ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el artículo 535, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación.

2. La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro.

Como antes se ha dicho hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto

al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, cuya violación es requisito imprescindible, pero no suficiente, para la existencia de la acción delictiva propia de esta norma, porque hay usos que pese a ser ilícitos por rebasar el contenido del título de recepción, no integran este delito al no impedir de forma definitiva que la cosa pueda entregarse o devolverse. Sólo aquella conducta ilícita, que por haber llegado ya a un punto sin retorno implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierra un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye). Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque, a una cosa, fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado.

El artículo 535, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones «apropiaren o distrajeren», usa la frase «o negaren haberlos recibido», que debe precisarse en un doble sentido:

A) Porque no puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinado, ya que, cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

B) Porque, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.

La Ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de tercero, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados.

3. Como elemento del tipo, por la referencia que el artículo 535 hace al 528, ha de entenderse el que la cuantía ha de sobrepasar las 50.000 pesetas para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad (art. 587,3.º), debiendo hacerse la valoración correspondiente, tanto para la mencionada distinción entre delito y falta, como para la aplicación de la agravación específica

del artículo 529 número 7.º (especial gravedad atendido el valor del objeto del delito), teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero.

4. Con lo antes expuesto han sido explicados los términos que utiliza el artículo 535 del Código Penal anterior, coincidente con el 252 CP actual para definir el delito de apropiación indebida propiamente dicho. Baste ahora simplemente añadir que, junto a ellos necesariamente ha de concurrir el dolo que como requisito genérico de carácter subjetivo ha de acompañar a la acción que el tipo nos describe. Ha de existir conciencia y voluntad en cuanto a los diversos elementos objetivos ya referidos, es decir, conciencia y voluntad de que se tiene una cosa mueble con obligación de entregarla o devolverla y de que se viola esta obligación con un acto de apropiación o distracción, y en esto simplemente consiste el *animus rem sibi habendi* que viene reputándose por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como el elemento subjetivo propio de este delito, pero que, como se ha visto, no es otra cosa que la traslación a esta figura penal del concepto ordinario del dolo genérico que necesariamente ha de concurrir en todos los delitos dolosos.

(Sentencia de 19 de julio de 2001)

*Apropiación indebida de vehículos con reserva de dominio a favor de entidad financiera. La cláusula del contrato indica que el dominio se reserva a los meros efectos de garantía: no existe previa y verdadera propiedad del vehículo por la entidad financiera*

Tercero.—El motivo que se formula en segundo lugar en el recurso denuncia infracción de Ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando lo que constituye la indebida aplicación al caso del artículo 252 del Código Penal y penando así unos hechos que no constituyen delito, pues no se dan las circunstancias del tipo penal aplicado: de un lado el ánimo de apropiarse de cosa ajena, del otro, la titularidad dominical sobre la cosa apropiada por otra persona, ya que la cláusula de reserva de dominio no tenía más que una finalidad de garantía.

Tiene razón el recurrente. No se dan en el presente caso los elementos definitivos del tipo de la apropiación indebida. Si bien se ha constatado, y así lo ha reconocido el propio acusado, un acto de disposición mediante su venta de una cosa mueble, como es un vehículo automóvil, acto de disposición propio de quien se atribuye el dominio sobre el objeto de que se dispone, falta el requisito de que el vehículo fuera de ajena pertenencia, pues la reserva de dominio en favor de la financiera que en el contrato de financiación para su compra se expresa en forma impresa en el reverso de ese contrato, se limita a decir que «se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía», con lo que se está contradiciendo en esa misma expresión de la finalidad garantizadora una verdadera naturaleza dominical de la atribución al financiador del dominio que por la cláusula se dice conferirse. Si el artículo 12 de la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, permitía comprender que en circunstancias como la aquí contemplada no se había transferido la propiedad de la cosa adquirida mediante financiación, tal artículo no ha sido recogido en el texto de la vigente Ley en la materia que deroga expresamente la de 1965 y, aunque en el artículo 7.º, 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos, se admite la posibilidad de que en el contrato se pacte una cláusula de reserva de dominio... «o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico» frente al incumplimiento del deudor, según el siguiente artículo 16 de la misma Ley

de 1998 citada, cabe el ejercicio de acciones que determinen procesos declarativos ordinarios, procesos monitorios, y procesos ejecutivos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, y además de no existir el requisito de previa y verdadera propiedad del vehículo por la entidad querellante, la conducta del acusado no muestra que obrara con ánimo de defraudar y de lucrarse con la enajenación del vehículo que realizó, del que constaba como titular en registros oficiales como el de la Jefatura de Tráfico, y del que tenía la propiedad. Una última precisión cabe hacer: es patente que el legislador, en la última regulación de las Ventas a Plazos a que se refiere la citada Ley de 1998, ha pretendido dejar el incumplimiento de lo que en ella se establece en el campo de efectos de las obligaciones civiles, siempre naturalmente que no concurran los elementos precisos para la existencia de delito, siguiendo una lógica tendencia a no recurrir al reproche penal, «última ratio» solo aplicable en casos de mayor gravedad de la conducta, pero no aplicable cuando de meros incumplimientos civiles se trata.

El motivo ha de ser acogido, y ello determina la falta de necesidad de considerar el restante motivo del recurso del que sólo procedería ocuparse si se hubiera desestimado el presente.

(Sentencia de 25 de julio de 2001)

*La necesidad de liquidación previa lo es cuando las relaciones son complejas pero no cuando son claras. Contrato de exposición y venta a comisión de cuadros. Pago realizado dos años después y unos días antes del juicio oral es ya delito consumado*

Único.-1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se formaliza el bien estructurado recurso del Ministerio Fiscal por inaplicación indebida del artículo 252, en relación con el 249, ambos del CP. Estima el recurrente que los hechos probados de la sentencia que se impugna son constitutivos de un delito de apropiación indebida pues en los mismos se describe una operación de comisión en la que el acusado, comisionista, se apodera del importe de la venta de bienes que le fueron entregados con esa finalidad por la comitente, no entregándole su importe a ésta hasta unos días antes del juicio oral, cuando habían transcurrido casi dos años.

Tras recordar jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de apropiación indebida (Auto 21 de abril de 1999 y SS. de 19 de enero y 30 de octubre de 1998) desarrolla su sólida argumentación analizando los hechos probados en los que se perfilan, a su juicio, los elementos objetivo y subjetivo del delito del artículo 252 del CP del que, sin embargo, el acusado fue absuelto por la Sala.

El recurso ha de prosperar.

2. En el fundamento primero, la Sala expresa las dudas que le llevan a la absolución por entender, en síntesis, «que no se cometió la actividad típicamente antijurídica del ilícito de apropiación indebida y que, en cualquier caso, no se da la parte subjetiva de ese ilícito». Las dudas, en concreto, se explican en ese mismo fundamento: a) Inexistencia con la suficiente claridad de título restitutorio, como exige el delito de apropiación indebida, en un negocio jurídico complejo como lo era el contrato de exposición y venta mediante comisión; b) Inexistencia de previa y necesaria operación liquidatoria; y c) El pago realizado finalmente por el acusado del importe de los cuadros vendidos, lo que ponía en duda el ánimo subjetivo necesario para que se pueda considerar cometido el delito.

La argumentación del Tribunal de instancia aunque razonada y fundada, no puede ser asumida.

3. Es doctrina de esta Sala —entre otras SS. 15-11-1994, 1-7-1997, 27-11-1998, recordada esta última por la de 21 de julio de 2000— que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto («o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos»), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada «incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver». De acuerdo con esta doctrina es indudable que del contrato de exposición y venta en comisión, como lo califica correctamente la Sala, surge el título restitutorio, tanto más si se considera que la comisión está expresamente incluida en la descripción típica del artículo 252 del CP, como antes lo estuvo en el artículo 535 del CP de 1973.

El delito de apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el *iter criminis* se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación, con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión.

4. Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha exigido, con carácter general, la necesidad de liquidación previa para colmar el tipo objetivo de apropiación indebida cuando son complejas las relaciones entre los interesados, pero no cuando la deuda pendiente es clara (Auto de 21 de abril de 1999, citado por el Ministerio Fiscal, y sentencia de 12 de febrero de 2000). En los hechos probados de la cuestionada se dice con toda precisión que «se vendieron once pinturas, pero el acusado no pagó 760.000 pesetas importe de la liquidación a la pintora. De hecho la entregó unos cheques que fueron devueltos por falta de fondos».

Esa liquidación, afirmada en los hechos probados, no es negada, ni cuestionada, por ningún otro dato del relato fáctico ni en los fundamentos jurídicos.

5. El elemento subjetivo del injusto es interno y hay que inferirlo de la propia secuencia de los hechos. Como se dice en los declarados probados la exposición finalizó el 15 de diciembre de 1997 y en un plazo de sesenta días, a partir de dicha fecha, «se debería hacer la liquidación del precio obtenido por la venta de los cuadros, una vez deducida la comisión del galerista y los demás gastos contratados». Llegada la fecha convenida para el pago, en febrero de 1998, se entregan a la comitente los dos talones sin fondos, desentendiéndose el acusado de hacer efectivo aquel pago hasta finales de octubre de 1999, casi dos años después y unos días antes del juicio oral, que se celebró el 4 de noviembre de 1999. Como aduce fundadamente el Ministerio Fiscal el dinero percibido por el acusado por la venta de los cuadros de la denunciante permaneció en su poder todo ese tiempo sin que conste en la sentencia ningún dato fáctico que permita una conclusión lógica distinta a la de que el acusado incorporó conscientemente dicha cantidad a su propio patrimonio con ánimo de hacerlo suyo.

Añade el Ministerio Fiscal con toda razón que el pago se produce cuando el delito ya se había consumado, sin que pueda tener otra consecuencia que las derivadas de la atenuante 5.ª del artículo 21 del CP y los relativos a la responsabilidad civil.

En el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron (SS. 27-11-1998 y 21-7-2000).

Al no advertirse una voluntad seria de devolución, puede afirmarse el propósito de apropiación, propósito que es compatible, en el campo de la simple hipótesis, con un ánimo de remota o eventual devolución (SS. 8-10-1992 y 21-5-1993).

En último término, el ánimo de lucro, no es otra cosa que la voluntad consciente de realizar el elemento objetivo del tipo incorporando al propio patrimonio lo recibido por título que obliga a su restitución o devolución (SS. 16-7-1999 y 12-2-2000).

El pago posteriormente realizado por el acusado unos días antes del juicio oral no volatiliza su conducta anterior que colma plenamente los elementos subjetivo y objetivo del delito de apropiación indebida. Sí constituye indudablemente la atenuante 5.ª del artículo 21 del CP al haberse ampliado por el legislador de 1995 el límite cronológico respecto al texto derogado del artículo 9.9.ª del CP de 1973 y ha de influir relevantemente en la pena a imponer de 8 meses de prisión, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 66.2.ª, 249 y 252 del CP.

(Sentencia de 4 de septiembre de 2001)

*Clases de apropiación indebida: apropiación de cosas muebles y gestión desleal; requisitos; Acusada que hace suyo íntegramente, haciéndolo de su exclusivo patrimonio, el premio que obtiene por cupón de la ONCE y que correspondía a la comunidad de bienes existente con persona con la que está unida de hecho*

Primero.—(...) La acusada y el recurrente, como claramente se pronuncian los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, integraron una unión de hecho, formando una pareja estable, cuya convivencia *more uxorio* perduró varios años y fruto de esa relación fue el nacimiento de una hija llamada Africa.

Queda igualmente acreditado que durante esa relación estable de convivencia se adquirió por la acusada un cupón de la Organización Nacional de Ciegos que obtuvo un premio, en diciembre de 1996, de 205 millones de pesetas.

Resulta igualmente constatado que Pedro e Inmaculada, durante los años que convivieron como pareja estable, compartieron cuantos ingresos se derivaban del trabajo de Pedro, única fuente patrimonial constante en los años 1994, 1995 y 1996, apareciendo ambos como titulares indistintos de las cuentas en las que se depositaba el dinero, a excepción del obtenido con el premio de la ONCE que fue ingresado en dos libretas a la vista, abiertas a tal fin, en las que aparece Inmaculada como única titular, quien negó a Pedro toda participación en el premio.

Es cierto, como recoge el Tribunal de instancia, que la Sala Civil del Tribunal Supremo, cuando se refiere a las llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones paramatrimoniales o *more uxorio*, tiene declarado, como es exponente la sentencia 272/1997, de 4 de abril, que sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad»; artículo 10 CE) y la susceptibilidad

de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990, de 19-11 y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste ... por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho de surgimiento de la misma...

Sin embargo, esa misma sentencia añade «sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogía legis*, que aquí no se da, sino por *analogía iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo ...».

En esa misma línea se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998, en la que se expresa que «en definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho o *more uxorio*, en caso alguno, puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de sociedad de gananciales, es claro, que cuando exista tal unión de hecho, la comunidad derivada sólo surgirá si quienes deciden unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes, tal y como efectivamente, ha quedado acreditado por la recta convicción de la Sala sentenciadora, que, en detalle pormenorizado, no duda en considerar que la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos ...; se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que, ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados ...».

Sentencias aún más recientes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como es exponente la de 5 de julio de 2001, coincide en señalar que ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho «excepción hecha de concretas Autonomías ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en esos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil ...».

Y centrándonos en la cuestión objeto de examen en el presente recurso, cuando se trata de relación matrimonial, acorde con lo que se dispone en el artículo 1351 del Código Civil, la Sala Civil del Tribunal Supremo –Cfr. Sentencia de 22 de diciembre de 2000– viene declarando que un premio de lotería forma parte de la comunidad de gananciales; y en un supuesto similar al que nos ocupa, es decir cuando se trata de una unión de hecho, igualmente se ha pronunciado –como es exponente la Sentencia de 31 de octubre de 1996– por la propiedad compartida entre convivientes *more uxorio* de premio obtenido por un billete de lotería, expresando esta última sentencia que la «común experiencia demuestra que la posesión de un billete de lotería o el pago del mismo al poseedor no es prueba inequívoca de que es el propietario exclusivo ...» y añade esta sentencia que «es razonable concluir que actora y demandado quisieron

compartir la suerte del boleto, queriendo jurídicamente una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y ss. CC ...».

La comunidad de bienes aparece, pues, como la institución más apropiada para englobar, en el campo del derecho civil, el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la denominada «unión de hecho», cuando existen actos concluyentes que lo evidencian. Así en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997, se dice, refiriéndose a los bienes adquiridos durante la convivencia *more uxorio* que cuando cesa, con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil, estableciéndose en el apartado segundo del artículo 393 de ese texto legal la presunción de igualdad, de naturaleza *iuris tantum*, en cuanto se dispone que «se presumirán iguales», mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.

Y de los hechos que se declaran probados, desarrollados en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, existen datos concluyentes e inequívocos que patentizan la existencia de un pacto tácito de comunidad de bienes entre Pedro e Inmaculada, como fue la aportación de ambos convivientes, y especialmente por parte de Pedro, de forma continuada y duradera de sus ingresos, el trabajo en común para atender las necesidades de la convivencia y la cotitularidad de las cuentas bancarias, aunque los ingresos procediesen casi en exclusiva del trabajo de Pedro. Y esa comunidad de gastos e ingresos se evidencian aún más si examinamos, haciendo uso de la facultad que a esta Sala confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la totalidad de las actuaciones y especialmente las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, de las que se infiere, al haber sido admitido por todas las partes, que con el dinero obtenido con el premio se hizo un regalo a una vecina de la pareja a quien se entregó un sobre conteniendo 150.000 pesetas en cuyo sobre se puede leer «para nuestra vecina más querida, de Pedro, Inma y Africa», y asimismo queda acreditado que la fiesta celebrada por la pareja para celebrar el premio, a la que se alude en el relato fáctico, fue sufragada con el dinero que Pedro había cobrado como paga extraordinaria de Navidad y que había sido ingresado en la cuenta indistinta de que eran titulares, como igualmente se expresa en los hechos que se declaran probados que el cupón premiado fue primeramente depositado en poder del padre de Pedro.

Todos ello, evidencia, como se ha dejado expresado, la voluntad de ambos convivientes de hacer comunes ganancias y pérdidas, e indudablemente se debe incluir en esa comunidad, por las razones expresadas, el premio obtenido en el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos.

La titularidad del recurrente sobre la mitad del premio obtenido surge de la comunidad de bienes, en la que se compartieron gastos y ganancias, que Pedro e Inmaculada tácitamente habían convenido durante el tiempo que integraron una pareja de hecho.

Con este alcance, el primer motivo del recurso debe ser estimado, dejando para el siguiente el examen de la infracción legal que se dice cometida respecto al artículo 252 del Código Penal.

Segundo.—En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 252, en relación con el artículo 14, ambos del Código Penal.

Establecido, por las razones que se han dejado expresadas en el motivo anterior, que ambos miembros de la pareja estable o «unión de hecho» debieron compartir, al estar integrado en la comunidad de bienes que constituyeron tácitamente, los doscientos cinco millones de pesetas con que resultó premiado el cupón de la ONCE, procede examinar si la conducta de la acusada Inmaculada, al negarse a entregar a Pedro su parte en el premio, es o no constitutiva del delito de apropiación indebida objeto de acusación.

Es doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 12 de mayo de 2000, que el artículo 252 del vigente Código Penal, igual que el artículo 535 del Código derogado, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

Y en lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 10 de julio de 2000 que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos: *a)* que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro; *b)* que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver» (SSTS 31-5-1993, 1-7-1997); *c)* que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquel para el que fue entregada; y *d)* que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

Los elementos que se dejan expresados concurren, sin duda, en la conducta realizada por la acusada que hace suyo la integridad del premio que correspondía a la comunidad de bienes que había formado con Pedro, sin que existan otros activos que puedan compensar, en su beneficio, dicho apropiación.

Ciertamente, la acusada recibe legítimamente la totalidad del dinero al presentar, junto con Pedro, el cupón premiado, y una vez ingresado en una cuenta de la que ella es única titular, hace suya, con evidente ánimo de lucro y en perjuicio de su pareja, la suma total recibida, que excluye de la comunidad de bienes que había establecido con Pedro, y surgidas desavenencias como consecuencia de esta decisión, se rompe la convivencia y niega a Pedro toda participación en el premio obtenido.

La comunidad de ingresos y gastos que mediaba entre Pedro e Inmaculada, como se ha razonado al examinar el motivo anterior, le obligaba a incorporar el importe del premio a dicha comunidad, de la que participaba Pedro a partes iguales, incluyéndose su conducta en el ámbito del tipo previsto en el artículo 252 del Código Penal que se extiende a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en

ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver (por todas STS de 27 de noviembre de 1998).

El delito de apropiación indebida se caracteriza, pues, por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquéllos le fueran entregados. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento. El ánimo de lucro, que en modo alguno puede ser cuestionado en el presente caso, se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebranto de la lealtad debida, que en este caso se produce cuando la acusada abusando de esa confianza, impide ilegítimamente la participación de su pareja en un bien que debió haber ingresado en la comunidad constituida. (Cfr. Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1998).

A la acusada no se le planteó ninguna duda, y menos error, en considerar que el dinero que ingresaba Pedro con su trabajo pertenecía a la comunidad que mediaba entre los dos, y tan es así que normalmente era ella, como se refleja en los hechos que se declaran probados, quien se encargaba de sacar el dinero de las cuentas indistintas que habían abierto. Todos los gastos a los que hacía frente la pareja para atender a sus necesidades y la de la hija se sufragaban con el dinero obtenido por Pedro con su trabajo, incluido aquel que fue preciso para festejar ambos, con sus amigos, la suerte del premio. Así las cosas, concurre el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, en cuanto resulta bien patente el propósito o voluntad en la acusada de incorporar definitivamente a su exclusivo patrimonio el dinero obtenido con el premio, a conciencia de que entre ambos mediaban actos concluyentes e inequívocos de comunidad de ganancias y gastos, como ella había dejado bien claro con su conducta de los últimos años.

El motivo, por todo lo que se deja expresado, debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 257

*No existe alzamiento si el importe de los bienes fue destinado al pago de otras deudas realmente existentes*

Segundo.—Se ha alegado, además, infracción de precepto legal (art. 257 del Código Penal), al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este motivo habilita al que lo invoca para, dados los hechos probados, provocar un reexamen de la forma en que el Tribunal de instancia ha operado con ellos para aplicar un precepto legal, en este caso el de carácter sustantivo que aparece citado. Se trata pues de una vía impugnativa destinada a cuestionar exclusivamente la subsunción efectuada en la sentencia, a partir de una evaluación del resultado de la actividad probatoria que no se discute.

Una lectura, bajo este prisma, de la resolución recurrida permite comprobar que en ella se ha tenido por probado —cierto que sin el esfuerzo de análisis del cuadro probatorio que sería de desear— que el importe de los bienes que, en la versión del recu-

rrente, habrían sido objeto de alzamiento, fue destinado al pago de deudas realmente existentes. De tal manera que, con tales elementos de juicio, no cabe hablar de distracción de bienes ni de ánimo de causar perjuicio a los acreedores, con lo que resulta patente la ausencia de los rasgos típicos de la conducta incriminable descrita en el artículo 257 del Código Penal, que, como bien recuerda el Fiscal, requiere algo más que la eventual violación de reglas civiles relativas a la prelación de créditos (sentencias de esta sala de 17 de abril de 1990 y 2 de diciembre de 1991, entre muchas).

Así las cosas, si no existió desviación de bienes de su destino a la finalidad de garantía patrimonial genérica prevista en el artículo 1911 del Código Civil, porque el importe de aquellos de los que se dispuso fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, la decisión del Tribunal de instancia ha de entenderse correcta, de manera que debe desestimarse igualmente este segundo motivo de casación.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

### *Requisitos del alzamiento de bienes*

Quinto.—(...) La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al CP/1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6-5-1989), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no oculto y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba

inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

(Sentencia de 12 de marzo de 2001)

*Ampliación del contenido del tipo operado por el CP 1995: «cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones». Satisfacción de deudas en perjuicio de acreedores que tienen preferencia para el cobro*

Segundo.—(...) El actual artículo 257 del Código Penal, no sólo es el sucesor del artículo 519 que sancionaba el alzamiento de bienes, sino que además ha ampliado notablemente su contenido, pues junto con el tipo básico de alzamiento, consistente en la desaparición física del deudor con sus bienes, incluye una nueva modalidad de alzamiento consistente en la realización de «...cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones...», siempre que a consecuencia de este acto patrimonial u obligacional, el deudor se muestre insolvente ante la obligación, esta ampliación del tipo ha reforzado la naturaleza del delito como de estructura abierta. Esta nueva modalidad delictiva que supone un acto de disposición u obligacional en perjuicio de un acreedor, puede entrar en colisión con la consolidada doctrina jurisprudencial que tiene declarado que el delito de alzamiento castiga la insolvencia, no la pretensión de acreedores, puesto que si el que recibe los bienes con injusta preferencia, es en todo caso titular de un crédito, se tratará de un problema de anulabilidad del negocio, situado extramuros del Código Penal. Es preciso deslindar en cada caso los ámbitos del ámbito civil y penal o dicho de otro modo, separar el negocio civil impugnado del delito de alzamiento de bienes.

Se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal cuando el futuro insolvente solventa sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir, sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como incurso en el nuevo supuesto contemplado en el artículo 257-1.º párrafo segundo que sólo exige que el crédito pretendido sea ejecu-

tivo, habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaria que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indirecta o indiciaria, que por prueba directa –STS de 20 de enero de 1997.

En definitiva, el nuevo tipo que se comenta viene a sancionar todas aquellas maniobras del deudor que tienden a entorpecer, obstaculizar o impedir la satisfacción de un crédito para el que ya se esté en fase de ejecución o de previsible ejecución, en perjuicio del titular de dicho crédito.

(Sentencia de 23 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 260

### *Quiebra: requisitos de la insolvencia fraudulenta*

Segundo.–(...) Se cuestiona la existencia del delito de quiebra por el que ha sido condenado como autor el recurrente.

El cauce casacional parte del presupuesto del respeto a los hechos probados, lo que el recurrente no cumple en la medida que alegando inexistencia de los elementos que vertebran el delito de quiebra, obvia tales elementos que se encuentran en el *factum*.

En efecto, en el Fundamento Jurídico primero de la sentencia recurrida se estudian los elementos que integran el delito de quiebra fraudulenta del artículo 260 del vigente Código Penal, equivalente al artículo 520 del anterior Código Penal, si bien se aplica la legalidad actual al ser menor la pena prevista al tipo.

En este control casacional se comprueba la consecuencia de todos los elementos que vertebran el tipo. En efecto, consta:

a) la previa declaración por el Juez civil de quiebra fraudulenta, que opera como requisito de procedibilidad para el proceso penal, aunque es obvio que a consecuencia de la independencia que tiene cada orden jurisdiccional, aquel pronunciamiento de fraudulenta en el orden civil no se impone en el orden penal, por lo que resulta indispensable la existencia de prueba en el proceso penal que sirva de fundamento al Juez penal para efectuar el pronunciamiento correspondiente, por ello procede rechazar la crítica que se efectúa en el motivo de sumisión acrítica del orden penal al civil en orden a la calificación de fraudulenta de la quiebra. Nada más lejano. La declaración se efectúa en virtud de la prueba practicada en el juicio oral.

b) El elemento causal al que se refiere el artículo 260 en relación a que la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente, se patentiza en el presente caso con la enajenación de las participaciones de Novocarn, SL por parte del recurrente al coacusado, venta que tuvo la consecuencia de propiciar la inactividad de Novocarn, con la correspondiente pérdida de los posibles activos que tenía a su favor, pendiente de cobro, e imposibilitando el pago de los créditos que los proveedores tenían contra ella. Dicha venta, además se tradujo en la práctica en la desaparición de la empresa, de suerte que en el proceso civil de quiebra no se pudo ocupar ningún bien ni documentación o contabilidad de la quebrada. Precisamente aquí pudiera estar el móvil de la concertada acción entre los dos recurrentes y al que se refería la representación del señor S. en el anterior motivo, pues es lo cierto, como

se afirma en la sentencia, que no se tiene conocimiento del destino de aquellos activos —40 millones— cobrables en gran medida de que disponía Novocarn, pudiendo apuntarse como especulación sobre el móvil de la transmisión rechazada, el impago a los acreedores, poniendo a salvo dicho activo realizable mediante el velo de la transmisión realizada y el cese de la actividad empresarial, todo ello con el acuerdo de ambos condenados.

c) El elemento tendencial de naturaleza subjetiva de efectuar tales operaciones en perjuicio de la masa de acreedores, bien patente en el presente caso como se recoge en el *factum* «... con el objetivo de eludir las responsabilidades contraídas por la mercantil Novocarn, S.L...».

d) En relación a la condición de comerciante —extremo que se niega por el recurrente— es claro que concurre en el señor S. en su condición de director único de la Sociedad Novocarn, SL, de la que era, además, socio mayoritario y administrador solidario junto con su esposa. Precisamente esa condición de director de la Empresa que le facultaba para disponer de ella, como hizo al venderla al señor U., le legítima como responsable penal en nuestro sistema de justicia, ya que manteniéndose el dogma de que la sociedad no delinque, su lógico correctivo que impide la impunidad de la delincuencia societaria, es la atribución de la responsabilidad, de conformidad con el artículo 31, al administrador o a aquel que tenga la representación legal o voluntaria de la empresa, que en este caso recae sobre S. como ya se ha argumentado. Recordemos que en el *factum* se recoge el hecho de que el señor S. «administraba y dirigía» Novocarn.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 270

*Diferencia entre la importación de obras usurpadas o «piratas» y la de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en otros mercados extracomunitarios: sólo es punible la primera de las conductas. Adquirir fonogramas legalmente puestos en el comercio al precio fijado por el titular pero introducidos en España sin autorización de dicho titular*

Único.—El único motivo del recurso se formalizó por la infracción del artículo 270.1 CP. Los recurrentes atacan la tesis de la sentencia recurrida, en tanto en ella se establece que sólo la importación de programas «piratas» está reprimida por el artículo 270.1 CP, mientras que, al no ser claro el texto, la de los programas adquiridos «legalmente» en el extranjero podrían ser importados sin autorización del titular del derecho de distribución. Tal doctrina, argumentan, sería contraria tanto al espíritu como a la letra de la legislación civil y penal española sobre la propiedad intelectual. Reconocen los recurrentes que, debido al carácter secundario del derecho penal, no todas las infracciones de derechos intelectuales han sido tipificadas como delito, pero, en todo caso, la importación de programas sin autorización del distribuidor debe constituir delito, aunque el importador haya adquirido en un mercado legal paralelo los fonogramas legalmente reproducidos, la importación haya cumplido las exigencias legales y los fonogramas hayan sido puestos en el mercado español sin ninguna alteración de su autenticidad. Aunque no sea un «tipo penal en blanco»,

piensa la digna representación de los recurrentes, que el artículo 270 CP constituye un catálogo cerrado, cuyas acciones punibles, sin embargo, dada la íntima relación entre la legislación penal y la civil, deben ser entendidas según las definiciones de los artículos 18, 19, 20, 114, 115 ó 117 TRLPI. De acuerdo con ellos, la propiedad intelectual tiene un ámbito temporal y espacial de protección, entre los que destaca especialmente, por su relación con el presente caso, los que prevé el artículo 117.3 LO 6/1987, que junto con los artículos 115 y 118 generan, en la opinión de los recurrentes, «el derecho (de los productores) a distribuir pacíficamente dentro de los límites territoriales que les corresponde los fonogramas de su propiedad intelectual» (pg. 12 del recurso). Este derecho, concluyen, resultará siempre conculcado cuando se importen, sin autorización del productor, dentro de ese ámbito territorial fonogramas adquiridos fuera del mismo, sean copias ilegales («piratas») o legalmente puestos en el comercio del territorio ajeno al ámbito territorial de protección. Esta acción da lugar —dice el recurso— a un «comportamiento tan grave y amenaza de manera tan importante al patrimonio de los titulares y cesionarios, que el legislador penal ha decidido elevarlo expresa y específicamente a delito», estableciéndolo como tal en el artículo 270 CP. A esta conclusión llegan los recurrentes, por una parte, afirmando que el daño patrimonial se produce tanto en el caso de la importación de copias legales, como en el supuesto de la introducción de copias «piratas». Por otro lado, la tesis del recurso se apoya en la comprobación de la ausencia de toda distinción en los textos legales (civil y penal) entre la importación de copias reproducidas sin autorización y las legalmente autorizadas, punto de vista que estima sostenido también en la Circular 2/1989 de la Fiscalía General del Estado. A estos dos argumentos se añade que interpretando la ley *a contrario*, las únicas importaciones que no requieren autorización son las que provienen de países de la UE. En este sentido señalan que el derecho de distribución tiene naturaleza territorial y que con la primera venta realizada por el productor el derecho de distribución sólo se agota dentro del ámbito territorial comunitario. Pero, continúan, el derecho de propiedad intelectual internacional no se vería afectado por dicho agotamiento. Reconocen los recurrentes que tanto el artículo 19.2 como el artículo 117.2 TRLPI «están redactados de una manera un tanto confusa» (pg. 18), pero, al mismo tiempo, afirman que «su sentido inequívoco» se desprende del artículo 8.2 Ley 43/1994, que incorporó al derecho nacional la Directiva CEE 92/100, de cuyo artículo 9 surge que los derechos de explotación se agotan sólo en el ámbito territorial de la UE. De todo ello se deduce que cualquier importación de fonogramas sin autorización del titular de la propiedad intelectual debe ser punible según el artículo 270 CP. La argumentación continúa haciendo referencia ya al texto del artículo 270 CP y afirmando que el consentimiento del titular, al que remite dicha disposición, sólo podría recaer sobre fonogramas legítimos, toda vez que, si los fonogramas sobre los que se da la autorización fueran ilegítimos, los titulares o cesionarios no podrían concederla sin incurrir, ellos mismos, en una conducta delictiva.

El recurso debe ser desestimado.

1. Como se desprende de la síntesis realizada, el recurso se estructura sobre cinco consideraciones:

a) El derecho del productor sólo se agota con la primera venta en un ámbito territorial determinado; por lo tanto, en otros ámbitos territoriales (en el caso de la UE) el derecho del productor no se ve afectado por la primera venta (exclusión de una regla de agotamiento internacional).

b) El derecho del productor excluye de la comercialización del fonograma en territorio español a todo el que, sin autorización del titular en España, lo haya adquirido fuera del ámbito de protección y, en particular, en este caso, fuera del ámbito de

la UE, aunque se trate, como en el caso que aquí se enjuicia, de fonogramas cuya reproducción haya sido autorizada por sus titulares, la adquisición haya sido legal y la introducción en España también lo sea.

c) Por lo tanto, la importación sin autorización del productor de fonogramas provenientes de fuera del territorio de protección del derecho constituiría una defraudación del derecho de propiedad intelectual adecuada al tipo del artículo 270 CP.

d) Carece de toda relevancia a los efectos de la aplicación del artículo 270 CP si los fonogramas importados estaban legalmente en el comercio dentro del territorio extracomunitario o si se trataba de copias ilegales («piratas»), pues ni el artículo citado, ni la Ley 6/1987, artículo 117.3, hacen ninguna distinción entre unos y otros objetos.

e) La alternativa típica del segundo párrafo del artículo 270 CP sólo menciona fonogramas «legales», porque, si éstos no lo fueran, los titulares del derecho intelectual no podrían autorizar su importación sin participar ellos mismos en el delito.

2. De estas cinco consideraciones, en realidad, sólo pueden constituir la materia de este recurso las que se refieren a la subsunción de la conducta del importador sin autorización bajo el tipo del artículo 270 CP. Nadie podría discutir que el agotamiento del derecho de propiedad intelectual tiene efectos territoriales dentro de todos los Estados miembros de la UE, ni que el productor de un fonograma es titular de los derechos de distribución que le son reconocidos en el artículo 117 Ley 6/1987. El problema, sin embargo, consiste en saber si los derechos de exclusividad que pudieran corresponderle están penalmente protegidos hasta el punto que quien introduzca en el comercio español fonogramas legalmente puestos en el comercio con la autorización del mismo productor en territorios extracomunitarios, comete el delito del artículo 270 CP. Dicho con otras palabras: debemos establecer si el derecho de exclusividad derivado de la propiedad intelectual se extiende a la posibilidad de limitar el derecho de otros a la concurrencia al mercado en el ámbito comunitario con los propios productos del propio productor. Brevemente: se trata de saber si el derecho de propiedad intelectual encierra también un aspecto que justifica una limitación de la libre concurrencia al mercado.

3. En la sentencia recurrida se ha sostenido que la «imprecisión del legislador» obligaba al Tribunal *a quo* a aplicar el principio *in dubio pro reo*, pues no era posible con el texto del artículo 270 CP, dilucidar si esta disposición se refiere sólo a la importación de fonogramas plagiados o ilegalmente reproducidos y distribuidos o si, por el contrario, hace referencia también a aquellos que han sido lícitamente adquiridos en el comercio extracomunitario. Tienen razón los recurrentes cuando objetan que el principio *in dubio pro reo* en la doctrina y la jurisprudencia claramente mayoritaria sólo es aplicable a las cuestiones de hecho. El Tribunal *a quo* se debería haber remitido al principio *in dubio pro libertate*, que en la doctrina moderna es reconocido con un alcance paralelo respecto de las cuestiones de derecho. En todo caso, es claro que la Audiencia quiso decir que no ha podido afirmar que las acciones que describe como probadas en la sentencia hayan realizado el tipo del artículo 270 CP.

4. Aclarado lo anterior, es preciso analizar la cuestión fundamental planteada por el artículo 270 CP: la relación entre las alternativas típicas del primer párrafo, estructuradas en las conductas de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente sin autorización del titular del derecho, y la alternativa del segundo párrafo de dicho artículo, que describe la importación de dichas obras sin tal autorización. La problemática ha sido correctamente presentada en la sentencia recurrida. Los recurrentes, por su parte, vienen a sostener que el segundo párrafo es independiente del

contenido del primero y alcanza a toda importación no autorizada por el titular del derecho.

Esta tesis de la autonomía de ambas alternativas típicas es apoyada por los recurrentes en dos argumentos diversos: el primero se remite a la máxima latina *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. El segundo se refiere a la contradicción que se daría si el consentimiento del titular pudiera eliminar la tipicidad de la importación de obras reproducidas ilegalmente; tal consentimiento, se dice, no sería sino una forma de participar en el delito. Precisamente de ello se deduce, según los recurrentes, que el tipo del artículo 270 CP se realiza inclusive cuando los fonogramas han sido legalmente adquiridos, en un marco legal y legalmente importados a España. Ambas cuestiones deben ser tratadas separadamente.

a) La falta de distinción legal que se afirma en el recurso, en realidad, no es tal. En efecto, en realidad, el argumento choca ante todo con el significado literal del texto del artículo 270 CP, que se refiere al que «importe (...) dichas obras». Las obras dichas son, precisamente, las obras mencionadas en el primer párrafo, es decir, las que son objeto del delito que describe la alternativa típica del plagio, la reproducción y la distribución ilícita. Por lo tanto, el texto de la ley penal, en verdad, distingue, dado que no se refiere a todas las obras, sino a las que se mencionan en el primer párrafo, es decir, las que han sido plagiadas, reproducidas o distribuidas ilícitamente. Es evidente que de lo contrario el segundo párrafo carecería de sentido, pues en la primera parte de este párrafo no se menciona ninguna obra.

En el marco de una interpretación literal del texto no cabe excluir la adjetivación de los sustantivos «obras» literarias, artísticas o científicas resultante de las expresiones «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos», pues la función adjetiva y los sustantivos a los que se refiere constituyen la unidad de sentido que caracteriza la significación del texto. Dicho brevemente: el segundo párrafo cuando se refiere a dichas obras quiere decir las «obras reproducidas sin autorización».

Esta interpretación literal se ve corroborada por la de la Ley 6/1987. En efecto: los artículos 138 y ss. de la LPI, bajo el título «De la protección de los derechos reconocidos en esta ley», contienen una serie de medidas para impedir prácticas que se estimen lesivas de la propiedad intelectual. Es evidente que si toda importación que pudiera lesionar un derecho de esta naturaleza fuera delictiva, los artículos 138 y ss. carecerían de sentido, pues en todos los casos la única vía sería la penal. Es decir, si la Ley 6/1978 prevé medidas cautelares que permiten hacer cesar la actividad presuntamente lesiva del derecho intelectual, es porque no toda presunta lesión del mismo tiene necesariamente carácter criminal.

De todos modos, cabe preguntar si esta distinción además de literal, es sostenible también desde un punto de vista teleológico. Los recurrentes alegan, en este sentido, que el daño patrimonial es idéntico en el caso de las copias «piratas» y las «copias legales» y que éste es el fundamento de la interpretación que proponen, que, por lo demás, consideran ajustada al llamado principio de intervención mínima.

La Sala no comparte el punto de vista de los recurrentes. Ante todo se debe señalar que en los hechos probados no consta que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el mercado extracomunitario sin autorización de su titular (con apoyo en el artículo 899 LECrim, la Sala ha comprobado que en el escrito de querrela no se ha denunciado que los fonogramas importados hayan sido reproducidos en el lugar de adquisición sin la autorización correspondiente). Tampoco consta como probado qué daño patrimonial habrían sufrido las firmas que ejercen la acción penal. Pero, suponiendo —como hipótesis de trabajo— que hubieran experimentado un daño de carácter patrimonial, surgen ciertos obstáculos para la imputación al acusado del

supuesto daño. Es dudoso, al menos, que en el marco institucional del artículo 38 CE se pueda considerar daño patrimonial el que produce la competencia comercial que tiene su causa en los precios que el productor ha fijado en el territorio extracomunitario. Al parecer, son los propios acusadores particulares los titulares de los derechos intelectuales en el mercado extracomunitario y quienes han puesto en el mercado fuera de España, con un precio fijado por ellos el mismo producto que aquí desean vender a otro precio. Al menos, en los hechos probados no se establece lo contrario. Por lo tanto, si los acusadores particulares pusieran los fonogramas en el comercio en territorio extracomunitario al precio que venden en España la importación no tendría ningún sentido económico y tampoco tendrían necesidad de ninguna protección penal. Dicho de otra manera: se plantea aquí la cuestión de si la ley penal debe proteger el patrimonio de quien no se protege a sí mismo o, en todo caso, el patrimonio de quien crea las condiciones para la realización de los hechos que luego estima perjudiciales. Aunque el tema se haya planteado con mayor intensidad en el marco de las discusiones dogmáticas sobre el alcance del tipo penal de la estafa (confr. STS 29-10-1998), es evidente que la cuestión está íntimamente vinculada con el carácter secundario del derecho penal, tan acertadamente subrayado por la representación de los recurrentes. Por lo tanto, si —como parece— estas firmas han decidido operar en varios mercados, produciendo en unos libremente a menor precio que en otros, no cabría imputar al acusado un perjuicio criminalmente relevante, pues el comprador ha comprado en el territorio extracomunitario al precio que el vendedor le ha querido vender, y el vendedor no sería ajeno a la situación.

Consecuentemente, la distinta significación jurídico-penal de la importación de fonogramas «piratas» y la de fonogramas legalmente adquiridos e introducidos en España, resulta confirmada por la interpretación teleológica del artículo 270.2 CP. Es decir: la literalidad del artículo 270 CP coincide con la finalidad objetiva de la ley.

Es evidente, en consecuencia, que el párrafo segundo del artículo 270 del CP tiene la función de cierre de todo el sistema de represión penal de las conductas ilícitas sancionadas en el primer párrafo, de modo que la protección penal se dispensa tanto contra el que reproduzca, plagie, distribuya, etc., las obras a las que se refiere el precepto, como también a todos aquellos que, en relación con las obras mencionadas en el primer párrafo, cometan las acciones ilegales que se describen a continuación (importar, exportar o almacenar ilícitamente), de manera que la protección penal es completa, al abarcar todo tipo de comportamientos atentatorios al derecho de propiedad de los productores, que el citado precepto penal protege.

La conclusión, por otra parte, está impuesta por el principio de proporcionalidad: no es idéntico el contenido criminal de la acción de quien importa conscientemente («intencionadamente dice el texto legal») fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el disvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda. Brevemente: no puede ser lo mismo introducirse en el mercado ilegalmente que participar del mismo mediante medios socialmente adecuados. Ambos supuestos no pueden ser igualmente punibles como lo proponen los recurrentes, pues la diversa magnitud de las ilicitudes debe tener un reflejo paralelo en la magnitud de la pena ya en el momento de la incriminación, no sólo en la individualización judicial. Si esta diferencia no existe, ello es un dato más que revela la necesidad teleológica negada por los recurrentes de distinguir entre importaciones de obras «piratas» y obras lícitamente puestas en el mercado.

En suma: el texto del artículo 270 CP distingue, tanto en la letra como en su espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además, político-criminalmente razonable.

b) El segundo argumento en el que los recurrentes basan su tesis de la independencia de la alternativa típica de la importación y almacenamiento respecto del supuesto de la usurpación de derechos mediante plagio, reproducción, distribución, etc., como se dijo, es el del consentimiento. Los recurrentes entienden que la autorización de la importación excluye su tipicidad pues tiene el efecto del consentimiento, y que, por ello, sólo cabría autorizar aquellas importaciones que no sean consecuencia de un delito previo cometido con o sobre los objetos importados, pues, en este caso, el sujeto que diera la autorización o prestara el consentimiento debería responder, al menos, como encubridor del delito del primer párrafo del artículo 270 CP.

Tampoco este argumento es compartido por la Sala a pesar de la brillantez con la que ha sido expuesto por la representación de los recurrentes. En efecto, los derechos de propiedad intelectual son básicamente renunciables y transferibles. Por lo tanto, si el titular de los derechos sobre determinados fonogramas reproducidos sin autorización quisiera consentir expresamente en su importación no incurriría en ninguna responsabilidad criminal. Simplemente habría renunciado a sus derechos y ello no constituiría ningún encubrimiento, ni la menor participación en la reproducción usurpada. Es preciso tener en cuenta que el orden jurídico no podría impedir al titular del derecho usurpado autorizar la importación de los fonogramas reproducidos sin autorización, cuando tal autorización se acuerda, por ejemplo, por un precio que le resulta satisfactorio y compensador, dado que esta decisión entraría en la autonomía de la libertad. Por lo demás, tratándose de derechos renunciables la autolesión no puede ser punible. El que consiente *ex post* la entrada antes no autorizada en su propio domicilio no será en ningún caso un partícipe del allanamiento de morada, ni un encubridor de este delito. Por consiguiente, no es posible deducir de la autorización de la importación una confirmación de la tesis de los recurrentes, es decir, de que el artículo 270 CP se refiere a importaciones lícitas.

Por otra parte, si el segundo párrafo del artículo 270 CP sólo se pudiera referir a importaciones de obras lícitamente puestas en un mercado legal paralelo, su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad sería todavía más acusada. En efecto: tendría la misma pena reproducir y distribuir una obra usurpando los derechos intelectuales, que adquirirla legalmente en dicho mercado e introducirla luego en territorio español.

c) Por consiguiente esta Sala llega a la conclusión de que el segundo párrafo del artículo 270 CP no contiene una alternativa típica autónoma respecto de la contenida en el primer párrafo. La importación prohibida en el artículo 270 CP es la de obras cuyos derechos intelectuales han sido usurpados. El titular de derechos intelectuales puede defenderse de la importación de obras legalmente adquiridas en un mercado legal paralelo –si ello correspondiere– mediante las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad que prevén los artículos 138 y ss. Ley 6/1987.

5. La conclusión alcanzada se ve respaldada también, en otro orden de ideas, por el concepto del bien jurídico protegido en este tipo penal. El delito contra los derechos intelectuales no tiene la finalidad de proteger ni los precios de venta de las reproducciones de la obra, ni la de operar como una limitación de la competencia en el mercado de los respectivos productos. Esta materia corresponde al derecho sancionatorio no penal tanto en el ámbito comunitario como en el nacional (salvo el

caso del artículo 281 CP, no aplicable al caso). La diferencia específica entre el derecho de exclusividad y el derecho a fijar los precios de venta en el mercado, así como su repercusión en el ámbito del derecho penal, no puede ser puesta en duda. También aquí las nociones son paralelas a las que se dan en el ámbito de la propiedad tradicional, pues el delito de hurto no alcanza en su protección al precio de las cosas cuya propiedad protege. El objeto de protección del delito del artículo 270 CP, por lo tanto, es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado. Es evidente que el legislador podría –si quisiera– proteger las importaciones legales desde mercados paralelos, por ejemplo con medidas fiscales que desalentaran tales prácticas mercantiles. Esta sería precisamente una conclusión a la que debería conducir el principio de «intervención mínima» que subrayan los propios recurrentes (pg. 27 del recurso). Pero si el legislador no ha tomado otras medidas, y sólo recurre a la criminalización de las importaciones no «piratas», habría utilizado el derecho penal no como *ultima*, sino como *prima ratio* de la política social, algo que los recurrentes expresamente no postulan.

Lo dicho no significa –debemos insistir una vez más– que los derechos intelectuales queden desprotegidos ante ciertas prácticas de la competencia. Es claro que el ámbito del artículo 270 CP no es –como ya se dijo– el límite de la protección de todos los derechos del titular de un derecho intelectual. Como lo vienen reiterando autorizadas opiniones «la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza por medio del derecho penal; el instrumental de todo el ordenamiento jurídico tiene que cooperar a ello». Por ello, se afirma que «el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos y ésta no siempre en forma general, sino que a menudo (como en el caso del patrimonio) sólo contra especies individuales de agresión».

El sistema de medidas de los artículos 138 y ss. de la Ley 6/1987 y las leyes que protegen la competencia, completan la protección que el derecho penal sólo aporta para los supuestos de auténtico contenido criminal.

Resumidamente: el acusado no afectó criminalmente el derecho intelectual de los recurrentes, sino su pretensión de imponer un determinado precio en España. Esta pretensión, sin embargo, está fuera del ámbito de protección del delito previsto en el artículo 270 CP, pues éste sólo protege los derechos intelectuales y no las pretensiones de imponer un precio en el mercado.

(Sentencia de 2 de abril de 2001)

*Transmisión a terceros de producciones audiovisuales ajenas sin autorización y a cambio de un precio. El artículo 270 no es un tipo penal en blanco*

Segundo.–(...) 1. Mantiene que dados los hechos que se declaran probados, no existe base fáctica para tipificar la conducta como un delito contra la propiedad intelectual. Llama la atención sobre la dificultad de tipificar estas conductas y la discusión doctrinal, sobre qué debe entenderse por propiedad intelectual y derechos de autor. Admite que para llevar a cabo los actos de comunicación de las obras, que contienen las programaciones de las cadenas de televisión, se precisa la autorización de sus autores, que, en el caso de las obras cinematográficas, se sustituye por la del productor, pero sostiene que no se ha lesionado el derecho de ninguno de ellos.

Señala que para la única emisión que necesitaba habilitación era Canal Hollywood y para ella tenía autorización. No admite que tuviera ánimo de lucro y que se

haya producido perjuicio a terceros. Se le imputa un delito del artículo 270.1.º del Código Penal, que necesariamente debe ser integrado por el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Colocándose en la hipótesis de que realmente hubiera emitido películas en soporte vídeo, pone de relieve que pertenecía a una asociación Espacable que presumiblemente abonaría alguna cantidad a las productoras.

2. El artículo 270 del Código Penal no constituyen un tipo penal en blanco, sino un complejo punitivo integrado por variados elementos normativos que es necesario precisar, en cada caso, acudiendo al auxilio de los técnicos y de los diversos preceptos que regulan, en el campo civil y administrativo, la Propiedad Intelectual y del derecho de las comunicaciones. Resulta indiferente a efectos calificatorios, el debate sobre la verdadera nomenclatura y naturaleza del tipo penal que ha sido aplicado.

El artículo 270 del Código Penal, recoge en su texto cuatro conductas básicas que se integran respectivamente por: la reproducción, el plagio, la distribución y la comunicación pública de las obras. De estas cuatro conductas, la que corresponde al acusado, es la de la reproducción pública de obras protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, sin el consentimiento o la autorización de sus titulares. Dadas las diversas opciones tecnológicas existentes para conseguir la comunicación pública, debemos acudir al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, que nos perfila con más precisión el concepto de comunicación pública, entendiéndose por tal la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento público sea o no mediante abono (apartado e) y asimismo «la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida».

3. Las posibilidades tecnológicas a las que hemos hecho referencia, podrían dar lugar a que un mismo sujeto estuviese utilizando dos o más formas de comunicación, sin que por ello tengamos que declarar que nos encontramos ante una o varias manifestaciones delictivas, ya que lo verdaderamente integrador del tipo es la modalidad de comunicación pública, que se puede llevar a efecto por cualquiera de los medios descritos con anterioridad e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro. Nos encontramos, como dice muy acertadamente la sentencia recurrida, ante una única acción caracterizada por constituir una unidad material, que merece un único reproche, si bien en la modalidad de delito continuado, ya que nos encontramos ante un propósito común manifestado en el tiempo a través de una repetición de conductas con idénticos objetivos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 278

### *Sustracción de bases informáticas de la empresa: exigencia de elemento subjetivo de ánimo de revelar los secretos empresariales*

Único.—(...) Para una mejor comprensión del problema planteado hemos de resumir los hechos que la sentencia declara como probados a los que necesariamente nos

hemos de ceñir dada la vía casacional empleada. Así tenemos: *a)* La empresa mercantil «Sotienabier, SL», en julio de 1996 otorgó un contrato de servicios al acusado en el que éste se comprometía a realizar un programa o sistema informático de gestión y control de las distintas tiendas de Alicante y que consistía en una base de datos que incorporaba la identificación de proveedores, productos con sus correspondientes códigos de barras, precios de coste y de venta, un sistema de petición de productos, márgenes comerciales, franjas horarias, etc. *b)* En enero de 1997 el acusado dejó de prestar sus servicios a las tiendas dependientes de esa empresa por resolución del contrato, llevándose los datos reservados que le habían sido facilitados. *c)* En fecha 7-3-1997 se abrió al público una tienda similar a las anteriores, comercio en el que el acusado instaló el sistema informático al que se ha hecho referencia, pero sólo comunicó a esa nueva tienda los datos e informaciones que «no eran reservados» por ser fácilmente comprobados por cualquiera, como listados de precios, código de barras, etc. *d)* Este mismo dato se expresa en el fundamento de derecho segundo, que sirve también para integrar el *factum*.

La Sala de instancia calificó esos hechos como constitutivos del delito tipificado en el artículo 278.1 del Código Penal vigente (se indica, por simple error material, el 178.1) cuando dice «El que, para descubrir un secreto de empresa se apodera de cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos... será castigado...». Pues bien, de una interpretación tanto literal como lógica de ese precepto, podemos inferir lo siguiente: 1.º. Para su comisión (y subsiguiente consumación) no es preciso que el autor descubra un secreto perteneciente a la empresa a la que pertenece o haya pertenecido, pues de así hacerlo la acción quedaría incluida en el tipo agravado del apartado 2.º de ese mismo artículo. 2.º. No obstante ello, el tipo del apartado 1.º es constitutivo de un delito de carácter «tendencial», pues no en balde la norma emplea la preposición «para» en el sentido de «tener intención» de revelar secretos, de tal manera que si no se prueba esa intencionalidad la acción deviene atípica.

En el presente caso, de la propia narración fáctica y del contenido de los fundamentos jurídicos que la completan, no puede inferirse de modo alguno ese requisito subjetivo del tipo (la intención de revelar), pues no obstante haberse llevado consigo ciertas bases informáticas no se aprecia que en ningún momento tratase de incorporarlas a la nueva empresa en su beneficio.

El motivo ha de aceptarse, lo que excluye hacer razonamiento alguno sobre el resto de los alegados.

(Sentencia de 16 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 298.2

*Propietario de bares que adquiere botellas de licor previamente sustraídas con conocimiento de ello, siendo irrelevante que las botellas no fueran halladas como consecuencia de registro efectuado en los locales comerciales*

Octavo.—El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que el precedente, denuncia infracción de ley «por indebida aplicación del artículo 298 del Código Penal.

Se argumenta en pro de este motivo que «a la luz de los hechos que se declaran probados, únicamente se refiere que José Luis acordó con su padre, Enrique, propietario de bares, la compra en fecha indeterminada, de un número de botellas, pagadas a quinientas pesetas cada una y que José Luis transporta las botellas a una cochera de Enrique». Además, tales efectos no han sido localizados en poder ni a disposición del acusado; y, en todo caso, una cochera del Barrio de las Malvinas no es un establecimiento ordenado al tráfico industrial o comercial.

Tampoco este motivo puede correr mejor suerte que el anterior. Ante todo, debemos reiterar que, dado el cauce procesal elegido, el recurrente debe partir del respeto del relato fáctico de la sentencia recurrida (art. 884.3.º LECrim), en el cual se dice que los acusados B., A. y B., se apoderaron de 144 botellas de JB, 72 botellas de Ballantines, 26 botellas de Dyc, 24 de Long-Jhon y 5 de Jack-Daniels, todas ellas de güisqui, además de 60 de ginebra Larios, 24 de ginebra Beeffearer, 60 de ron Bacardí, 36 de cava Delapierre y 3 de güisqui Cuty-Sarck –valoradas todas ellas en 458.190 pesetas– (v. HP, B). En el apartado C) del propio relato, se dice que el acusado Manuel D. adquirió «veinticuatro botellas de güisqui, ..., por el precio de 7.500 pesetas, ...». Finalmente, en el apartado D) del *factum* se dice que «las restantes botellas de alcohol» y que, conociendo su ilícita procedencia, José Luis B. acordó con su padre –el aquí recurrente– «la compra de las mismas a precio de quinientas pesetas la botella». Por tanto, dado el número de botellas sustraídas, es fácil determinar, con los datos recogidos en el *factum*, el número de botellas compradas por el recurrente, a un precio que notoriamente debe calificarse de vil, con independencia de su irregular procedencia y de la condición de dueño de bares ostentada por el señor B. M.

En cuanto a la circunstancia de que las botellas de referencia no fueran halladas en el registro efectuado, el Tribunal sentenciador la considera un hecho irrelevante, y fue simple consecuencia del lugar adonde fueron llevadas para su custodia.

El número de botellas adquirido y el hecho de que el ahora recurrente fuese propietario de varios bares permite inferir que la ulterior venta de aquéllas en tales establecimientos.

A la vista de todo lo expuesto, es patente que en el presente caso concurren todos los elementos precisos para que deba apreciarse la comisión del delito de reaceptación del artículo 298.2 del Código Penal. Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 11 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 301

*Blanqueo de capitales: concepto, clases y requisitos. Bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas: crear sociedades instrumentales para transmitir a Turquía dinero procedente de delitos de tráfico de drogas, recibiendo un porcentaje de las cantidades transferidas, transformando en divisas el dinero procedente del narcotráfico y entregarlo a organización turca con pleno conocimiento de su ilicitud*

Duodécimo.–El segundo motivo del recurso del Ministerio fiscal, se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1.º de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de los artículos 301 y 302 del Código Penal, respecto a Mahmoud A. A.

La Sentencia recurrida absuelve a Mahmoud A. A. del delito continuado de blanqueo de capitales derivados del tráfico ilícito de drogas previsto y penado en los mencionados preceptos del Código Penal, del que era acusado en la instancia por el Ministerio fiscal. En el apartado *b)* de los hechos probados, se declara que Mahmoud A. A., en unión del otro condenado, Juan P. B., era uno de los encargados de canalizar y hacer llegar hasta los responsables de la organización en Turquía los beneficios procedentes de la venta y distribución de las importantes cantidades de heroína que conseguían transportar hasta nuestro país, conducta que desarrolló entre los años 1993 y 1997 mediante la entrega en diferentes ocasiones de elevadas cantidades de dinero en efectivo al condenado Juan P. B., quien lo hizo llegar siguiendo instrucciones de aquél hasta Turquía, bien transportándolo clandestinamente (años 1996 y 1997), bien realizando transferencias bancarias a través de cuentas abiertas en distintas entidades bajo la titularidad de sociedades que habían creado como cobertura para tales fines (años 1993 a 1995). Concretamente se dice que «con la cobertura de esa estructura societaria, y utilizando para ello las cuentas abiertas en las entidades ... el dinero procedente de la venta de heroína que el procesado Mahmoud A. entregaba al procesado Juan P., una vez cambiado a divisas (sobre todo marcos alemanes), era clandestinamente transportado por el propio P. hasta ese país (Turquía) en los numerosos viajes que le proporcionaba Mahmoud A., bajo el pretexto de entregar fondos y donaciones recaudados para la minoría kurda de Turquía o de concretar operaciones comerciales que nunca llegaron a realizarse».

La absolución se basa, según el fundamento segundo de la Sentencia recurrida, en que los actos constitutivos de la actividad de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, esto, es que el autor del blanqueo debe ser ajeno a dicho delito, lo que no se ha demostrado en el caso de Mahmoud A. A., ya que tiene pendiente una Sentencia condenatoria por tal delito, y en aplicación del principio *in dubio pro reo*, como cuestión jurídica, conforme expone la Audiencia.

Como se ha puesto de relieve por nuestra doctrina científica, el blanqueo, lavado o reciclaje del dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Se ha dicho que el origen del movimiento legislativo en materia de blanqueo de capitales encuentra su raíz, fundamentalmente, en la lucha contra el tráfico de drogas. Mediante la adopción de medidas penales se procura en definitiva atacar a los destinatarios de los beneficios que produce una organización criminal a gran escala en cierto tipo de delitos, especialmente aptos para la obtención ilícita de ganancias importantes. La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud y, además, como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros, estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país.

La regulación del blanqueo —dada su desaprobación generalizada— se ha realizado no sólo a nivel internacional y/o comunitario (con la Directiva 91/308/CEE, de 17 de junio relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales) sino también en el seno de cada ordenamiento jurídico nacional y esas medidas nacionales constituyen de algún modo el resultado de esa evolución internacional.

Aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones del blanqueo de capitales, podemos extraer una aproximación de la tipificación que tales textos hacen de las conductas objeto de los mismos; así, a nivel internacional, el artículo 3.1 c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena), el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo) o el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea de 10-6-1991, y en el Derecho español debemos mencionar tanto el artículo 1.1 de la Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y el artículo 301 del vigente Código Penal. De este modo nos es muy útil señalar la definición que del blanqueo de capitales hace la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, su artículo 1.2 señala: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada) o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados». Definición, en definitiva, llevada al nuevo Código Penal.

El legislador penal con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), introduce ahora un único tratamiento punitivo, artículos 301 a 304, lo ubica en el Capítulo XIV bajo la rúbrica «De la receptación y otras conductas afines»; delimita los delitos de encubrimiento, de receptación y de blanqueo, y ampliando el castigo a todos los delitos graves, y no sólo a los que tienen su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas; introduce su posible comisión por imprudencia grave o temeraria; proclama el principio de universalidad o de justicia mundial, conforme al cual se establece la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero; agravación de las penas cuando el delito referente sea de los denominados de narcotráfico; y se agrava también cuando los culpables sean funcionarios públicos o determinados profesionales —empresarios o intermediarios financieros.

El artículo 301.1.º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301. 2.º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Son las siguientes: a) «El que adquiera, convierta o transmita bienes a sabiendas que éstos tienen su origen en un delito grave». b) «Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito». c) «Realizar cualquier otro acto» para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». d) Blanqueo sucesivo: «Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho, sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos».

La problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia

Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: *a)* la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, *b)* vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, *c)* aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y *d)* inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (Sentencias del TS 23-5-1997 y 15-4-1998, entre otras). Por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en cuanto a acreditar la procedencia de los bienes, y su conexión a un hecho punible, el Tribunal Supremo dictó Sentencia absolutoria de 7-12-1996.

(Sentencia de 28 de julio de 2001)

### *Blanqueo de capitales procedentes del tráfico de droga: no es precisa la condena previa del delito origen del blanqueo*

Segundo.—(...) *A)* Es cierto que la actividad desplegada por el acusado, realizando una serie de operaciones bancarias tendentes a la ocultación y aprovechamiento del caudal obtenido por otro en el tráfico de importantes cantidades de hachís, no fue precedida de un pronunciamiento judicial en que se condenase, como autor de un delito de tráfico de estupefacientes, a la persona que le entregaba el dinero con la expresada finalidad. Pero no lo es menos que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de los que en el tráfico hubiesen participado. Para que el tipo de blanqueo apreciado en la Sentencia recurrida quede integrado, es suficiente que existan bienes o ganancias procedentes de uno de los delitos previstos hoy en los artículos 368 a 372 CP y que, a sabiendas de su procedencia, se adquieran, conviertan o transmitan o sobre ellos se realice cualquier otro acto que tienda a ocultar su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en el delito a eludir las consecuencias legales de sus actos. Estos elementos objetivos concurren en unas operaciones bancarias como las descritas en la declaración probada de la Sentencia recurrida si consta —y ello no puede ser discutido sin entrar en contradicción con el *factum* de la Sentencia— que las mismas fueron realizadas con dinero obtenido en el tráfico de hachís por un miembro de uno de los grupos dedicados, en las fechas de autos, a la introducción en España desde Marruecos de grandes cantidades del citado producto estupefaciente, siendo irrelevante, al efecto de integración del tipo penal cuestionado, que se estuviese dilucidando en otra causa la responsabilidad penal del traficante cuando se dictó la Sentencia recurrida.

*B)* En segundo lugar, no puede ponerse en duda que las operaciones desarrolladas por el acusado, en el ejercicio de su cargo como interventor y apoderado de una entidad bancaria, contribuían decisivamente a que el beneficiario del tráfico de hachís se aprovechase de sus ganancias, evitando el control que sobre las mismas hubieran podido ejercer, en sus respectivos ámbitos de actuación, los funcionarios de la Administración fiscal y policial. Porque, de una u otra forma, la identidad del traficante e incluso la realidad de sus ingresos en el banco quedaban oscurecidas, bien contabili-

zando como entregas en efectivo las entregas de cheques al portador emitidos por otro banco —la actuación de cuyos empleados no consta haya sido investigada en el procedimiento de instancia—, bien facilitando la apertura de varias cuentas corrientes en la oficina para que, mediante los oportunos traspasos de las importantes cantidades ingresadas en cualquiera de ellas, no llegasen a producirse intereses en favor del titular que llamasen la atención en la base de datos de la Agencia tributaria, bien conservando cheques al portador sin hacerlos efectivos hasta que el traficante decidía disponer de ellos, bien absteniéndose de dejar en el banco constancia documental, cuando el traficante cambiaba importantes cantidades de divisas —libras esterlinas y florines holandeses—, tanto de la identidad de aquél como de la procedencia de las divisas que el mismo eventualmente declarase aunque sea ilusorio pensar, en este caso, en una tal declaración.

C) Por último, esta Sala comparte plenamente el criterio de la de instancia con respecto a la realización del tipo subjetivo del delito apreciado en la Sentencia. El tipo subjetivo del delito de blanqueo consiste ante todo, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, en conocer o saber que los bienes sobre los que recae la acción de blanquear proceden o tienen su origen en un delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. A la interpretación de este elemento del delito previsto en el artículo 546 bis f) CP/973 —hoy en el 301 CP/995— le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala —SS. 12-2-1991, 15-4-1991, 20-2-1992, 21-9-1992, 2-4-1993 y 9-7-1993, entre otras muchas— sobre la índole del conocimiento del origen ilícito que el receptor debe tener en relación con los bienes que le son entregados. No es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente. Algunas resoluciones —SS. 614/1996 y 389/1997— parecen admitir la posibilidad de que el delito de recepción pueda cometerse con dolo eventual y esta modalidad del tipo subjetivo debe ser hoy resueltamente acogida en la construcción dogmática del blanqueo de dinero puesto que, tanto en el artículo 344 bis h).3 CP/973 como en el artículo 301.3 CP vigente, se prevé su forma culposa. Ciertamente, estas normas no estaban en vigor cuando se cometieron los hechos enjuiciados en la Sentencia recurrida, pero ello no sería óbice para que, utilizadas como medio interpretativo del artículo 546 bis f) CP/973, se admitiese la posibilidad de que el delito descrito en este último precepto pudiese entenderse cometido incluso por dolo eventual. Hay que apresurarse a decir, sin embargo, que no es eventual sino directo el dolo que esta Sala advierte en la actuación del acusado. El dolo, como hecho de conciencia que es, ha de ser inferido normalmente de datos o fenómenos exteriores que deben ser analizados con el mismo rigor y cautela con que lo son los indicios de los que se infiere, en muchas ocasiones, la realidad del tipo objetivo de un delito. La más reciente doctrina de esta Sala —SS. 356/1998, 1637/1999, 1842/1999 y 1277/2001, entre otras— enfrentada a la necesidad de interpretar el tipo delictivo de blanqueo, ha tenido ya la oportunidad de sugerir cuáles son los datos o indicios de los que es legítimo deducir, siempre que exista una pluralidad de los mismos, estén plenamente acreditados y guarden entre sí una significativa coherencia, el conocimiento del ilícito origen de los bienes por parte de quien blanquea. Y así, se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias, y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas, si bien no debe ser extremada la importancia que se atribuya a

este último indicio, para afirmar el dolo, a los meros efectos de imputar un delito de blanqueo, toda vez que aquel vínculo puede ser determinante para que la conducta del presunto autor de tal delito deba ser considerada, con mayor severidad, una forma de participación en el tráfico de drogas. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, constan en la declaración de hechos probados datos más que suficientes para inferir racionalmente que el acusado conocía, al menos en lo sustancial, el origen del dinero que ayudaba a mantener opaco en la forma que ya hemos descrito en el apartado anterior siguiendo escrupulosamente el relato histórico de la Sentencia. Los datos a que nos referimos comienzan con movimientos de dinero en efectivo por una cantidad superior a los 200.000.000 de pesetas, en el espacio de nueve meses, entre 1989 y 1990, por una persona de la que se dice –aunque nada consta en el hecho probado sobre el particular– que tenía por entonces un negocio de frutas y hortalizas; siguen con las operaciones de ingresos, traspasos y cambios de divisas, propiciadas por el acusado en la oficina de la que era interventor y apoderado, operaciones que, aun no estando expresamente prohibidas por la normativa a la sazón vigente, eran, como bien dice el Tribunal de instancia, absolutamente irregulares y contrarias a los usos normalmente observados en la práctica bancaria; y concluyen con una relación de extrema confianza entre el acusado y su cliente, fácilmente deducible del *modus operandi* que el primero permitía al segundo y de la ocasional retribución que aquél recibió de éste, puesto que llegó a disponer, en su propio beneficio, de alguno de los cheques entregados por el traficante para que le fuesen temporalmente custodiados.

Cuanto hemos razonado en este segundo fundamento jurídico nos lleva inexorablemente a la conclusión de que la conducta del acusado, tal como aparece narrada en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, reúne todos los requisitos necesarios para que sea subsumida, como delito de blanqueo de dinero procedente de tráfico de estupefacientes, en el artículo 546 bis f) CP/1973. También podría ser subsumida hoy en el artículo 301 CP vigente, pero ya hemos visto en el primer fundamento de esta Sentencia que la aplicación retroactiva de esta norma no es posible porque, lejos de favorecer, perjudicaría al acusado. Es por todo ello por lo que este segundo motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 29 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 305

### *Defraudar a las Haciendas Forales*

Vigésimo.–Los motivos noveno, décimo y undécimo, por infracción de ley y de preceptos constitucionales, plantean una misma cuestión: la tesis de las partes recurrentes de que el delito fiscal no era aplicable a las defraudaciones a la Hacienda Pública Navarra hasta 1995, porque hasta entonces no se incluyó la mención a la Hacienda Foral entre los sujetos pasivos del delito.

Se trata de una pretensión absurda que debe ser expresamente desestimada, sin perjuicio de que por el acogimiento de otros motivos queden finalmente sin efecto las condenas impuestas por delito fiscal. Los delitos contra la Hacienda Pública y concretamente las defraudaciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas son aplicables a todos los contribuyentes con independencia de que la recaudación del impuesto competa a la Hacienda Pública Estatal, Autonómica o Local. La introducción del término «foral» en la reforma de 1995 constituyó una precisión termino-

lógica, conveniente sobre todo en relación con las provincias vascas donde no coinciden el ámbito fiscal foral con el autonómico, pero que no implica modificación sustancial del ámbito de aplicación del tipo delictivo. Ya con anterioridad las denominadas Haciendas Forales se encontraban protegidas por el tipo del delito fiscal (desde la perspectiva general del Derecho Penal Español, que es único para todo el territorio del Estado) al estar incluidas en el término de Hacienda Autonómica (en el caso de Navarra que constituye una Comunidad Autónoma, en el sentido de los arts. 133.2.º y 137 de la Constitución Española, sin perjuicio de sus respetables peculiaridades forales) o en el de Hacienda Local (en el caso de las Haciendas de las Diputaciones del País Vasco, que tienen ámbito Provincial, y constituyen también a efectos tributarios Corporaciones Locales, en el sentido de los arts. 133.2.º y 140 de la Constitución Española, sin perjuicio de su régimen peculiar).

En consecuencia, y exclusivamente desde esta perspectiva penal que no implica, obviamente, pronunciamiento alguno en relación con la singularidad del régimen jurídico de la Comunidad Foral de Navarra, ha de reafirmarse que la Hacienda Pública de Navarra goza y ha gozado en todo momento de la tutela del Ordenamiento penal al mismo nivel que la Hacienda Pública del Estado.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

*La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar los incrementos patrimoniales derivados de ellos. Ahora bien, cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena, el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal, derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva*

Vigesimoprimer.–Por razones sistemáticas procede analizar a continuación los motivos decimoséptimo a decimonoveno, que plantean desde diversas perspectivas la incompatibilidad de la doble condena por cohecho y por delito fiscal, dado que, como se verá, la estimación de estos motivos dejará sin contenido los demás motivos de recurso referentes al delito fiscal.

La cuestión se plantea desde varias perspectivas. En primer lugar como infracción de ley por estimar que al condenar la sentencia al recurrente como autor de dos delitos contra la hacienda pública, cometidos al defraudar a la Hacienda Pública Navarra en el IRPF de 1990 y 1991 por omisión, entre otras, de la declaración del importe de los ingresos derivados del delito continuado de cohecho ya objeto de condena, deja indebidamente de aplicar el artículo 8.3.º del Código Penal pues nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales en el que el delito de cohecho absorbe las infracciones consumidas en aquél.

Asimismo, y por las mismas razones, se denuncia la vulneración del principio *non bis in idem*, inherente a los de legalidad y tipicidad proclamados en los artículos 9.3 y 25.1.º de la Constitución Española.

Por último se alega la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, por estimar que este derecho fundamental ampara la facultad de

negarse a incluir en las declaraciones de renta ingresos de procedencia ilícita que pudiesen revelar la realización de alguna actividad delictiva.

Vigesimosegundo.—La resolución de esta compleja cuestión requiere partir de la doctrina ya sentada por esta Sala en un supuesto similar (sentencia de 21 de diciembre de 1999), para analizar si dicha doctrina es aplicable íntegramente al supuesto actual o bien el caso ahora enjuiciado presenta aspectos peculiares que obliguen a matizar y especificar la referida doctrina, determinando una solución diferenciada.

Vigesimotercero.—Comenzando por la última cuestión, señalábamos en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, que ha de rechazarse la concepción de que el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo pueda configurarse como una causa que justifique la defraudación fiscal. Como se deduce de la STC 161/1997, de 2 de octubre), en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del artículo 24.2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio (STC 161/1997).

Aplicando esta doctrina constitucional al supuesto enjuiciado ha de concluirse que el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la Ley en detrimento de los respetuosos del Derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio» (STS de 21 de diciembre de 1999).

Vigesimocuarto.—Pues bien, esta doctrina sentada en la sentencia citada debe ser plenamente ratificada, pues tiene un carácter general. Como también se señalaba en dicha resolución el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fis-

cal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete. La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados y las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas únicamente son imputables al mismo, sin que puedan determinar una posición de privilegio que le exima de la obligación genérica de declarar a Hacienda o le haga inmune frente a la responsabilidad penal por delito fiscal.

Vigesimoquinto.—Ahora bien también es cierto que en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, declaráramos en el fundamento jurídico trigesimoquinto que: «Conviene precisar, para concretar estrictamente nuestra doctrina al supuesto ahora enjuiciado, que en el caso actual no nos encontramos ante una resolución que sanciona penalmente un mismo hecho desde dos perspectivas diferentes como sucedería en el caso de una actuación delictiva concreta que se sancionase como tal y asimismo como ocultación a la Hacienda Pública del provecho obtenido. Por el contrario en el supuesto actual la sanción por los delitos contra la Hacienda Pública se fundamenta en la defraudación derivada de formular declaraciones negativas, con reclamación de devolución, por parte de quien disfrutaba de un enorme patrimonio inmobiliario y mobiliario oculto, así como de unos inmensos ingresos obtenidos de una amplia pluralidad de fuentes, en parte lícitas, en parte directamente ilícitas, en parte indirectamente ilícitas, es decir procedentes de la reinversión de ganancias ilícitas y en parte procedentes de actividades, que podrían haber sido lícitas pero no han sido enjuiciadas en este proceso, realizadas en una época anterior a los períodos fiscales analizados».

Vigesimosexto.—En el caso actual, ratificando dicha doctrina, ha de estimarse sin embargo que nos encontramos precisamente ante un supuesto de los excluidos por la misma, en el que la doble condena recae sobre el mismo hecho delictivo ya sancionado penalmente como delito continuado de cohecho. Hecho que consiste en la indebida percepción de las dádivas derivadas del cohecho, ocultándose a Hacienda el provecho obtenido. Ha de recordarse que en la sentencia condenatoria se acuerda el comiso de todos los bienes muebles o inmuebles procedentes del pago de las comisiones ilegales por las constructoras, bienes que constituyen precisamente los incrementos patrimoniales que han dado lugar a las condenas por delito fiscal.

Vigesimoséptimo.—En consecuencia ha de estimarse que si bien debe mantenerse que la presunta ilicitud de la procedencia de los bienes no exime del delito fiscal, y que no existe incompatibilidad entre la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas por delitos fiscales deducidas de incrementos patrimoniales derivados de una pluralidad de fuentes, incluidos los beneficios indirectos de los referidos actos delictivos, no sucede lo mismo cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.

Vigesimooctavo.—En consecuencia, y para concretar la doctrina expuesta, ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (art. 8 Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos: a) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo

porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (sentencia de 21 de diciembre de 1999). 2.º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (sentencia de 7 de diciembre de 1996), caso «Nécora», fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque «por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación»). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. 3.º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 308

*Principio de especialidad de este tipo frente a la estafa; no obstante requiere que el sujeto activo sea el beneficiario de las subvenciones; en otro caso, esto es, quien falsea las condiciones para acceder a unas subvenciones, comete estafa*

Tercero.—Por el mismo cauce procesal que el precedente, en el tercer motivo de impugnación se denuncia inaplicación del artículo 8.1 del Código Penal, e infracción por indebida aplicación de los artículos 528, 392 y 74 del propio texto legal.

Estima el recurrente que los hechos de ser delictivos habrían de ser encuadrados en el artículo 308 del Código Penal, pues así lo exige el principio de especialidad del artículo 8.1 y es el criterio de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1996 en relación con el delito de fraude a la Seguridad Social. Y como quiera que la cantidad que se hubiera obtenido por la ayuda o subvención es inferior a 10 millones de pesetas, que es la fijada por el artículo 308, la conducta sería atípica.

En efecto, el planteamiento del recurrente sobre el principio de especialidad del artículo 308, frente al tipo genérico de la estafa, es efectivamente correcto. Sin embargo, en el supuesto que se examina, la conducta descrita no puede incardinarse en aquel precepto.

El tipo penal en su apartado primero, señala que, «el que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido». La primera modalidad típica comporta que el sujeto aparente la concurrencia de los requisitos y presupuestos o condiciones exigidas para su concesión, mediante el falseamiento de datos en su correspondiente solicitud documental.

El precepto se estructura sobre la base de dos modalidades típicas: 1.º) la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones

públicas y 2.º) el incumplimiento de las condiciones de la subvención, alterando sustancialmente sus fines.

Ambos supuestos se configuran como delitos especiales. El regulado en el apartado 1.º, fraude de subvenciones lo es, por cuanto en la medida en que solicitante y beneficiario de una subvención, desgravación o ayuda tienen que coincidir, el tipo, sólo puede realizarlo quien ha obtenido la subvención, desgravación o ayuda.

Respecto al segundo apartado, también lo es, por cuanto sólo puede ser cometido por quien previamente obtuvo la subvención.

Por tanto, manteniendo tal tesis que se estima correcta, en la medida en que los posibles sujetos activos de la infracción, o dicho de otro modo, sólo pueden ser autores en sentido estricto, quienes puedan solicitar las subvenciones, esto es, los que sean beneficiarios de las mismas. En consecuencia, si es un tercero el que realiza el falseamiento, desconociéndolo el solicitante, su comportamiento no puede incardinarse en el ámbito del artículo 308.

Por otra parte, el tipo exige el falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión, y en el supuesto aquí enjuiciado, la conducta del recurrente desborda el ámbito de aquél, en cuanto que lo que efectúa más que falsear las condiciones, es suponer en un acto, entrega de aceitunas, la intervención de personas que no la han tenido y que era esencial para conseguir las correspondientes ayudas, a cuyos nombres se concedían las mismas.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, en cuanto que el acusado no era beneficiario de las subvenciones, y por eso falsea las solicitudes y lo hace en nombre de terceros, ajenos a tal acción, es por lo que su conducta no puede integrarse en el tipo penal invocado. Criterio seguido en la Sentencia de esta Sala de 13 abril 1999 en que también se condenó por estafa en grado de tentativa.

(Sentencia de 19 de marzo de 2001)

*Principio de accesoriadad limitada en la participación: cooperación en hecho típico, antijurídico y doloso pero no punible por razón de la cuantía: realizar certificados falsos para el cobro de ayudas a diferentes personas, ninguna de las cuales, aisladamente consideradas, alcanza los 10.000.000 de pesetas, superando en su conjunto dicha cantidad.*

Segundo.—Los motivos segundo y quinto del recurso han sido deducidos al amparo de los artículos 849,2.º y 849.1.º LECrim respectivamente. En el primero se invocan diversos documentos tendentes a probar que ninguno de los beneficiarios de los subsidios obtenidos mediante las certificaciones expedidas por el recurrente fue superior a la suma de 10.000.000 de ptas. En el segundo sostiene que no ha realizado la acción típica, dado que personalmente no ha obtenido el beneficio por medio de sus certificaciones, y tampoco ha cooperado a la comisión de un delito, pues ninguno de los beneficiarios cometió un delito, dado que sólo obtuvieron subsidios menores de 10.000.000 de ptas. Por lo tanto, concluye, no puede haber participación en un delito que no se cometió.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La admisibilidad del motivo segundo depende de si la cuestión de la cantidad obtenida por los distintos beneficiarios de los subsidios tiene o no relevancia de acuerdo con el artículo 350 y el artículo 14 CP/1973. En efecto, el artículo 849,2.º

LECrIm contiene un recurso por infracción de ley, como surge del texto mismo de dicha disposición. Como hemos señalado en múltiples precedentes, la infracción de ley a la que se refiere el artículo 849,2.º LECrIm es una infracción indirecta de la ley, en el sentido siguiente: la ley es infringida (indirectamente) cuando es aplicada a hechos que han sido incorrectamente determinados y que, por lo tanto, no constituyen el presupuesto fáctico de la ley aplicada.

Por lo tanto, es preciso previamente, establecer si la prueba documental que el recurrente señala se refiere a hechos que pueden ser relevantes para la decisión del recurso. Para ello debemos considerar primeramente, entonces, la materia del quinto motivo del recurso.

2. La tesis del quinto motivo del recurso puede ser condensada en pocas líneas: la participación requiere siempre que el hecho principal sea punible como delito o como falta y la participación en una infracción administrativa sólo puede ser sancionada como infracción administrativa. La Sala no comparte ninguna de las afirmaciones.

a) La primera parte del argumento se basa, implícitamente, en la suposición de una diversidad esencial (ontológica diría una antigua doctrina) que en la actualidad se considera totalmente abandonada. La doctrina moderna europea, por el contrario, es prácticamente unánime: entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una diferencia externa, constituida por la especie de consecuencia jurídica que se prevé para tales ilícitos y que depende de una decisión del legislador. El derecho comparado ratifica y refleja claramente este punto de vista. En Francia y en Italia es manifiesta la tendencia a trasladar al campo de las infracciones administrativas las contravenciones (penales) sancionadas con multa (así la Ley italiana de 24-12-1975 n. 706). En Alemania el 1 de la Ley de Infracciones de Orden (OWiG) define estos ilícitos de tal manera que no existe ninguna diferencia conceptual con el delito, pues «una contravención de orden –dice dicha disposición– es una acción antijurídica y reprochable, que realiza el tipo contenido en una ley, que permite su sanción con una multa administrativa». A todo ello se debe agregar que la identidad esencial de las ilicitudes de delitos, faltas y sanciones administrativas se ve ratificada por la vigencia de los mismos principios constitucionales en uno y otro sector legislativo; en efecto: el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde la STC 18/1981, que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado».

b) La segunda parte del argumento, a su vez, presupone una errónea concepción de la accesoriidad de la participación. Como es sabido y generalmente admitido en el derecho vigente rige el criterio de la accesoriidad limitada, según el cual toda participación presupone un hecho principal típico, antijurídico y doloso. Por lo tanto, el derecho positivo excluye otros criterios que ya nadie postula seriamente en esta materia: las llamadas accesoriidad extrema, que requiere que el hecho principal sea culpable, y la hiperaccesoriidad, que exigiría también la punibilidad del hecho principal.

Por otra parte, el propio legislador ha puesto de manifiesto que entre la infracción administrativa de fraude de subvenciones y la falta del mismo ilícito no existe diferencia esencial alguna. Ello se percibe en la introducción de una falta respecto de las subvenciones comunitarias en el artículo 628 CP, que vino a compensar el silencio de la LGP con relación a estas subvenciones. Es obvio que desde un punto de vista de la ilicitud no existe ninguna diferencia entre la defraudación de una subvención comunitaria y otra nacional: ambas son defraudaciones al presupuesto de menor gravedad que un delito.

El propio texto legal, artículo 28 CP (art. 14 CP/1973), sólo exige un «hecho» como referencia de la acción del partícipe, pero el artículo 27 (art. 12 CP/1973) sólo se refiere a los delitos y las faltas. Cabría, entonces, preguntar si el artículo 27 CP puede llegar a constituir un obstáculo a la punibilidad de la cooperación necesaria en infracciones administrativas. La respuesta negativa es consecuencia, a juicio de esta Sala, de la identidad esencial de las faltas y las infracciones administrativas, que ya hemos señalado en *a*). Es evidente que si unas y otras sólo se diferencian exteriormente por la consecuencia jurídica y si, además, la sanción de unas y otras se rige por los mismos principios constitucionales (cfr. las SSTC 18/1981; 140/1986; 61/1990 entre otras; en el mismo sentido SSTS 16-12-1986; 20-1-1987; 13-6-1990), la diferencia no afecta ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la exigencia de un cierto elemento subjetivo en el hecho principal.

3. Comprobado lo anterior, no es posible poner en duda que en el presente caso se cumplen las exigencias de la accesoriadad limitada, dado que el hecho principal es típico, antijurídico y doloso. La identidad del tipo del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP) y de la infracción administrativa del mismo fraude (art. 82.3 LGP) es total hasta el punto que bien cabe considerar a la infracción administrativa como ilícito atenuado por la menor gravedad del daño producido. En ambos supuestos se trata de la infracción de la misma norma. Por lo tanto, si –como lo hace en forma general la doctrina– se define el tipo penal como el conjunto de elementos que determina la infracción de la norma por quien es destinatario de la misma, es decir, el sujeto del deber impuesto por la norma, no cabe duda de que el tipo del delito y de la infracción administrativa coinciden y la única diferencia entre uno y otra se refiere a la punibilidad, es decir, a un aspecto de la infracción que no condiciona la accesoriadad de la participación. Tanto el tipo del delito como el de la infracción administrativa consisten en la obtención fraudulenta de una determinada especie de prestaciones estatales con daño del presupuesto estatal.

La Sala estima, en este sentido, que la cantidad de diez millones de pesetas prevista en el texto de los artículos 350 CP/1973 y 308 CP no puede ser sino una condición objetiva de la punibilidad, ajena al tipo penal en sentido estricto. La norma prohíbe tanto obtener fraudulentamente una subvención de una peseta como una subvención de diez millones de pesetas o más. No cabe ninguna distinción conceptual en lo referente a la norma de conducta. Es siempre la misma. El mayor o menor perjuicio no es, en consecuencia, un elemento de la infracción de la norma y, consecuentemente, tampoco del tipo que describe dicha infracción. Es, por ello, sólo una condición que permite distinguir el perjuicio que fundamenta el carácter criminal de la infracción de la norma, ajena, sin embargo, al tipo penal.

*d*) Queda, por lo tanto, una última cuestión, referente a si la «cláusula de acumulación» prevista para las «infracciones contra el patrimonio» en el artículo 69 bis CP/1973 y en el artículo 74.2 CP puede ser aplicada a un partícipe, cuando no lo es al autor.

En primer lugar debe quedar claro que la cláusula de acumulación, no obstante estar prevista dentro de una disposición correspondiente al delito continuado, es aplicable a todo supuesto en el que una pluralidad de acciones produce varios resultados. Es decir, en las infracciones contra el patrimonio da igual que se trate de un delito continuado o de un concurso real; la cláusula de acumulación es, en todo caso, aplicable.

En segundo lugar, debemos señalar que la continuidad puede ser aplicable al hecho del autor o al hecho del partícipe. Cabe una participación continuada en hechos de unidad de acción de varios autores, y cabe –a la inversa– también una participa-

ción en unidad de acción de uno o varios partícipes en una infracción continuada de un único autor.

La acumulación, por lo tanto, debe operar como una causa personal de agravación de la pena en los términos del artículo 60 CP/1973 o artículo 65.1 CP, dado que la cooperación en la producción de múltiples daños causados por diferentes autores es reveladora de una actitud personal (disposición moral) especialmente rebelde frente al orden jurídico. Ciertamente es que una parte de la doctrina sostiene que el artículo 65 (antiguo art. 60) CP sólo es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala (ver STS de 13-10-1992) viene sosteniendo que rige también para las circunstancias específicas de los tipos de la parte especial (p. ej., en el asesinato o en el robo), dado que no existen entre unas y otras circunstancias razones que fundamenten una solución diferenciada y que el texto de la ley no distingue entre genéricas y específicas. No se debe olvidar tampoco que una parte de la doctrina, que considera que el artículo 65 es aplicable sólo a las circunstancias genéricas, postula su aplicación por analogía a las específicas y que admite que en los casos de delitos especiales impropios el no cualificado sea punible según el delito genérico o, en todo caso, atenuadamente en los delitos especiales propios, con lo cual, en los resultados, se viene a coincidir con la solución jurisprudencial más tradicional.

En consecuencia, nada obsta en el presente caso para aplicar la cláusula de acumulación del artículo 69 bis CP al recurrente, tal como lo ha hecho el Tribunal *a quo*. (Sentencia de 20 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 318

*No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas: requisitos. No basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal*

Tercero.—En el segundo motivo, por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de ley «por infracción del artículo 348 bis del Código Penal entonces vigente, actualmente reproducido en el artículo 316 del vigente Código Penal, en relación con el artículo 318 de este Código y de los artículos 420 y 427 del propio Código Penal».

Dice el recurrente que el accidente de autos, en el que el mismo resultó gravemente lesionado, fue debido a la absoluta inobservancia de las normas básicas de seguridad en el trabajo contempladas en el artículo 93 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que imponen el bloqueo de los arrancadores de los motores eléctricos de toda máquina averiada o la retirada de los fusibles de la misma, y, cuando ello no fuere posible, la colocación de un letrero con la prohibición de maniobrarlo. Por ello —según se dice en el motivo— «al no existir instrucciones al respecto, ni se bloquearon los interruptores del motor eléctrico de la prensa averiada, ni se retiraron los fusibles,...., y tampoco se colocó letrero con la prohibición de maniobrar la indicada máquina,....».

En el mismo sentido, recuerda el recurrente que en el artículo 7 de la citada Ordenanza General se impone al empresario la obligación de cumplir las disposiciones

establecidas en la misma, adoptando cuantas medidas fueran necesarias, promoviendo la más completa formación en las materias de seguridad e higiene y determinando los diferentes niveles jerárquicos en relación con los correspondientes deberes y facultades. Y se afirma que, en el presente caso, «no se adoptaron las medidas necesarias», «ni tampoco se colocó cartel indicador alguno», por lo que –según la parte recurrente– Angel L. «desconocedor de dicha prohibición, así como de las consecuencias que tendría su acto, procedió a accionar el elevador de la prensa..., cayéndole la misma encima con las consecuencias... descritas», lo cual «constituye un delito contra la seguridad en el trabajo de los previstos en el Código Penal, en su redacción vigente en el momento de asumir los hechos, en el artículo 348 bis *a*)...», así como un delito de lesiones de los artículos 420 y 427 de dicho Código, de los que considera responsable al «responsable máximo y representante legal de la compañía en la que se incurre en falta de medidas de seguridad», que también deberá indemnizar a la víctima en la suma de ochenta y tres millones ciento setenta y cinco mil doscientas veintinueve pesetas, como resulta de la aplicación estricta de la Resolución de 24-2-1998.

Como ya hemos dicho, el Tribunal de instancia reconoce en la sentencia recurrida que, en el presente caso, concurren todos los elementos típicos configuradores del delito contra la seguridad en el trabajo del artículo 348 bis del Código Penal de 1973 –vigente al tiempo de la comisión del hecho enjuiciado– (persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, en este caso una persona jurídica; incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral; y que, como consecuencia de ello, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores). Ahora bien, como también se pone de relieve en la resolución recurrida, para que sea procedente la condena del acusado –y, en definitiva, la estimación del motivo– es preciso delimitar la concreta actuación del mismo en el hecho enjuiciado.

En el artículo 348 bis *a*) del Código Penal de 1973, se consideran sujetos activos de este delito a los que estén obligados a exigir o facilitar los medios o medidas legalmente exigidos, y en el artículo 318 del Código Penal vigente, con mayor precisión, se dice que «cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena... a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos...». La jurisprudencia relativa al Código de 1973, al pronunciarse sobre el sujeto activo de aquel delito, con cita del artículo 10 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, declaró que «son todas aquellas (personas) que ostenten mando o dirección, técnicos de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho» (v. S. de 10-5-1980); en definitiva, como dice un conocido autor: «el empresario y sus encargados». No obstante, de modo inmediato, ha de proclamarse que no puede hablarse de responsabilidad criminal sin dolo o culpa (art. 1 Código Penal de 1973 y art. 10 del Código Penal vigente): no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que «será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación» (F. 1.º).

El Tribunal sentenciador, al examinar esta cuestión, dice que «la prueba practicada deja patente que fue el trabajador Casimiro quien omitió colocar el letrero indicativo de avería, que existía a su disposición, confiado, de una parte en la presencia del trabajador, experimentado, sabedor de que no debía poner en funcionamiento la

máquina, de manera que la conducta del acusado resultó ajena al accidente, porque no consta ausencia a disposición de los trabajadores de los medios de seguridad necesarios, y el propio lesionado fue quien puso en funcionamiento la máquina, sin que fuere preciso ello para la reparación, en un encomiable ánimo de auxiliar al electricista que ni lo precisaba ni le solicitó su colaboración»; de tal modo que el Tribunal sentenciador estima que resulta desmesurado hacer recaer una responsabilidad criminal en el director de la fábrica –al margen de la sanción administrativa impuesta a la empresa–, por cuanto «ninguna noticia tuvo el acusado sino tras el accidente de la manera de ocurrir el mismo, ni desde luego de la ausencia de aquella medida de seguridad y aviso sobre la avería de la maquinaria», de todo lo cual concluye que «no puede, por ello, hacérsele penalmente responsable de las consecuencias de aquella omisión» (F. 1.º *in fine*).

De modo patente, el relato de hechos declarados probados de la sentencia recurrida, completado en lo pertinente con los extremos fácticos recogidos en la fundamentación jurídica de la misma, no describe una conducta típica imputable al acusado. El relato fáctico más bien parece apuntar, a este respecto, hacia otra persona contra la que no se ha dirigido la acción penal. Por consiguiente, no es posible apreciar el error de derecho que se denuncia en este motivo.

(Sentencia de 10 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 325

*No existe delito si no aparecen contravenidas las Leyes ni otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, ya que la empresa estuvo sometida siempre a los controles periódicos, contratando para ello los servicios de una entidad colaboradora de la Administración para estos menesteres, procurando siempre reparar los posibles defectos una vez conocidos*

Único.–El Ministerio Fiscal interpone un solo motivo de casación al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 325 del Código Penal en cuanto tipifica el delito contra el medio ambiente.

Con independencia de lo complicado o no que pueda ser desde un punto de vista jurídico-penal la aplicación de las normas en blanco, de cuya naturaleza goza el artículo 325 del Código Penal, dado lo complejo y dispersos de los preceptos administrativos a los que han de remitirse, y aun comprendiendo el esfuerzo que en este ámbito del problema han realizado en defensa de sus respectivas posturas la Sala de instancia en la motivación de la sentencia y el Ministerio Fiscal al fundamentar su impugnación como recurrente, la realidad es que, dada la vía empleada en el recurso, en lo que nos hemos de fijar esencialmente (más bien de modo único) para resolver el problema planteado sobre la existencia o inexistencia en el caso concreto del tipo delictivo sometido a cuestión, es en el contenido de los hechos que la sentencia declara como probados, complementados en cualquier caso por el contenido de los fundamentos de derecho en cuanto contengan afirmaciones fácticas, pues cualquier otra dialéctica sería simplemente complementaria en el supuesto de que del *factum* pudiera apreciarse la existencia delictiva.

En este sentido, de un examen detenido de la narración fáctica, entendemos que no puede de la misma inferirse la comisión del delito objeto de la acusación, ni desde un sentido objetivo, ni tampoco subjetivo. En efecto, tenemos lo siguiente: a) La empresa Bidones Egara, SL, dedicada al reciclaje y limpieza de bidones industriales, ejercía su trabajo con las preceptivas autorizaciones, tanto de la Junta de Residuos de la Generalitat, como del Ayuntamiento de la localidad en donde estaba o está ubicada. b) Tal empresa tenía la clasificación administrativa en el correspondiente Catálogo de Actividades Potencialmente Contaminantes de la Atmósfera dentro del grupo «A», por lo que estaba obligada a pasar periódicamente controles reglamentarios con una Entidad de Inspección y Control que debería ser concesionaria de la Administración, cumpliéndose con tal control al haberse contratado los servicios de «Eca, SA» (Entidad Colaboradora de la Administración) la cual efectuó a la empresa revisiones periódicas con resultado negativo. c) A los pocos días de ser nombrado el acusado Administrador único y Gerente de la empresa en cuestión, la referida entidad «Eca, SA» efectuó una visita de inspección, como era obligado, tomando muestras de los posibles focos contaminantes y examinadas las muestras, dicha entidad emitió un informe directamente al Servicio de Protección del Ambiente Atmosférico de la Generalidad de Cataluña diciendo que de los seis focos examinados, dos de ellos tenían un funcionamiento defectuoso, produciendo altas concentraciones y emisiones de monóxido de carbono, a la vista de lo cual dicho organismo público requirió a la empresa para que efectuara las correcciones necesarias, no constando que tal requerimiento llegue a manos de la interesada. d) Por la Fiscalía del Tribunal Superior de Cataluña se incoaron diligencias de Investigación Penal, remitiéndose un oficio a la Unidad Central de Medio Ambiente por el que se ordenaba la investigación de un posible delito contra la salud pública, contestándose que no se había iniciado ningún expediente administrativo sancionador por contaminación atmosférica contra la empresa, no obstante lo cual una dotación de la Unidad Central de Medio Ambiente del Cuerpo de Mozos de Escuadra se personó en el lugar para realizar una inspección ocular, comprobando que no se producía ningún tipo de humos producidos por la empresa. En este mismo sentido, pocos días después, se volvió a realizar otra inspección dentro del local, esta vez acompañados de dos técnicos en medio ambiente, quienes no observaron nada anormal. e) Poco más de un mes después acudieron de nuevo unos técnicos que dictaminaron que dos de los focos examinados tenían una concentración de monóxido de carbono, y tras conocer esas anomalías, la empresa reparó las instalaciones defectuosas y encargó a Eca que realizase nuevas medidas de emisión de contaminantes, lo que se efectuó, dando como resultado valores de emisión de monóxido de carbono «inferiores» a los límites legales.

Ante tales hechos que hemos resumido en lo esencial, no puede considerarse la actuación de la empresa (y, por tanto, de su responsable, el acusado) como tipificada en el artículo 325 del Código Penal pues no aparecen contravenidas las Leyes ni otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, ya que estuvo sometida siempre a los controles periódicos, contratando para ello los servicios de una entidad colaboradora de la Administración para estos menesteres, procurando siempre reparar los posibles defectos una vez conocidos. A ello se puede añadir que el incidente surgido el 12-7-1996 que causó la intoxicación de dos trabajadores de la empresa por inhalación a través de la piel de productos químicos, es cuestión, según consta en el mismo *factum*, que no se juzga en el presente caso.

(Sentencia de 27 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 330

*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Dañar gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificar un espacio natural: se trata de un delito de lesión o resultado. Inexistencia en caso de ausencia de daño grave*

Segundo.—El único motivo del recurso ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, con la pretensión de que se aplique el artículo 330 del Código Penal, «al considerar que los hechos declarados probados contemplan la totalidad de los elementos requeridos por el tipo penal».

Pone de relieve el Ministerio Fiscal que la sentencia de instancia fundamenta la absolución del acusado, en el único fundamento de la misma, en que el tipo penal cuya inaplicación se denuncia requiere como elemento esencial que se haya causado un daño grave a alguno de los elementos que hayan servido para calificar el espacio natural protegido (el paisaje, el ecosistema, la flora, la fauna o la formación geomórfica), al estimar que en el presente caso no cabe apreciar tal daño grave, en atención a la superficie afectada (2.400 metros cuadrados) en un parque que tiene sesenta millones de metros cuadrados y que los daños afectarían a lo sumo a cuarenta y ocho árboles cuando el parque tiene millones de ellos, que a su vez no son especies protegidas; sosteniendo el Ministerio Fiscal que esta tesis no puede compartirse.

Dice el Ministerio Fiscal que el acusado ocupaba una vivienda en el Parque de referencia, lugar protegido por el Plan de Espacios de Interés Natural aprobado por la Generalitat de Cataluña; pone de relieve que él mismo llevó a cabo los hechos anteriormente descritos «sin contar con los preceptivos permisos administrativos»; y afirma que la Sala de Instancia no ha hecho valoración económica de los daños causados ni del coste de su restauración, para, a continuación, referirse a los valores que motivaron la mencionada protección legal de la zona, respecto de la que destaca: *a*) que se trata de una zona montañosa situada en medio de una conurbación de más de tres millones de habitantes; *b*) que el macizo forma parte de la sierra litoral y catalana; *c*) que se trata de la única zona natural en el trozo de territorio más densamente poblado de todo el Mediterráneo; *d*) que el elemento estético o paisajístico de dicha sierra es uno de los aspectos más valorados por los ciudadanos; *e*) que el bosque es la formación más característica de este espacio y ocupa un sesenta y tres por ciento de su superficie; *f*) que el bosque afectado se halla situado en la ladera de la vertiente marítima de la sierra, que es precisamente donde menos formaciones boscosas hay; *g*) que dicha zona es visible, incluso, desde la zona portuaria de Barcelona; y *h*) que la fauna salvaje, otro de los valores destacables, encuentra en la sierra las condiciones necesarias para su existencia. Se destaca, finalmente, que «el Preámbulo del Decreto [...] por el que se aprueba el Plan de Espacios de Interés Natural, en el que está incluida la Sierra de Collserola, se refiere a los valores científicos, paisajísticos, culturales, sociales, didácticos y recreativos que la citada Sierra posee, como elementos determinantes de su protección».

Subraya el Ministerio Fiscal que la sentencia destaca únicamente la conducta del acusado respecto del elemento vegetativo o «forestal», sin tener en cuenta el elemento paisajístico, que considera ha sido afectado considerablemente por la conducta enjuiciada (de lo que es ilustrativo el reportaje fotográfico obrante en la causa).

En último término, sostiene el Ministerio Fiscal que el artículo 330 del Código Penal, cuya indebida inaplicación se denuncia, es una norma especial, en tanto que los

artículos 263 y 264.4.º constituyen la norma general, existiendo, por tanto, homogeneidad entre ambos tipos penales, por lo que «considera oportuno plantear a la Sala, a tenor de lo dicho y subsidiariamente [...] la aplicación de las normas penales suscitadas en segundo lugar, reiterando la aplicación de la misma pena inicialmente solicitada».

Tercero.—La inclusión en el Código Penal de 1995 de los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», como sostiene un conocido autor, es una prueba evidente de la fe del legislador en la posibilidad de proteger el medio ambiente a través del Derecho penal, y tiene un preciso fundamento constitucional, por cuanto en el Texto Constitucional se reconoce expresamente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, imponiendo a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, previéndose especialmente el establecimiento de sanciones penales para quienes desconozcan estos deberes (v. art. 45 CE).

No son pocos los problemas que las nuevas figuras penales plantean, entre ellos el de precisar el bien jurídico protegido por las mismas —el medio ambiente—, así como el de delimitar cuál pueda ser el ámbito del denominado riesgo socialmente permitido y correlativamente el del riesgo penalmente relevante en las modernas sociedades con altos niveles de desarrollo industrial y económico. También resulta frecuentemente problemática la distinción entre el campo propio del Derecho administrativo sancionador y el específico del Derecho Penal, que en buena medida habrá de resolverse desde la óptica del principio de mínima intervención.

Entre los delitos contra el medio ambiente, la figura contemplada en el artículo 330 del Código Penal describe el correspondiente tipo penal acudiendo fundamentalmente a dos elementos normativos: el espacio natural protegido y los elementos que hayan servido para calificarlo, relacionados ambos con la acción del verbo dañar y el modo de hacerlo: gravemente. Se trata, sin duda, de un delito de lesión o resultado.

Llegados a este punto, hay que poner de manifiesto también que, en atención al cauce procesal elegido, el Ministerio Fiscal —parte recurrente— ha de partir del pleno acatamiento del relato de hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador (art. 884.3.º LECrim), cosa que, en el presente caso, no deja de plantear problemas habida cuenta de los escasos datos jurídicamente relevantes recogidos en el mismo. En efecto, la Audiencia Provincial se ha limitado a declarar probado que el acusado taló treinta árboles, entre encinas y robles, podó otros dieciocho, plantó especies impropias de la zona, y alteró el suelo y vegetación del lugar para construir accesos a su vivienda y edificaciones anexas. Luego, en la fundamentación jurídica de la sentencia, se recoge la definición auténtica de «parque natural» (art. 13 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo), se señalan las finalidades perseguidas por la Ley 12/1985, de 13 de junio, de la Generalitat de Cataluña, que crea y regula la figura del Plan de Espacios Naturales consistentes en «el interés científico, educativo y paisajístico», y se viene a concluir que «cualquier daño no es penalmente relevante, sólo el grave que afecte a uno de los expresados elementos valorados en su conjunto». Termina el Tribunal reconociendo que ha existido un daño al elemento forestal del parque, pero considera que no se trata de un daño grave (la finca donde se ha llevado a cabo tiene una superficie de dos mil cuatrocientos metros cuadrados en un parque de seis mil hectáreas; los árboles afectados son a lo sumo cuarenta y ocho y el parque tiene millones de ellos, sin que se trate de especies protegidas; «siendo el interés del referido parque [...], su localización como zona verde al lado de la ciudad de Barcelona»).

De modo patente, el relato fáctico de la sentencia combatida es tan escueto y falto de detalles que no permite cuestionar la calificación jurídica mantenida en la instancia. Se desconoce, más allá de su especie, las características de los árboles tala-

dos (su altura, grosor, edad aproximada, etc.), también su ubicación (si estaban próximos o separados unos de otros), igualmente si su tala o la poda de los otros árboles ha producido alguna alteración importante en el panorama del bosque, desde el punto de vista paisajístico. En cualquier caso, no se describen tampoco las alteraciones producidas en el suelo y en la vegetación del lugar, y es de todo punto evidente que, para el debido enjuiciamiento de estos hechos y para permitir el oportuno control jurisdiccional de las correspondientes resoluciones judiciales, los Tribunales deben reflejar en ellas con el mayor lujo de detalles jurídicamente relevantes la realidad a valorar, cosa que en el presente caso no puede decirse que haya hecho la Sala de Instancia, sin que, por lo demás, este Tribunal pueda adoptar ninguna decisión al margen de la inherente al motivo casacional examinado.

Frente al escueto relato fáctico de la sentencia, es de destacar el conjunto de datos jurídicamente relevantes que el Ministerio Fiscal expone en su recurso, al tiempo que pone de relieve también las carencias de la sentencia de instancia (no se valoran los daños causados ni el coste de la restauración): «se trata de una zona montañosa situada en medio de una conurbación de más de tres millones de habitantes que había llegado a nuestros días en un más que aceptable estado de conservación», «el macizo forma parte de la sierra litoral y catalana», «se trata de la única zona natural en el trozo de territorio más densamente poblado de todo el Mediterráneo», «el elemento estético o paisajístico de dicha sierra es uno de los aspectos más valorados por los ciudadanos», «el bosque es la formación más característica de este espacio y ocupa un 63 por 100 de su superficie siendo los árboles más abundantes la encina, el pino blanco, el roble, el madroño y el pino piñonero, estando ubicado básicamente en la vertiente no marítima», «la fauna salvaje [...], encuentra en la sierra las condiciones necesarias para su existencia». El Ministerio Fiscal critica que la sentencia recurrida hable exclusivamente del «elemento vegetación o forestal», «sin tener en cuenta que también repercutió directamente sobre otro de los valores referidos que motivaron su calificación como espacio natural protegido, siendo éste el elemento paisajístico, ya que con su acción el acusado produjo una importante alteración de un enclave natural...», poniendo de manifiesto lo ilustrativo que resulta el reportaje fotográfico de la zona para valorar las consecuencias de las acción objeto de enjuiciamiento. Razón ésta por la que este Tribunal reclamó la causa a la Audiencia Provincial (art. 899 LECrim), pudiendo así comprobar que en los autos únicamente obran unas fotocopias de fotografías en las que es prácticamente imposible formarse una idea de las consecuencias reales de la conducta desarrollada por el acusado que ha sido objeto de enjuiciamiento.

El atento análisis del motivo examinado pone de manifiesto, de un lado, las importantes e indebidas carencias del relato fáctico de la sentencia impugnada, y, de otro, la imposibilidad de valorar los argumentos expuestos en el mismo, dado que, en último término, el conjunto de datos jurídicamente relevantes en que se apoya el recurso del Fiscal implica una falta del obligado respeto al relato de hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador, al tratarse de extremos fácticos no recogidos en dicho relato ni en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Por todo lo dicho, no es posible estimar el motivo examinado.

Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión subsidiariamente formulada por el Ministerio Fiscal (calificar los hechos como constitutivos de un delito de daños de los artículos 263 y 264. 4.º del Código Penal) porque, en definitiva, tal pretensión constituye una cuestión nueva que, en principio, debe estar vedada en la casación, especialmente cuando es, de modo patente, contraria al reo.

Procede, en conclusión, la desestimación de este recurso.

(Sentencia de 5 de diciembre de 2001)

## ARTÍCULO 334

*Tentativa de delito contra la fauna: criar ilegalmente halcones peregrinos, especie amenazada, con la finalidad de traficar con los mismos, lo que no llegó a hacer el acusado por la intervención de la Guardia Civil*

Segundo.—Estos, enunciados ya en el fundamento anterior, suscitan la cuestión jurídica relativa a determinar si la posesión o tenencia de especies amenazadas constituye acción típica incardinada en el artículo 334 CP. El legislador prevé tres acciones distintas: cazar o pescar, realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comerciar o traficar con ellas o con sus restos. Los recurrentes sostienen que la posesión preordenada al tráfico o que impida o dificulte la reproducción o migración de las especies amenazadas es incluida en el precepto mencionado.

Dicha interpretación presenta ciertas dificultades derivadas de la observancia del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE y 1.1 y 2.1 CP): a) ante todo la tenencia como tal de especies amenazadas no está incluida en el precepto. Sin embargo, el legislador sí prevé la posesión como conducta típica en la Ley de Represión del Contrabando, 12/1995, de 12-12, posterior al vigente Código Penal. Así, se considera delito de contrabando en el artículo 2.1.f), realizar, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3-3-1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/1982, del Consejo, de 3-12 de 1982, siempre que el valor de los bienes, mercancías, género o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas. Su justificación estaría en la previa introducción ilegal de la especie en territorio español, pero fijándose la conminación penal cuando el valor sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, pues siendo inferior se aplicará la infracción administrativa. En cualquier caso, saliendo al paso de lo alegado por la acusación particular, dicha normativa especial no es aplicable puesto que no consta la introducción ilegal en España de las crías intervenidas; b) también en el Código Penal, cuando el legislador ha querido penar la tenencia o posesión autónomamente, así lo ha hecho. Ejemplo de ello son los artículos 348, a propósito de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas o asfixiantes, o el 371 que se refiere a equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas de 20-12-1988, sobre Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Es más, el propio artículo 368 CP subordina expresamente la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a los fines descritos en el mismo (cultivo, elaboración o tráfico...); también el artículo 386 se refiere a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución. Ello significa que la posesión o tenencia en sí misma no está prevista en el tipo descrito en el artículo 334, así como tampoco cabe deducir implícitamente, a los efectos de entender consumado el delito, su preordenación al tráfico por falta de descripción típica. El delito se consuma mediante los actos típicos de comercio o tráfico de las especies amenazadas; c) la realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de aquéllas puede entrañar desde luego posesión de las mismas. Sin embargo, en el caso sería preciso que el relato fáctico consignase el sustrato de igual orden que permitiese deducir tal impedimento o dificultad teniendo en cuenta que se trata de actividades en relación con épo-

cas o momentos determinados de la vida de las aves; d) la norma principal extrape-  
nal de remisión de derecho interno del artículo 334 CP, está constituida por la  
Ley 4/1989, de 27-3, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna  
Silvestre. Es cierto que su artículo 26 prohíbe la posesión, tráfico y comercio de ejem-  
plares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior, en relación a  
los animales silvestres y especialmente los comprendidos en alguna de las categorías  
enunciadas en el artículo 29, como es el caso. Sin embargo, el legislador penal ha  
confinado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar  
por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constitu-  
yendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tenencia o posesión no constituye acción típica  
a los efectos de la consumación del delito por el que se acusa, sin que tampoco, por lo  
ya apuntado, sea posible entender que su preordenación al tráfico equivalga a ello. Es  
necesario algo más para que exista tráfico o comercio, concretamente, traslado, tras-  
ferencia o circulación de dicha posesión a terceros, lo que no sucede en el presente  
caso.

Siendo ello así, se trata de determinar si la señalada posesión por persona que  
profesionalmente se dedica a la cría de aves rapaces tiene o no relevancia penal desde  
el punto de vista de la fase ya externa de la ejecución del delito o si por el contrario  
dicha posesión es inócua a estos efectos. En síntesis, se plantea la cuestión relativa a  
la tentativa.

Esta supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala  
el artículo 16.1 CP hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito  
directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objeti-  
vamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas  
independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecu-  
ción parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la volun-  
tad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un  
desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla  
general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el  
principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas  
en el artículo 15 CP.

Desde luego la posesión descrita en el *factum* es indudable que forma ya parte de  
la acción típica y conlleva por sí sola una puesta en peligro del bien jurídico prote-  
gido. A este respecto debemos señalar que según el *factum* el acusado «carecía de la  
preceptiva autorización administrativa requerida en relación a los halcones que vola-  
ban en su finca y alimentaba». Se trata por ello de una posesión ilegal. El artículo 28  
de la Ley 4/1989 establece que las prohibiciones del artículo 26.4, entre ellas la pose-  
sión, podrán quedar sin efecto, previa autorización administrativa del órgano compe-  
tente, señalando a continuación las circunstancias que deben concurrir para ello, que  
se refieren a supuestos de perjuicios para la salud y seguridad de las personas, para  
las propias especies protegidas, para los cultivos, ganado..., necesidad por razón de  
investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando se precise para la  
cría en cautividad o para prevenir accidentes para la seguridad aérea. Ninguna de  
estas justificaciones, evidentemente rigurosas, se suscitan en el presente caso. Si a  
ello añadimos la condición profesional de criador del acusado, la inferencia no puede  
ser otra que la existencia del elemento subjetivo consistente en su voluntad de vender  
o traficar con los halcones intervenidos y si se cortó el desarrollo material de la acción  
hasta alcanzar la consumación no fue por otra razón que la intervención de los agen-  
tes de la Guardia Civil en la finca del ahora recurrido.

Cabría objetar que la presente posesión constituye por sí sola una infracción administrativa. Sin embargo, con independencia del principio general de punición de la tentativa, lo cierto es que la conducta del acusado en relación con la protección de la especie es acreedora de dicha conminación penal, no sólo por ajustarse al tipo, sino igualmente por la intensidad del ataque al bien jurídico protegido habida cuenta las circunstancias señaladas anteriormente.

Ciertamente los recurrentes dan por sentado que el halcón peregrino es una especie amenazada, al menos en la zona geográfica donde los hechos se han cometido. Efectivamente, fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia razona a la vista de la prueba documental, pericial y testifical practicada que «cabe mantener como el Halcón Peregrino encaja no sólo formalmente en la categoría de especie de interés especial susceptible de tutela en vía penal, sino «materialmente»... la población de esta especie en el centro de España tiende a descender, habiendo casi desaparecido en ciertas zonas... hasta el punto de que de mantenerse esta situación el futuro de los halcones en la zona centro podría estar seriamente amenazada».

La Jurisprudencia de esta Sala (STS de 19-5-1999) señala que «sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo (artículo 29 de la Ley 4/1989) de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas». Ello quiere decir que la mera inclusión en el catálogo en la categoría de «interés especial» no es suficiente para estimar que se trata de una especie amenazada, de la misma forma que su inclusión no supone la exclusión de dicha condición cuando ésta materialmente resulta acreditada en los autos, es decir, se trata de establecer la preferencia de la antijuricidad material sobre la formal por la mera inclusión en los catálogos del artículo 29 de la Ley 4/1989.

Ambos motivos deben ser estimados.

(Sentencia de 29 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 351

### *Provocar un incendio que comporte peligro para la vida o integridad física de las personas: naturaleza jurídica*

Tercero.—(...) Este Tribunal casacional en su función propia de policía jurídica de la Ley penal y como tal último intérprete de la Ley penal, a salvo la competencia del Tribunal Constitucional, debe declarar indebidamente inaplicable el tipo penal del artículo 351. Dice con razón la sentencia que dicho artículo exige un peligro para la vida o integridad física, y es que el tipo que se comenta siempre ha sido definido por la Jurisprudencia de esta Sala —en referencia al equivalente del anterior Código Penal, el artículo 548—, como delito de peligro abstracto, no de mera actividad, sino de resultado ya que es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa —SSTS de 13-7-1990 y 5 de diciembre de 1995—, aunque otras resoluciones le conceden una naturaleza mixta de peligro y de lesión —Sentencia de 23 de diciembre de 1996—, exigiéndose en todo caso la existencia del elemento subjetivo del tipo integrado por el conocimiento y aceptación por parte del sujeto de la producción del peligro creado por el agente con su acción.

En el presente caso, y desde el riguroso respeto a los hechos probados, éstos describen de forma inequívoca, la acción de incendiar un colchón y acercarlo a la puerta

de la chabola que empezaba a arder en cuyo interior se encontraban tres personas que acababan de introducirse y encerrarse para evitar la ocupación de aquélla por los agresores. Abierta la puerta por uno de los que estaban dentro a consecuencia del humo que había en su interior, tal acción es aprovechada por uno de los agresores –Awari B.– para empujar el colchón al interior de la chabola, prendiéndose fuego a los objetos –pocos o muchos–, que había en su interior, y produciéndose quemaduras, algunas graves a las tres personas que se encontraban en el interior y que salieron a consecuencia del incendio.

La doble afirmación que se contiene en la sentencia recurrida de que el incendio no comportaba peligro para la vida e integridad de las personas, y que en definitiva la responsabilidad de las quemaduras que sufrieron las tres personas-víctimas es imputable a su propia decisión de salir porque si se hubiesen quedado dentro nada les habría ocurrido «... pues es un dato de experiencia común que, al estar abierta la puerta de la chabola el humo habría tendido a desplazarse al exterior...», no existiendo prueba al respecto de que su permanencia en el interior de la chabola comportara riesgo de intoxicación por el humo, no pueden ser compartidas por carecer de la menor razonabilidad y pugnar, precisamente contra elementales máximas de experiencia confirmadas por el propio *factum* de la medida que reconoce que la apertura de la puerta fue debida al humo de la combustión y que una vez abierta la puerta la introducción del colchón motivó el incendio de los enseres de la chabola, y todo ello fue la causa de las quemaduras que sufrieron las tres personas. No sólo hubo riesgo, sino que éste se materializó en dichas lesiones.

En esta situación exigir la permanencia dentro de ella a sus ocupantes es afirmación desprovista de todo sentido y equivale a una llamada a la propia autoinmolación. Se dice que el incendio fue mínimo «... combustión parcial de ciertas prendas de vestir y la estructura de un somier metálico...», pero ello no se compadece con las quemaduras que sufrieron las tres personas: Pedro A. quemaduras de primer grado mano izquierda, Manuel E. quemaduras de primer grado en la cara y de segundo grado en mano izquierda y Francisco H. quemaduras de segundo grado en el 8 por 100 de la superficie corporal, quemaduras de segundo grado en cara, manos y pies que precisaron injertos y hospitalización durante 28 días.

Estos datos están palmariamente descalificando las declaraciones de la sentencia sobre la inexistencia de riesgo para la vida o la integridad corporal, y al mismo tiempo, que si no llegan a salir, las consecuencias hubieran sido mucho más graves, pues lo que sí constituye una máxima de experiencia es que el alejamiento del foco del incendio constituye la mejor manera de ponerse al abrigo o de atenuar las consecuencias del mismo.

Es patente que la acción analizada integraba todos los elementos que dan vida al delito de incendio del actual artículo 351.

El incendio causado no solo integró un efectivo riesgo, sino que provocó una efectiva lesión en la integridad física de las tres personas que se encontraban en su interior. Hubo un incendio como resultado, que en la medida que causó quemaduras, algunas importantes, sobrepasó la barrera del riesgo para convertirse en efectivo quebranto de la integridad personal, por lo que, además del delito de incendio hubo otro de lesiones, bien que de éste, según se afirma en el Fundamento Jurídico segundo, párrafo segundo de la sentencia, no se dirigiera acusación por el Ministerio Fiscal, ni por lo tanto se refiera a este delito el presente motivo formalizado.

El elemento subjetivo consistente en la volición o aceptación por parte del sujeto activo del riesgo que el incendio por él provocado iba a crear en las personas está presente, pues el acto incendiario contra la chabola se lleva a cabo inmediatamente después de haber visto que las tres personas se ocultan en la misma y cierran la puerta.

Están presentes en el supuesto analizado, se insiste, tal y como este aparece descrito en el *factum*, tanto el elemento objetivo del riesgo para la vida, el material constituido por el hecho de incendiar, como el subjetivo de conocer y querer el sujeto su acción a pesar o precisamente por el riesgo que integraba para la vida y la integridad.

Los hechos debieron ser calificados como constitutivos de un delito de incendio del artículo 531 y no como una acción atípica.

Queda lo referente al tema de la autoría. Al respecto incurre la sentencia en una contradicción flagrante, pues en el *factum* se afirma que fue Awari B. quien empujó el colchón ardiendo al interior de la chabola, lo que se ratifica en el Fundamento Jurídico primero «...no puede considerarse probado que el incendio producido por Awari B. hubiera comportado, por sí, un riesgo...», para afirmar en el párrafo siguientes «...del examen de las pruebas...ése desprende la inexistencia de pruebas directas sobre quien prendió fuego al colchón...». Ciertamente que esta contradicción no se da en el *factum*, pero sólo se referencia para aportar un dato más de lo desafortunado del enjuiciamiento sometido al presente control casacional.

En relación a la autoría, la sentencia excluye en todo caso a los otros dos condenados, Tarik S. y Mohamed K. «...es evidente que aún en el caso de haber sido típica la acción protagonizada por don Awari B., no habría podido reprocharse la misma a ninguno de los otros dos coprocesados...». En este punto, el voto particular discrepante de uno de los Magistrados que compusieron el Tribunal sentenciador condena a Awari B. por el delito de incendio, absolviendo del mismo a los otros dos coprocesados. El Ministerio Fiscal interesa la autoría para las tres personas.

En este aspecto, también debe prosperar el motivo.

En efecto, el *factum* describe una acción concertada y de común acuerdo entre Awari B., Tarik S. y Mohamed K.

Las tres personas absueltas intentan desalojar de la chabola a las otras tres personas, tras encerrarse éstos en su interior, se lanzan piedras sobre ellas, al abrir la puerta Pedro A. por el humo que había dentro, éste ve a Awari B. que empuja un colchón ardiendo al interior, y cuando salen del interior de la chabola, son atacados por los tres más arriba citados. El *factum* no determina la autoría en el lanzamiento de piedras, diciendo simplemente que «...comenzaron a impactar sobre aquéllas una serie de piedras...», ni tampoco afirma quién incendió el colchón, sólo que Awari B. lo empujó al interior de la chabola, y la sentencia concluye no sin alguna contradicción que en todo caso la hipotética autoría del incendio sería exclusivamente de Awari B., pero que como aquél no comportó riesgo alguno, le absuelve.

Declarado ya que la acción analizada integró la figura delictiva del artículo 351 del Código Penal, debemos pronunciarnos respecto de la autoría de dicho delito.

Del propio *factum*, fluye una autoría plural de Mohamed K., Tarik S. y Awari B., explícitamente declarada en el intento de ocupación de la chabola y en la agresión a los ocupantes de esta cuando salieron. Este concierto expreso, debe ampliarse y extenderse a la secuencia intermedia constituida por el lanzamiento de piedras y quema del colchón, aunque sólo lo empujase al interior Awari B.

En efecto la acción analizada se desarrolla en varias secuencias sin interrupción ni fracturas, estando presentes los tres acusados quienes pusieron de consuno sus acciones para el fin común, y en esta situación debemos estimar que los sujetos del apedreamiento de la puerta fueron los tres acusados y que la acción del intento de quema de la puerta fue también ejecutada por los tres lo que resulta compatible con que sólo Awari B. introdujera el colchón en el interior de la chabola, cosa que probablemente no podían haber hecho los tres simultáneamente. Los tres acusados tuvieron un efectivo codominio de la acción, lo que es compatible con que dentro de esa unidad de acción del *iter* delictivo, no todos efectúan conjuntamente todas las acciones.

En este sentido, debemos recordar que el vigente Código Penal ha acentuado el concepto amplio de autor en el artículo 28, que estima autores tanto al que realiza el hecho por sí sólo, como al que lo realiza conjuntamente con otro, con lo que viene a tener consagración legal la doctrina del dominio del hecho como criterio integrador del concepto de autor siempre que esa actividad sea relevante para la ejecución, debiendo ser llevada a cabo, precisamente, en la propia fase de ejecución, por lo que hay una ejecución conjunta. Esta situación es precisamente la que se constata en el caso analizado.

En este sentido podemos citar las SS. de esta Sala de 14-7-1995, 18 de noviembre de 1999, 10 de diciembre de 1999 y 13-3-2001, entre otras muchas.

Deben, pues, estimarse como autores del delito de incendio del artículo 351 del Código Penal, Awari B., Tarik S. y Mohamed K. en los términos que se declararon en la segunda sentencia.

Procede la íntegra estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal. (Sentencia de 12 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 364

### *Bien jurídico protegido y consumación*

Cuarto.—El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley también al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, impugna la concurrencia del elemento típico «riesgo para la salud de las personas». Alega el recurrente que la figura delictiva no se consuma con la administración a los animales de sustancias no permitidas, sino que es necesario que se acredite adicionalmente que se genera riesgo para la salud de las personas, y dado que las sustancias prohibidas han sido detectadas en el globo ocular del animal, víscera que no se comercializa, el riesgo para la salud no se ha producido.

El motivo parte de una defectuosa comprensión del tipo delictivo utilizado. El artículo 364.2.º no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de las saludes individuales» sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores de productos alimentarios de origen animal.

Pues bien para garantizar dicha salubridad del consumo frente a los preocupantes riesgos para la salud derivados de los residuos que determinadas sustancias químicas utilizadas ilegalmente dejan en los productos cárnicos, el legislador adelanta las barreras de protección, sancionando como delito de peligro abstracto la mera administración a los animales de sustancias que han sido prohibidas precisamente por el riesgo que su utilización genera para la salud de las personas. Sanción que se fundamenta en que desde el momento de la administración de una sustancia prohibida a animales cuyas carnes están destinadas al consumo humano, se introduce ya en la cadena alimenticia el producto nocivo y se genera ya el riesgo para la salud de los potenciales consumidores.

Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro abstracto (SSTS 4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000 y 20-1-2001), o si se quiere, un delito de peligro hipotético o potencial —que no es más que una modalidad de peligro abstracto— en el sentido de que lo relevante para su perfeccionamiento es únicamente constatar: a) que se ha administrado la sustancia prohibida, y b) que

dicha prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas.

Pues bien en el caso actual el hecho de que la muestra analizada corresponda al globo ocular –víscera que no se comercializa– resulta irrelevante pues el resultado positivo del análisis lo que revela es precisamente la administración a los animales destinados al consumo del producto nocivo o peligroso, que es lo decisivo para la aplicación del tipo delictivo enjuiciado.

Como ya se ha declarado en reiteradas sentencias de esta Sala (4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000 y 20-1-2001), la administración de Clembuterol cumple los dos requisitos exigidos por el tipo: a) se trata de una sustancia no permitida; b) se trata de una sustancia cuya administración a animales destinados al consumo humano genera riesgo para la salud de las personas, como se ha acreditado pericialmente de modo reiterado. En consecuencia el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 11 de junio de 2001)

### *Suministrar clembuterol a terneros: fundamento y tipo de delito de peligro*

Segundo.–(...) El artículo 346 del Código Penal, vigente con anterioridad al actual de 1995, sancionaba con pena de prisión menor y multa de 750.000 a tres millones de pesetas, entre otras conductas, la del que fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos que los haga nocivos para la salud. El Código Penal de 1995 es más claro con respecto a tales conductas, penando expresamente la administración a animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas. Pero la diferencia no permite afirmar que los hechos enjuiciados en esta causa no estuvieran ya tipificados como punibles en el Código Penal anterior que era el vigente cuando los hechos fueron realizados, pues no hay que forzar la interpretación para entender que la cría industrial de animales para el consumo humano constituye una auténtica fabricación de cosas, que como alimentos, serán utilizados con riesgo para los consumidores si incluyen sustancias nocivas para la salud. La nueva redacción exige que se trate de sustancias no permitidas, pero el clembuterol ya estaba prohibido de administración a animales de explotación y engorde, entre los que se expresaban los de la especie bovina, por el Real Decreto 1423/1987, de 22 de noviembre, prohibición que además había sido incluida en directivas comunitarias europeas. La doctrina discute si el riesgo a que se somete a los consumidores ha de ser abstracto o concreto, para configurar el delito, y a este respecto esta Sala ha calificado en alguna resolución al riesgo preciso para la apreciación de este tipo delictivo de un carácter intermedio de peligro abstracto-concreto equivalente a potencial e hipotético, de tal modo que el delito se perfecciona y consume por el mero hecho de administrar a los animales destinados a consumo humano sustancias que hipotéticamente generen riesgo para la salud de las personas (sentencia de 4-10-1999), en algún otro caso admitiendo que el riesgo preciso sea meramente abstracto (sentencia de 15 de diciembre de 2000) e, incluso, en alguna otra señalando el relieve que la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas ha dado al principio de precaución para garantizar un alto nivel de protección de la salud pública, lo que justifica que se tomen medidas legislativas protectoras de esa salud aun cuando exista incertidumbre respecto a la existencia o importancia de esos riesgos (sentencia de esta Sala de 6 de

noviembre de 1999). Pero hay que expresar aquí que aunque de las finalidades preventivas pueden fundar incluso sanciones penales, los riesgos del clembuterol son conocidos con certeza y han sido constatados en numerosos casos por sus efectos anabolizantes que producen alteraciones hormonales y anomalías graves en el sistema circulatorio de los humanos. Los sufridos por la ingestión de carne tratada con clembuterol por las personas a que se refiere esta causa, aunque no pueda asegurarse que se causaran por animales criados en las fincas dirigidas por los dos acusados, al haberse sacrificado juntamente con los de otra finca cuyo dueño no fue acusado del mismo delito, son exponente claro de los que son resultado de la llegada al cuerpo humano de tal sustancia y permiten afirmar que es sustancia nociva para la salud, con lo que se satisface la exigencia expresada en el tipo penal.

En este caso, constatada la utilización de clembuterol para el engorde de terneros criados en la finca Mas C'an Joandó, administrada y dirigida por los acusados en esta causa N. y M., el primero director de la explotación de la citada finca y el segundo, como se dice en los hechos probados, como director y gerente de Diana, sociedad anónima española de piensos, propietaria y arrendadora de la misma finca, donde los animales a los que se suministraba clembuterol, se criaban y que seguía siendo empresaria de los obreros que allí trabajaban y a la que suministraba piensos y para la que realizaba la atención veterinaria, es claro que tales acusados conocían la administración de clembuterol que ellos mismos decidieron dar a los terneros de engorde con destino al consumo humano. No puede admitirse que las muestras de tal actividad no constituyen prueba contra ellos por corresponder a animales que no fueron vendidos para el consumo, sino individualmente analizados posteriormente. Los nocivos resultados apreciados en una multitud de personas tras consumir carne de animales a los que se había administrado clembuterol y que, como se ha dicho, no puede atribuirse con seguridad en vía causal a los criados por estos acusados al haberse confundido sus carnes e hígados con las de otros criados en finca de otro propietario que también hacía uso de esa sustancia pero que no ha sido acusado, constituyó tan sólo la señal de que tal producto se había usado con nocivos resultados, pero la prueba obtenida posteriormente en la finca dependiente de los dos acusados pocos días después de las intoxicaciones, de cuya realización conocieron y a la que concurrió un perito designado por su empresa es prueba de haberse consumado el delito contra la salud pública, adecuada y suficiente de la práctica prohibida que realizaron y que es bastante para estimar consumado el delito contra la salud pública.

(Sentencia de 20 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 368

### *El transporte de droga es subsumible en la autoría y no en la complicidad*

Octavo.—(...) Conforme a la Jurisprudencia constante de esta Sala, la participación a título de cómplice, llamada también de segundo grado, implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría. El tipo aplicado abarca como conductas típicas de autor, entre otras, el tráfico, donde se incluye generalmente el transporte de las sustancias prohibidas, y en todo caso promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de aquéllas. Según la descripción

antecedente la conducta del agente incide directamente en las descritas en el tipo penal en relación con los autores. Se puede reconocer la participación a título de cómplice en el delito castigado en los supuestos, como señala la Jurisprudencia de esta Sala, de «favorecimiento del favorecedor», lo que supone una colaboración mínima, tal como puede ser la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vende la droga o determinadas funciones de vigilancia, por ejemplo, «pero no cuando existe un previo acuerdo seguido de actos que facilitan la venta de tales sustancias estupefacientes», como es el caso (SSTS de 18-12-1997, 23-7-1999, 2-3-2000 o 24-7-2000).

(Sentencia de 16 de enero de 2001)

### *Rohipnol y Tranxilium son sustancias que no causan grave daño a la salud: doctrina jurisprudencial*

Segundo.—Ahora bien, como indica el Ministerio Fiscal en su escrito tras la impugnación del recurso, la desestimación de su único motivo no debe impedir a esta Sala, habida cuenta de la voluntad impugnativa manifestada por la parte recurrente, apreciar en la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia una indebida aplicación del inciso del artículo 368 del Código Penal en que se penalizan, entre otros, los actos de tráfico de sustancias o productos —tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos— que causan grave daño a la salud y, correlativamente, una inaplicación igualmente indebida del inciso del mismo artículo en que se tipifican los actos que tienen por objeto las demás sustancias o productos de la indicada naturaleza. Ello debe ser así porque los comprimidos que el acusado acababa de vender cuando fue detenido y los que tenía en su poder —«Rohipnol» 2 mg y «Tranxilium» 50 mg— son productos que esta Sala, en SS. de 18-5-1998, 17-11-1998, 1-2-1999 y 29-6-1999, ha conceptualizado no gravemente perjudiciales para la salud. En relación con el «Rohipnol» se encuentran en las tres primeras resoluciones citadas afirmaciones como éstas: «Las benzodiacepinas —conviene aclarar que el Rohipnol es una benzodiacepina de acción intermedia— son fármacos con un amplio margen terapéutico, de modo que pueden administrarse en dosis superiores a las terapéuticas con una relativa seguridad. De este modo, es difícil alcanzar dosis tóxicas que supongan un grave peligro para la vida del intoxicado, siempre y cuando la intoxicación se haya producido sólo por benzodiacepinas».

«Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales». «Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiacepinas 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 benzodiacepinas, es sin embargo, parecida a la que produce la nicotina». En consideración a estas circunstancias y a otras de parecido tenor, la doctrina de esta Sala ha llegado a la conclusión de que el Rohipnol no debe ser tenido por producto gravemente nocivo para la salud a los efectos de la integración de su tráfico en uno u otro de los tipos previstos en el artículo 368 del Código Penal, lo que igualmente ha sido sostenido en la última de las sentencias arriba mencionadas, con respecto al fármaco «Tranxilium» cuyos efectos son equiparables a los del «Rohipnol». De acuerdo con esta línea doctrinal, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y dictar a continuación otra Sentencia más conforme a Derecho.

(Sentencia de 12 de febrero de 2001)

*Tentativa en delito de tráfico de drogas: supuesto en el que acusado sólo va a recoger envío de droga por dinero sin haberlo concertado, habiéndolo hecho un tercero que ofreció el dinero por ir a recoger la droga*

Único.—(...) Es cierto que tiene declarado esta Sala —cfr., entre otras muchas, la Sentencia de 11-5-1998—, con reiterado y constante criterio, que sólo en casos muy excepcionales se presentan formas imperfectas de ejecución en los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes.

Se sostiene en innumerables sentencias que estos tipos penales conforman un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada que difícilmente admiten la tentativa.

Así, en la sentencia de 3 de abril 1997 se expresa que «como delito de tenencia y no de resultado concreto, deviene indiferente para la apreciación del delito del artículo 344, en la modalidad antedicha, que se llegue o no a la realización de una determinada operación de especulación o venta. Y ello porque el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros...». Y en la sentencia de esta Sala, de 4-4-1997, se recoge que la posesión mediata de droga configura la consumación, y así se dice que «es suficiente la posesión mediata con *mera voluntas possedendi*, aunque la cosa poseída no éste incorporada al patrimonio y no tenga la tenencia material en el momento».

Con similar criterio se manifiestan las sentencias de esta Sala de 12 febrero, 1 marzo, 18 abril y 20 de octubre 1997, insistiéndose en que el logro del objetivo o finalidad perseguida no pertenece a la fase de perfección o consumación, sino a la del agotamiento y que tanto remitente como destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga, según el artículo 438 del Código Civil y la puesta a disposición de la mercancía —aunque ésta sea ilícita— equivale a la entrega conforme al artículo 399 del Código de Comercio y además de la posesión inmediata, existe la mediata, en la que es bastante la *voluntas possidendi*, aunque la cosa no lo esté de hecho incorporada. El acuerdo de voluntades y la puesta a disposición determinan la entrega al receptor y la consumación y perfección delictiva, siendo por tanto suficiente, cualquier forma de disponibilidad por espiritual que sea.

Y en los supuestos de envío de la droga o de entregas controladas, la sentencia de esta Sala de fecha 25-9-2000, tras recordar la doctrina de esta Sala, señala que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los que la envían y los que la han de recibir, puesto que en virtud del acuerdo la droga queda sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo ya indiferente, a efectos de consumación jurídica, que estos alcancen la detención física del producto. En consecuencia y a *sensu contrario* cuando no ha existido ese previo pacto o convenio y el acusado no ha concertado el envío, como sucede en el supuesto que examinamos, en el que fue a recoger el paquete que contenía la droga a cambio de percibir una cantidad de dinero que le fue ofrecida por quien realmente había intervenido en ese previo pacto del que surgió el envío de la droga, puede sostenerse la forma imperfecta de la tentativa como ha sido apreciada por el Tribunal sentenciador.

(Sentencia de 16 de abril de 2001)

*Para la consumación no es necesaria la posesión material de la droga, en una operación en la que los acusados tenían que recibirla y no llegaron a poseer gran cantidad de hachís gracias a la intervención de la Guardia Civil. En los supuestos de envío de droga, se produce una consumación anticipada desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte, de acuerdo con lo convenido con el receptor de la droga*

Décimo.—En el primer motivo de casación, por último, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, los recurrentes denuncia la que consideran una infracción, por aplicación indebida, del artículo 368 CP, con el argumento de que no han podido cometer el delito contra la salud pública por el que han sido condenados, en su modalidad de tenencia preordenada al tráfico, por cuanto que nunca poseyeron la sustancia cuyo tráfico determinó la incoación del procedimiento. Tampoco este motivo puede ser favorablemente acogido. La necesidad de afrontar eficazmente con medidas penales un fenómeno delictivo de tanta transcendencia y graves efectos como el narcotráfico ha llevado a la jurisprudencia, en una interpretación rigurosa de los amplios términos con que aparece definido el tipo en el artículo 368 CP, a situar este delito en la categoría de los de consumación anticipada y a establecer, en relación con el mismo, un concepto extensivo de autor. Lo primero —SS. de 30-7-1997 y 11-11-1999, entre otras— se ha concretado en la afirmación de que no es necesaria la detentación material de la droga para la consumación del delito, de suerte que en los envíos a distancia el delito se consuma, siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados —S. de 21-6-1997—, «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». Lo segundo —SS., entre otras muchas, de 19-12-1991, 8-5-1997, 28-11-1997, 15-10-1998 y 29-10-1998— ha convertido prácticamente en autores, supuesta la existencia de un *pactum scalaris*, a todos los que se conciertan para la operación de tráfico cualesquiera que sean los actos que concretamente hayan de realizar, porque toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de la ilicitud de la operación en que interviene, debe ser considerado coautor del delito salvo supuestos muy puntuales en que se ha reconocidos la participación en concepto de cómplice. En el caso enjuiciado por la Sentencia recurrida, nos encontramos ante una muy importante operación de tráfico de hachís, impensable si no la hubiese precedido un estudiado concierto entre los implicados en ella —de los que algunos pueden haber quedado en la sombra—, que se consumó tan pronto la droga se puso en manos de los que tenían que transportarla hasta las aguas marítimas de nuestro país y cuyos responsables, en concepto de autores, fueron todos los comprometidos a realizar cualquier actividad que favoreciese o facilitase el consumo ilegal de la misma. Los recurrentes a que ahora damos respuesta, de la misma forma que cuantos acudieron al lugar en que fueron detenidos, fueron autores del delito apreciado en la Sentencia recurrida, aunque no llegasen a poseer materialmente el hachís gracias a la oportuna intervención de la Guardia Civil porque, participando en un delito cuya consumación ya había sido iniciada, se aprestaban, en el momento de ser sorprendidos, a llevar a cabo los actos materiales de ejecución que se les habían asignado con la finalidad de que el delito llegase a su fase de agotamiento. Acaso hubiese sido más exacto decir que los acusados cometieron actos de tráfico —en vez de definir su conducta como «tenencia preordenada al tráfico»— pero esto es algo que evidentemente no empaña la corrección de la calificación jurídica proyectada sobre los actos enjuiciados. No se

aplicó indebidamente a los hechos probados el artículo 368 CP, por lo que el primer motivo del recurso –y con él, éste en su conjunto– debe ser desestimado.

(Sentencia de 1 de junio de 2001)

*Supuestos excepcionales de admisión de la tentativa en el delito de tráfico de drogas. No obstante, el envío de paquetes desde el extranjero conteniendo cocaína, para lo que suministra su dirección y el nombre de un amigo, siendo detenido a su llegada a España, es delito consumado*

Cuarto.–En el último motivo denuncia la inaplicación a los hechos probados de los artículos 3 y 51 y 52 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos, es decir, la consideración de delito imperfecto.

El motivo se desestima. El delito contra la salud pública participa de la naturaleza de delitos de peligro en los que la realización de la conducta típica comporta la consumación del delito. Por ello la admisibilidad de formas imperfectas ha sido objeto de consideración excepcional en la medida en que la conducta que el acusado realizó supone la realización de la conducta típica de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo un criterio contrario a la admisibilidad de formas imperfectas de ejecución en el delito contra la salud pública. El tipo penal que castiga el tráfico de estupefacientes se configura en su estructura como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada en el que basta la realización de una conducta que pueda ser subsumida en los verbos favorecer, promover o facilitar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes para considerar a la acción delictiva consumada, bastando la posesión de la sustancia o su transporte.

La posesión que supone la consumación no precisa que sea material o física, pues nuestro Derecho contempla otras formas de tenencia y así podemos situarnos ante posesiones mediatas o inmediatas, personales o a través de personas intermedias, etc., siendo lo relevante la disponibilidad en la posesión. No entenderlo así dejaría fuera del reproche penal a los grandes traficantes que no tienen un contacto material con la sustancia droga con la que trafican.

Excepcionalmente hemos admitido supuestos de formas imperfectas en la ejecución del delito contra la salud pública cuando el sujeto autor de la conducta típica no ha llegado a tener la disponibilidad sobre la sustancia destinada al tráfico. Concretamente, en la STS de 21-6-1999, se admite una forma imperfecta cuando teniendo intención de realizar una conducta colaboradora en un tráfico de drogas su actuación resultó frustrada nada más comenzar siendo detenido antes de que tuviera disponibilidad, potencial o real, alguna sobre la sustancia (en el mismo sentido SSTS de 26-3-1997, 3-3-1999), quedando excluida de esa posibilidad cuando es el propio acusado quien ha gestionado el envío de la droga o es el destinatario de la sustancia tóxica. En estos supuestos su conducta supone la realización de un acto de promoción y favorecimiento que agrede el bien jurídico protegido al acercar al territorio español la sustancia tóxica con su potencial posibilidad de perjudicar los bienes individuales (en este sentido las SSTS de 29-1-1999 y de 29-1-2001).

En el mismo sentido la Sentencia de 5-3-2001, afirma la posibilidad excepcional de formas imperfectas en la ejecución del delito contra la salud pública, cuando el acusado es ajeno al plan rector de la operación de transporte de la droga, sin la menor

capacidad de incidir en él y con una participación limitada a prestar su contribución como mero destinatario transitorio.

Desde el relato fáctico, el motivo se desestima. El acusado realizó una conducta consistente en ordenar el envío del paquete de la sustancia tóxica para lo que suministra su dirección y el nombre de un amigo. Desde esa conducta controla y posee la sustancia hasta su llegada a España donde es detenido cuando ya había consumado la acción delictiva al poner en peligro el bien jurídico del tipo penal de peligro por el acercamiento de la sustancia al territorio nacional.

(Sentencia de 12 de junio de 2001)

*Consumación del delito: en los envíos de droga por correo el delito se consuma con la posesión mediata, al tener a su disposición la droga el receptor de la misma. Es cooperador quien recibe dinero por recoger paquete con droga, estando el verdadero destinatario esperando en las inmediaciones de la empresa donde se recibió el envío*

Segundo.—En el primero de los apartados del Recurso se denuncia, al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim, infracción, por inaplicación, del artículo 16 del CP.

El autor del Recurso centra su atención en el grado de consumación delictiva y en el título de imputación al sostener, respectivamente, que el Delito lo era en grado de tentativa y que su participación lo fue como cómplice.

Al efecto conviene recordar que, por todas, la Sentencia de esta Sala de 5-4-1999, dice que: «es constante la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 7-10-1994, 1 de febrero y 23-10-1995) que mantiene que los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, tienen la naturaleza de delitos de peligro abstracto de resultado cortado y, por ello, de consumación anticipada, porque, en definitiva, contienen en sí mismos un daño potencial de tal manera que basta la simple posesión de la droga con ánimo de traficar con ella para que esa consumación se produzca, siendo también de destacar que no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata que posibilite, aunque sea de modo indirecto y a través de otros, su venta y subsiguientes ganancias. Y es que este razonamiento, con independencia de la doctrina jurisprudencial, aunque con apoyo de ella, la entendemos de pura lógica en el ámbito general del tráfico, pues los grandes traficantes, culpables máximos de esa lacra social que representa el consumo de drogas, normalmente no poseen, ni tienen para sí de forma directa, esos productos objeto de un negocio. Por ello, y en relación con el supuesto enjuiciado, y aunque se tratase de una entrega controlada al conocer o sospechar la policía de antemano que el paquete contenía droga, el recibo de la misma por el encausado es circunstancia o hecho suficiente para concluir que la poseyó y, por ende, el delito quedó consumado aunque no tuviera posibilidad de transmitirla a terceros, ni de lucrarse con su venta».

Dicha *praxis* jurisdiccional acomoda la conducta enjuiciada en su seno, lo que descarta la prosperabilidad de la tesis recurrente. Tal determinación, definitivamente se confirma con los argumentos repletos de citas jurisprudenciales que, al efecto, emitió la Audiencia Provincial en su fundamento jurídico primero y que se dan por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones salvo en —por lo paradigmática que resulta— la referencia a «los supuestos de envíos por correo —ver Sentencias de 27-9-1993, 23-12-1995 y 23-4-1996, entre otras muchas— en las que el sujeto destinatario no ha alcanzado la posesión de la droga, ni es aducible cualquier forma de

disponibilidad y, sin embargo se produce la posesión mediata. La disponibilidad puede provenir de muy diversas situaciones, desde la posesión material a la posesión espiritual que comprende la posesión a distancia. El acusado tenía a su disposición la droga desde que se le notificó donde tenía que buscarla y en igualdad los casos de remisión por correo. La ha tenido en su poder aunque sea breve plazo. La infracción se ha consumado y debe estimarse perfecta en su ejecución».

Respecto a que debió entenderse al inculcado como autor, según consideró la Sala de instancia, y no simplemente como cómplice del delito de tráfico de que se trata, los propios hechos probados ponen de manifiesto la autoría o coautoría del encausado cuando describen que «sobre las 19.10 horas del día 13 de noviembre se personó en la empresa mencionada, quien resultó ser el procesado Juan Carlos P. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, para recoger el paquete, quien llevaba un papel manuscrito, supuestamente realizado por la destinataria con su DNI, del que llevaba una fotocopia, que había sido confeccionado por él, por indicación del procesado E., quien le iba a abonar treinta mil pesetas por recoger el paquete, aguardándole en el exterior de la empresa en un taxi con el que se habían desplazado allí. Una vez firmó Juan Carlos el albarán de entrega, fue detenido por los funcionarios de aduanas que vigilaban en la empresa, comprobando al salir de ésta que E. se había marchado del lugar. Horas después se procedió en el Juzgado de guardia, en presencia de Juan Carlos y del Letrado designado de oficio, a la apertura del paquete, que contenía un libro precintado de Robin Hood, desprendiéndose un fuerte olor a pegamento, no dando positivo tanto a cocaína como heroína al aplicarle un narcotest en un polvo blanco extraído de las pastas. Una vez analizado, con los medios técnicos precisos, en la Dirección General de Farmacia, se comprobó que en las pastas del libro había un polvo blanco que resultó ser heroína, con un peso de 248,4 gramos y una riqueza del 67 por 100, con un valor en el mercado ilícito de tres millones y medio de pesetas».

Dicho relato evidencia que en ese tráfico intervino, al menos en calidad de cooperador necesario, el ahora recurrente quien, además, habría de recibir una cantidad de dinero como contraprestación a una cooperación sin la cual la entrada en el mercado ilícito del producto intervenido no hubiera nunca podido producirse al tratarse precisamente de la persona que recibió directamente la mercancía a través de un paquete postal. Por tanto es correcta la decisión de la Sala al condenar por un delito consumado y no en grado de tentativa según la doctrina sentada en sentencias, como las de 7-10-1994, 23-10-1995 y 5-4-1999, entre otras, así como la imputación a título de autor como cooperador necesario, del acusado pues –según recuerda la resolución de instancia– de acuerdo con la narración fáctica y la doctrina jurisprudencial que reseña «los actos concretos de ejecución delictiva realizados por los citados procesados, en relación con el ilícito tráfico de drogas enjuiciado, consistentes no sólo en el desplazamiento a las dependencias de las empresas de transporte-postales para recoger los paquetes llegando a recogerlos y detentarlos, aunque fueran por breve espacio de tiempo, sino en la utilización y preparación de documentación a nombre de terceras personas junto con el procesado E., como se ha relatado, no pueden entenderse accesorias e innecesarias para la perfección delictiva», ya que «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 voluntad, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido el resultado producido (sentencias de 28-1-1991 y 22 de noviembre de 1990)».

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

### *Supuestos de atipicidad por la irrelevancia de la conducta respecto al bien jurídico protegido*

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado, respecto de tales dos delitos, eximente completa, bien la del número 1.º del artículo 20, bien la de su número 3.º.

Vamos a referirnos aquí sólo al delito contra la salud pública, por el que condenó la audiencia, dejando para después (motivo 2.º) el relativo al delito de imprudencia.

De acuerdo con las alegaciones del Ministerio Fiscal entendemos que no existió el delito de los artículos 368 y 369.1.º CP, lo que nos excusa de examinar si tenía o no que haberse aplicado la mencionada eximente completa.

Pese a la amplitud de los términos utilizados por el artículo 368 CP para definir el delito contra la salud pública en relación con las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia de esta Sala, de modo muy reiterado a partir del año 1993, viene considerando la inexistencia de delito en determinados supuestos en que concurren particulares circunstancias relacionadas con la mínima cuantía de la droga, con la adicción de todos los implicados o con las relaciones personales entre quien la suministra y quien la recibe, por razones que se vienen expresando con argumentos diferentes que podríamos reducir a dos:

1.ª La insignificancia del hecho que se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, la salud pública.

El Derecho penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido.

Esta infracción del artículo 368 CP es un caso más de delito de peligro y de consumación anticipada en que el legislador, a fin de dar mayor protección al referido bien, la salud pública, ante la gravedad y gran repercusión social que estas infracciones tienen, ha colocado la barrera de la punición penal en un momento anterior al de la producción del daño, decidiéndose a sancionar como delitos consumados conductas que, en otros supuestos, sólo podrían conceptuarse como tentativa o incluso como actos preparatorios. Pero esta configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante).

2.ª Entendiendo, desde una perspectiva subjetiva, que el delito del artículo 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la voluntad del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica, voluntad que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica.

Aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciando sentencias absolutorias:

1.º El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en

malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabitación, o en supuestos similares.

2.º La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune.

3.º Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido.

4.º Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias.

Tales criterios aparecen en muchas sentencias de esta Sala, en las que también se habla de la desproporción de las penas, particularmente abundantes desde 1993. Podemos citar las siguientes: 25-5-1981, 12-7-1984, 6-4-1989, 28-6-1991, 2-11-1992, 19-12-1992, 4, 22 y 24-2-1993, 29-5-1993, 3 y 7-6-1993, 2 y 15-7-1993, 6 y 27-9-1993, 6 y 18-10-1993, 9-2-1994, 3-6-1994, 16-7-1994, 10 y 25-11-1994, 25-1-1996, 16-9-1996, 28-10-1996, 22-1-1997, 20-7-1998, 13-2-1999, 3-4-2000 y 29-9-2000. Sin embargo, hay que advertir sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias, particularmente cuando se hace posible el consumo por personas no adictas o en grupos que, por su número o circunstancias, exceden del ámbito de lo privado o cerrado.

En el caso presente nos hallamos ante uno de estos supuestos excepcionales en que consideramos que no existe ninguno de los comportamientos penados en el artículo 368 CP. Se trata de dos amigos, uno mayor, de 23 años, pero oligofrénico leve (69% CI), y el otro de 15 años, en un suceso ocurrido de forma aislada, que consistió, en definitiva, en compartir un frasco de naranjada con metadona entre ambos, una dosis del tratamiento a que David estaba sometido. Entendemos que esta conducta de David: permitir que el amigo se tome la otra mitad de ese frasco no encaja en ninguno de los casos tipificados como delito en el citado artículo 368, pese a los amplios términos utilizados en su redacción, nada tiene que ver con los supuestos de fomento de consumo ilegal de drogas, que constituye la razón de ser de esta norma penal.

(Sentencia de 18 de julio de 2001)

*Donación a consumidores consistente en dejar un paquete de tabaco teniendo en su interior 32,8 g de hachís y 0,38 de cocaína, en una jardinera cerca de los locutorios del centro penitenciario donde tenían acceso algunos internos, sin que se pueda considerar esa cantidad como mínima y destinada al consumo de adictos, pero al ser tan ínfima la cantidad de cocaína no es aplicable la penalidad relativa a droga que causa grave daño a la salud*

Segundo.—Comenzamos refiriéndonos al motivo 3.º del recurso de Rosa, en el que se alega, por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ, vulneración del derecho a la pre-

sunción de inocencia del artículo 24.2 CE, porque, se dice, no hay prueba de que fuera ésta acusada quien colocara el referido paquete de tabaco que contenía la droga en la jardinera que estaba en los locutorios de la prisión.

La sentencia recurrida –fundamento de derecho 1.º– considera probado este hecho por las declaraciones testimoniales que dos funcionarios del centro penitenciario donde ocurrieron los hechos hicieron en el juicio oral, concretamente los números 006 y 197, según aparece en el acta correspondiente, que ha tenido que ser transcrito mecanográficamente por su autor tal y como aparece en el rollo de esta Sala del Tribunal Supremo, particularmente el último de los dos citados que vio unos movimientos extraños cerca de la citada jardinera, se acercó a Rosa, que disimulaba abrochándose un zapato, le dijo qué había dejado allí, miró en tal jardinera, vio el mencionado paquete que estaba arrugado y se aperció de que contenía una sustancia que parecía hachís. Entonces Rosa le dijo al funcionario que la habían obligado a hacerlo, se puso muy nerviosa y se arrodilló ante él, añadiendo el testigo que se trataba de una jardinera grande, empotrada en el suelo, y que era como si ella estuviera tocando una planta. El otro funcionario, el 006, era el jefe de servicios que acudió allí inmediatamente después conociendo por ello lo que acababa de ocurrir y declaró sobre las circunstancias y emplazamiento del sitio donde tal jardinera se encontraba y cómo allí podían acceder solamente algunos de los internos de confianza, sin poder precisar si entre éstos se encontraba Gabriel.

Así las cosas, y habida cuenta del resultado de los análisis que aparece a los folios 20 y 21, hemos de estimar que la Audiencia Provincial de Barcelona dispuso de prueba obtenida y aportada lícitamente al proceso que consideramos razonablemente suficiente para acreditar la actuación de Rosa en unos hechos delictivos que encajan en el artículo 368 CP, tal y como los narra la sentencia recurrida.

No hubo vulneración del derecho de Rosa a la presunción de inocencia.

Hay que desestimar este motivo 3.º.

Tercero.–En el motivo 4.º de Rosa y en el 1.º de Dolores, por el cauce del número 1.º del artículo 368 CP, aduciendo que se trata de cantidades mínimas de droga que, según jurisprudencia de esta Sala, no permiten que esas conductas puedan quedar encuadradas en esta norma penal, porque iba destinado el paquete a Gabriel, adicto a la droga, para evitarle los sufrimientos inherentes al síndrome de abstinencia.

Cierto que la doctrina de esta sala viene excluyendo del artículo 368 determinadas conductas en casos de cantidades mínimas de droga, destinadas a consumo de quien ya es adicto, en determinados casos excepcionales en que no hay contraprestación económica. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 22-12-1998 que resume esta doctrina, así como las demás que en ella se citan.

Sin embargo, tal doctrina no es aplicable al presente caso, pues no consta que Gabriel fuera una de las personas de confianza de la prisión que tuviera acceso a ese lugar donde Rosa depositó el paquete de tabaco con la droga y porque esa cantidad de treinta y dos gramos de hachís no puede considerarse mínima a los efectos de la aplicación de la referida doctrina jurisprudencial.

Cuarto.–Examinamos aquí los dos motivos primeros del recurso de Rosa que abordan una cuestión a la que también se refiere el motivo 3.º que antes hemos estudiado.

Se dice que no hubo dolo en ella porque no conocía el contenido del paquete aludido.

Entendemos que Rosa conocía que tal paquete contenía droga, porque así se infiere con total evidencia del hecho de que dijera al funcionario que la descubrió que había sido amenazada, poniéndose muy nerviosa y llegando a arrodillarse ante él en actitud de súplica.

Pero es tan pequeña la cantidad de cocaína que había en el paquete que ha de considerarse irrelevante a los efectos de la determinación de la pena conforme el artículo 368. El paquete de tabaco aprehendido contenía 32,8 g de hachís y 0,38 gramos de cocaína, con la particularidad de que el contenido de cocaína se hallaba mezclado con Piracetam, fármaco psico-estimulante de venta en farmacias que se usa como vasodilatador cerebral en los trastornos de alcoholismo y toxicomanía, según aparece en el informe del correspondiente laboratorio que obra a los folios 20 y 21. La muestra número dos analizada tenía un peso de 0,380 gramos, y en la misma había cocaína y el mencionado Piracetam. Nada se dice de la proporción en que uno y otro se encontraban mezclados.

Por tanto, nos encontramos ante un paquete de tabaco que contenía sustancias tóxicas, casi un 99% de hachís y algo más del 1% de otra sustancia que contenía cocaína mezclada con Piracetam. Esta última sustancia ha de tener una consideración semejante al Rohipnol, que es de las que, según doctrina de esta Sala de los últimos años, no causa grave daño a la salud.

Es decir, como de esas tres sustancias (hachís, Piracetam y cocaína), casi la totalidad corresponde al hachís, y como de cocaína a lo sumo había alrededor de un 1% (en todo caso menos de 0,4 gramos), siendo ésta la única de las tres cuyo consumo produce grave daño a la salud, hemos de considerar irrelevante esa pequeña cantidad de cocaína a los efectos de incluir las sustancias aquí aprehendidas en alguna de las dos modalidades que, con penalidad muy diferente, se contienen en el artículo 368 CP.

En conclusión, desde un punto de vista objetivo hemos de considerar que la ínfima cantidad de cocaína contenida en el paquete de tabaco de autos, por su insignificancia, no ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena a aplicar, que ha de ser la prevista en el último inciso del mencionado artículo 368: prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo del valor de lo aprehendido, que aplicaremos en el mínimo legalmente permitido en atención a la pequeña cantidad de las sustancias estupefacientes aprehendidas.

Pero si de la perspectiva objetiva, antes expuesta, pasamos a otra de carácter subjetivo, que es la mantenida por la recurrente en estos motivos, relacionando estos hechos con el dolo como elemento imprescindible en todos los delitos dolosos, hemos de llegar a la misma conclusión.

Rosa tenía en sus manos un paquete de tabaco arrugado que había recibido de Dolores y colocó en la jardinera. Como ya hemos dicho, tenía que conocer que tal paquete contenía droga. Sin embargo, bien pudo ocurrir que ignorase que dentro del mismo podía existir esa pequeña cantidad de cocaína a la que antes nos hemos referido. Ella, según el desarrollo de lo ocurrido, conforme lo narran los hechos probados, no tuvo posibilidad de ver la clase de droga en concreto que contenía ese paquete que acababa de recibir de Dolores.

Adviértase que, cuando el funcionario que sorprendió a Rosa examinó el contenido del paquete, observó en su interior una sustancia marrón que él calificó como hachís. Así lo dijo en el juicio oral y así aparece en el informe que el propio funcionario remitió al jefe de servicios (folio 9). Luego, este jefe de servicios (folio 8), cuando hace el parte dirigido al director, una vez que ya ha examinado el paquete con mayor detenimiento, habla entonces de una bolsita que contiene un polvo blanco.

Ese desconocimiento de Rosa constituye un error sobre un hecho (la presencia de la cocaína en el paquete) que cualifica la infracción, error que impide la apreciación de esa cualificación, según dispone el artículo 14.2 CP sin distinguir entre error vencible e invencible, y es, respecto de ella, un argumento más en el sentido antes expuesto.

Han de estimarse parcialmente estos motivos 1.º y 2.º del recurso de Rosa, lo que, por el razonamiento objetivo antes expuesto, ha de aprovechar a Dolores, conforme a lo que manda el artículo 903 LECrim.

Quinto.—Vamos a examinar unidos los motivos 2.º y 3.º del recurso de Dolores, pues ambos se sustentan en una misma argumentación: Dolores quiso que el paquete de tabaco llegara hasta su hijo interno en prisión para evitarle los padecimientos derivados del síndrome de abstinencia.

En base a tal propósito de la madre de un joven adicto a la heroína, que se ve privado de tal droga precisamente por encontrarse preso, pretende Dolores que se le aplique una circunstancia atenuante. En el motivo 2.º se alega la circunstancia mixta de parentesco (art. 23), que habría de apreciarse aquí como atenuante, mientras que en el 3.º se alega el estado de necesidad como eximente incompleta (arts. 21.1.º y 20.4.º).

A fin de simplificar el tema, baste lo siguiente para rechazar estos dos motivos:

1.º No ha quedado probado que el destinatario fuera Gabriel, interno del que no consta que tuviera la condición de persona de confianza que le permitiera acceder al lugar donde se depositó el paquete que contenía la droga, lugar al que sólo podían llegar los encarcelados con destinos en exterior y comunicaciones, que eran muy pocos, unos 6 ó 10 entre un total de 250 según declaró el jefe de servicios en el juicio oral.

2.º Gabriel era heroinómano y el contenido del paquete, aparte de una ínfima cantidad de Piracetam, que como psicotrópico quizá pudiera tener algún efecto beneficioso para el síndrome de abstinencia relativo a los estupefacientes derivados del opio, el resto era hachís en casi un 99%, además de otra pequeñísima cantidad de cocaína, como venimos diciendo.

En conclusión, no parece que ese posible envío de la madre al hijo, utilizando el vehículo de la novia de éste, fuera para aliviar al interno en su condición de toxicómano.

(Sentencia de 12 de septiembre de 2001)

*Guardar droga en el propio domicilio para que otros trafiquen con ella no es acto de encubrimiento sino consumación, ya que se favorece o facilita dicho tráfico*

Tercero.—(...) Evidentemente, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, no nos encontramos ante un caso de delito de encubrimiento del artículo 451.2.º CP. Podemos admitir que Pablo «ocultó» la droga en su casa en interés del verdadero traficante: actuó «ocultando los efectos del delito», como dice tal norma penal (451.2.º); pero esa intervención no se produce con posterioridad a la ejecución del delito, como requiere el párrafo inicial de ese artículo 451 para que pueda existir esta figura de encubrimiento, ahora independiente, lo que antes aparecía como una modalidad de participación en los artículos 12 y 17 CP anterior.

Quien posee la droga para traficar con ella está ejecutando el delito del artículo 368 mientras tal posesión dura. Nos encontramos ante un delito que tiene una ejecución prolongada en el tiempo, de modo que cualquier acto de auxilio realizado por otra persona en ese tramo temporal nunca podrá considerarse delito de encubrimiento, por falta del mencionado requisito cronológico exigido por tal párrafo inicial del artículo 451 («con posterioridad a su ejecución»). El delito de posesión de drogas

para el tráfico no termina de ejecutarse (o consumarse) sino cuando cesa esa posesión (SS. 10-3-1996, 10-5-1996, 11-11-1997 y 13-5-1998).

Esta sala en alguna ocasión excepcional ha estimado encubrimiento en esta clase de delitos cuando la actuación de ocultación (o de inutilización) se produce en el mismo momento en que una persona se deshace de la droga y la destruye, como ocurre cuando se tira por el váter. Véanse las sentencias de 25-6-1993, 16-12-1994 y 9-12-1999.

No puede hablarse de encubrimiento respecto de quien, tal y como dice Pablo que él participó en el hecho, guarda la droga para que sea otro quien la venda.

El tribunal de instancia no estimó probado que los hechos ocurrieran de esta forma, pero es que aunque así hubieran sucedido, también habría de aplicarse el artículo 368, nunca el 451, sin que exista posibilidad de bajar la pena de prisión impuesta, que lo fue en el mínimo legal permitido al concurrir la agravación específica del artículo 369.3.º (9 años), siendo la multa muy próxima también a ese mínimo.

Con lo antes expuesto damos respuesta también a lo alegado en el motivo 4.º, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 849.1.º, de modo sucinto y con remisión expresa a lo dicho en los motivos anteriores, se afirma que hubo infracción de ley en relación con los mencionados artículos 368, 369.3.º y 451.2.º

Rechazamos así los motivos 3.º y 4.º

(Sentencia de 16 de octubre de 2001)

*Constituye delito consumado el encargar a otros que realicen viaje y traigan droga, siendo detenidos éstos en aeropuerto, teniendo posesión de la misma el organizador de la compra desde que los intermediarios la adquieren*

Cuarto.—El motivo segundo de este recurrente, se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de los artículos 16 y 62 del Código Penal, en relación con los artículos 368 y 369.3.º del Código Penal, por considerar que los hechos son constitutivos de un delito contra la salud pública en grado de tentativa.

1. Sostiene que en el caso que nos ocupa, la sustancia estupefaciente fue intervenida o interceptada antes de tener a su disposición el receptor, por lo que no cabe sino pensar que habiendo tenido la disposición del mismo y al no haber llegado nada más que a presentarse con el ánimo de adquirirla, siendo imposible la obtención de la misma, podríamos estar ante una tentativa.

2. El contenido estricto del hecho probado, es el punto de partida que hemos de tomar para analizar la viabilidad del motivo esgrimido por la parte recurrente. La afirmación fáctica, que afecta al acusado que formaliza el motivo, es irrefutable. En ella se declara que es precisamente el recurrente el que, tomando la iniciativa, encarga a los otros dos acusados que realicen el viaje, adquieran la droga y que se la entreguen a su llegada al territorio nacional. El papel protagonista y directo del recurrente, se resalta a lo largo de la sentencia considerándole, como verdadero artífice del delito y el que indujo a los otros dos acusados, para que cometieran el mismo.

Con este bagaje fáctico, es imposible construir la alternativa que pretende el recurrente, ya que no existe duda sobre su papel preponderante y decisivo sin que los otros dos acusados, puedan ser considerados como iguales o superiores en el cuadro organizativo. Su conducta se ajusta de manera irrefutable a su condición de

director e inductor de la operación, que culminaría con la entrada de la droga en territorio nacional.

3. Asimismo tiene la consideración de autor directo y material, al decidir una operación que, si culminaba con éxito, tal como se había diseñado, habría ocasionado un daño incuestionable al bien jurídico protegido que no es otro que la salud pública. Los que ostentan una posición dominante o decisoria en una operación de tráfico de drogas, no suelen entrar en contacto material con la misma, hasta que se realiza toda la actividad necesaria para adquirirla, transportarla y recibirla, procediendo a su distribución material y tráfico. Como es de sobra sabido, el delito contra la salud pública que se tipifica en el artículo 368 del Código Penal, es un delito de peligro que se consuma desde el momento en que se entra en posesión de la droga, bien de una manera directa y personal o bien de manera mediata a través de intermediarios a los que se encarga se transporte. El principal artífice de este hecho, es incuestionablemente el acusado recurrente, por lo que la consumación, para el mismo, se produce en el momento en que los correos, cumpliendo lo convenido, entran en contacto y posesión de la droga e inician el transporte que se les había encomendado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 369.1

*Alcance del tipo consistente en introducir o difundir droga en establecimiento penitenciario: la escasa cantidad de droga introducida excluye la posibilidad de propagar y extender la droga entre reclusos*

Quinto.—Procede en cambio atender la impugnación articulada por el recurrente, referente a la indebida aplicación del artículo 369.1.º del CP.

En tal subtipo agravado se comprenden dos conductas: las de introducción de drogas en un Centro Penitenciario y las de difusión de estupefacientes en tal tipo de establecimientos.

El supuesto del subtipo de mera introducción de sustancias alucinógenas o psicotrópicas en el Centro Penitenciario se configura como delito de resultado, que se consuma con la penetración del estupefaciente en el Centro, aunque no hubiese llegado a distribuirse entre los internos, y que no opera, ni es apreciable si la droga es interceptada en los controles de entrada de la cárcel (SS. de 27-2, 2-6, 7-9 y 19-10 de 1990, 13-7, 18-11-1992, 6-10-1993 y 28-11-1994).

En cuanto al supuesto del subtipo, de mera difusión se ha estimado por una línea jurisprudencial (SS. 30-10-1992, 6-10-1993 y 8-4-1996) que se trata de un delito de resultado, que exige la concurrencia de una actividad de extender y propagar la droga entre los reclusos, y por otra corriente jurisprudencial (SS. 12-2-1994 y 25-3-1997), se ha considerado integrante del subtipo del artículo 369.1.º del CP la mera posesión de droga en el Centro Penitenciario, con potencialidad difusora, sin requerirse la existencia de concretos actos de transmisión.

Es finalmente, doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencias de 25-4-1991, 21-3-1992 y 6-10 y 31-11-1993, la que excluye la aplicabilidad del subtipo agravado consistente en el tráfico de estupefacientes en Centro Penitenciario, cuando la cantidad de droga alijada es tan reducida que hace prácticamente imposible la difusión.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, la impugnación del recurrente referente a la aplicación del artículo 369.1.º del CP debe acogerse y el recurso estimarse parcialmente, ya que, no cabe subsumir los hechos enjuiciados en el supuesto de introducción de droga en Centro penitenciario que contempla el subtipo, por no constar en la narración histórica que A. hubiese tomado parte en la entrada en la cárcel de Tarragona de la heroína introducida, y tampoco cabe subsumir los hechos en el supuesto de mera difusión, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se cita en último lugar, dado que la mínima cantidad de heroína poseída por Antonio A. C., ascendente a trescientos cuatro miligramos, excluía prácticamente la posibilidad de propagar y extender la droga entre los reclusos.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 369.2

### *Droga que se facilitaba a clientes de pub en la barra o servicios aunque se guardase en la cocina del establecimiento*

Primero.—En el primero de los motivos de casación, que formula el acusado Jesús V. D. lo hace por infracción de ley al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim, al considerar indebidamente aplicado el subtipo agravado, previsto en el número 2 del artículo 369 del CP.

Censura la agravación de ejecutar los hechos «en establecimiento abierto al público», al entender que la cocina, lugar donde se ocupó la mayor parte de la droga, destinada a la comercialización, no se incluye dentro de tal concepto.

Pero lo cierto es que, el recurrente, con interesada miopía, sólo destaca un aspecto de la total conducta delictiva por la que se le condena.

Dicho recurrente llama la atención sobre los estrictos términos del relato fáctico en el que se hace omisión del lugar donde se desarrollaba el ilícito tráfico. Ahora bien, en la fundamentación jurídica de la sentencia (cointegradora del *factum*), se completa, con todo detalle la conducta punible, integrante del objeto procesal.

Una cosa es el lugar, escondrijo o depósito donde se guarda e interviene la mayor parte de la droga, y otra el trasiego, que de dicho lugar al adquirente se producía; hechos acreditados plenamente, y que se desarrollaban en pleno establecimiento, esto es, el sitio a donde accede la clientela y entabla relación con el personal de servicio del «pub».

En el fundamento jurídico tercero se dice textualmente, como algo apreciado directamente por los testigos policías: «que tanto Alfonso como Jesús, al entrar algún cliente y meterse cualquiera de los procesados en el cuartito de cocina, aunque ahora no tenía tal cometido ya que es donde estaba el equipo de música, salía, y bien en la propia barra le entregaba algo y recibía dinero; o Jesús acompañaba al cliente al servicio y luego el cliente se marchaba...».

Más elocuente es el párrafo siguiente (4.ª del primer fundamento jurídico): «Todos los policías que hicieron las vigilancias refieren que veían cómo sacaban la droga del cuartito y la entregaban fuera, o en la barra o en el servicio; no que los clientes entraron al interior de la cocina...».

Segundo.—Centrados los hechos, en los términos antedichos, es cierta, pero inaplicable al caso, la doctrina de esta Sala, que entiende que la cocina de un bar o

«pub», como lugar en el que únicamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SS. 20-12-1994 y 19-12-1997, etc.). Precisamente, la ratio agravatoria, estriba en las facilidades que ofrece un establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, en el que, parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso y entrada al mismo de cualquier persona.

En el caso de autos la droga se difundía, entre los clientes, por lo que el subtipo agravado es enteramente aplicable.

El motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 5 de abril de 2001)

### ARTÍCULO 369.3

#### *Cantidad de notoria importancia: 2 kilos de hachís, careciendo de importancia su grado de THC*

Primero.—(...) Es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la sentencia de 12-1-2000, que la agravante específica de notoria importancia, cuando se trata de hachís, será apreciable cuando la cantidad objeto del delito excede de los 1.000 gramos.

Igualmente tiene declarado esta Sala —confrontar Sentencia de 23-7-1999— que una vez determinado que se trata de hachís (como ocurre en el caso que nos ocupa), poco importa su contenido concreto de tetrahidrocannabinol, y en estos supuestos habrá que considerar como cantidad de notoria importancia la detención de 1 kilogramo de la misma, pues —según se ha dicho— resulta irrelevante el porcentaje de tetrahidrocannabinol que la sustancia contenga, mientras que no se corresponda con un cambio de su naturaleza como ocurre cuando el derivado cannábico se presenta en forma de aceite, en cuyo caso la concentración del principio cannabis es superior y, por tanto, la notoria importancia se alcanza con un menor peso, o, inversamente, cuando se trata de griffa o marihuana en que la concentración de ese principio es más inferior, determinando que sea preciso para alcanzar importancia notoria un peso superior (Sentencias de 12 de febrero, 1 de marzo, 17 de abril, 28 de septiembre y 17-10-1996 y 13 y 17-2-1997).

Este criterio se apoya en las características de esta planta ya que la concentración de THC en la droga concreta no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a obra humana sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la más cuidadosa selección de las partes componentes de ella, pues la concentración de THC es mayor en las flores y en las hojas y menor en los tallos.

Este criterio es recogido, con otros términos, en otras sentencias de la Sala como es exponente la de 20 de noviembre de 1997 en la que se dice que «es doctrina de esta Sala que para apreciar la notoria importancia en el hachís no se hace preciso concretar el grado de THC que posee la planta —a diferencia de lo que ha establecido la jurisprudencia respecto a las drogas duras— sino al peso total de la droga intervenida. Y en la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1995 se expresa que a diferencia

de lo que ocurre con la cocaína y 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 de tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contiene 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 ella 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 se alcanza o no el kilogramo que marca la línea divisoria, sino el peso bruto de la sustancia aprehendida, cualquiera que fuese su grado de concentración. En igual sentido, la Sentencia de esta Sala de 30-10-1995 declara que «al lado de drogas como el crack, la heroína, o LSD, existen otras que se utilizan en su forma natural, así los derivados del cannabis sativa o cáñamo índico, que son productos vegetales que se obtienen de la planta misma, sin proceso químico alguno, y a lo más son sometidos a procedimientos de secado o prensado para reducción de volumen y obtención de resina. Tales productos nunca presentan la sustancia activa, el tetrahidrocannabinol (THC) en estado puro y tal principio alucinógeno varía en los diversos productos ofertados al consumo. Así la marihuana, equivalente a la grifa y al kif marroquí, el hachís, que puede presentarse en una mezcla de resina y polvo vegetal en forma de barras, pastillas o comprimidos, o como resina pura, lo que resulta menos frecuente en este tráfico, y finalmente el aceite de hachís o hachís líquido obtenido por sucesivas operaciones de concentración. En estos casos el dato de concentración de sustancia pierde interés cuando, como en este supuesto, se trata de una sustancia de no grave daño y además viene ya identificado por su nombre clasificador a efectos de concentración, como hachís o resina de cannabis».

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

*Legalidad del subtipo abierto de cantidad de notoria importancia de tráfico de drogas, completado por la interpretación jurisprudencial. No vulneración del principio de legalidad penal*

Segundo.—El principio de legalidad penal supone, al menos, una triple exigencia: la existencia de una ley, que sea anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, *lex scripta, praevia y certa*, que en todo caso proscriba la aplicación de la analogía dentro del campo del derecho penal (SSTC 133/1987, 3/1988, 111 y 372/1993, entre otras).

La tercera de las exigencias mencionadas, *lex certa*, tiene que ver directamente con la cuestión planteada relativa al subtipo abierto del artículo 369.3 CP, pues la consideración de la notoria importancia es un concepto normativo indeterminado a llenar mediante el ejercicio de su aplicación por los Tribunales.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas S. del Pleno 105/1988, de 8-6, que resuelve diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas por supuesta inconstitucionalidad del artículo 509 CP/1973 señala que «es cierto asimismo que el cumplimiento del mandato del artículo 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formu-

lados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales».

Pues bien, la Jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 11-11-1989, 5-10-1990, 31-12-1991, 17-5-1994, 30-10-1995 o 10-7-1998) ha venido señalando al respecto, cuando se ha planteado el problema de la constitucionalidad del subtipo agravado mencionado, como acaece con otros tipos abiertos incluidos en el CP, que las normas de esta naturaleza deben ser completadas «por la interpretación jurisprudencial que de ella se haga teniendo en cuenta las necesidades punitivas que requiera cada momento histórico para hacer la adecuada y mejor defensa de la sociedad que es, en definitiva, el sujeto pasivo que sufre las gravísimas consecuencias del tráfico de drogas...», no pudiendo entenderse que dichas normas conculquen los principios de legalidad y seguridad jurídica habida cuenta que «el Legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de *numerus clausus*, tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente gravosas para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico, y ello teniendo en cuenta la fluctuación que, en períodos no muy largos, sufre el mercado de esos productos, el consumo de los mismos, que muchas veces se debe a la moda de cada momento, y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial» (STS de 25-11-1996).

La cuestión, en última instancia, desde una perspectiva rigurosa de legalidad y seguridad jurídica consiste en interpretar y fijar el alcance de las normas «abiertas» constitucionalmente, es decir, estableciendo cauces estrictos de certeza en su aplicación, lo que corresponde indudablemente al Tribunal de Casación, considerando en el caso la distinta naturaleza de las sustancias, peso, proporción de principios activos, mayor o menor peligrosidad de su consumo, lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha delimitado cuidadosamente (por última vez en el acuerdo de Sala General de 5-2-1999).

En relación con la cocaína se considera cantidad de notoria importancia si se superan los 120 gramos de sustancia base, aun después de la entrada en vigor del CP de 1995. El hoy recurrente transportaba en fecha 6-10-2000, 1.918,6 gramos, con una riqueza base del 43,8%.

El submotivo debe ser desestimado.

Tercero.—El principio de proporcionalidad, que como el derecho a la legalidad penal, opera, en primer lugar y ante todo, frente al Legislador (STC 136/1999, de 20-7), conlleva que la gravedad de la pena fijada por éste debe ser proporcionada al delito cometido. Utilizado en sus orígenes en relación con las medidas de seguridad, donde no juega la culpabilidad, hoy también se considera necesaria su aplicación a las penas. En abstracto, la proporcionalidad debe estar en función de la importancia o gravedad del hecho delictivo, nocividad social del mismo, sirviendo a los fines de prevención general y especial de la pena.

Como señala la STC citada más arriba, en materia penal la falta de adecuación señalada puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito, que es la desproporción en sentido estricto, afectando al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE), con independencia de que, en conexión con el mismo, puedan resultar lesionados otros derechos. Sigue diciéndonos el Tribunal Constitucional que el Legislador, en el ejercicio de su «potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos

penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo», «goza, dentro de los límites establecidos dentro de la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional, y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática... De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad... para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena...», entre los que se citan los de prevención general y prevención especial. «Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de detención y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (además de la citada, SSTC 55/1996 y 161/1997).

La norma aplicada tiene como finalidad la preservación de bienes o intereses colectivos constitucionalmente legítimos cuyo daño suscita una acusada nocividad social, que rebasa la frontera de los Estados, no cuestionándose la respuesta punitiva o conminación consistente en la privación de libertad, de forma que el Legislador ha establecido su duración conforme a los parámetros mencionados anteriormente.

Por todo ello también este submotivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 26 de febrero de 2001)

*Cantidad de notoria importancia de éxtasi: a partir de 200 dosis, si bien la forma de determinación del concepto dosis no debe confundirse con pastilla o grajea.*

Segundo.—En el segundo 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 369.3.º del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que al no establecer la cantidad de miligramos que conforman una dosis, no ha podido concretar el número de dosis contenidas en los 34 gramos incautados a este acusado y por ello ha apreciado indebidamente la agravante específica de cantidad de notoria importancia.

El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él queda perfectamente determinado que la sustancia estupefaciente intervenida al acusado lo fue de 1.000 pastillas de MDMA (éxtasis), con una riqueza expresada en MEMA-LLH de 10,6% y un peso total de 317,677 gramos. La sentencia de instancia recoge, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, la doctrina de esta Sala para apreciar la agravante de cantidad de notoria importancia cuando se trata de anfetaminas, éxtasis y psicotrópicos semejantes si se superan las doscientas dosis y que para ello se tendrá en cuenta el porcentaje de anfetamina en cada comprimido y específicamente de principio activo y como posición más favorable al reo se señala la de 150 mg, y como dosis recreacional la de 120 mg, alcanzando la conclusión de que la suma intervenida, dada la cantidad en gramos y la riqueza o sustancia activa, se superan los 30 gramos y en consecuencia se sobrepasa, en más, el límite de las doscientas dosis.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala (cfr. sentencias de 10-7-2000 y 14-7-1999) que para la fijación de la agravación ha de atenderse también a criterios cua-

litativos y no a exclusivamente cuantitativos. Es preciso constatar el grado de pureza de la droga y, consiguientemente, reducir de la sustancia intervenida aquello que no responda a principios tóxicos que agreden al bien jurídico protegido. Sobre el contenido tóxico de la sustancia es preciso, a continuación, determinar las cuantías que puedan integrarse en la agravación. Con relación a la sustancia MDMA y MDEA, hemos declarado que la dosis tóxica radica entre los 30 ó 50 mg y los 100 y 150 mg, señalándose como dosis recreacional la de 120 mg (SSTS 2-6-1995 y 28-4-1999), y se añade en esa sentencia que son 200 dosis tóxicas lo que jurisprudencialmente se ha declarado para integrar la notoria importancia y estas 200 dosis no deben ser confundidas con pastillas o grageas, sino que se integran con la dosis tóxica recreacional de consumo. Y en la Sentencia de 14-5-1999 se expresa que «ciertamente la doctrina de esta Sala, para las anfetaminas, éxtasis, LSD y sustancias psicotrópicas semejantes, viene aplicando la cuantía de 200 dosis tóxicas como el límite mínimo a partir del cual se puede apreciar la agravación específica por la cantidad de notoria importancia... pero el concepto de dosis tóxicas no puede equipararse al de comprimidos, grageas o pastillas, que pueden variar en cuanto a su tamaño y en definitiva en cuanto al contenido de su principio activo, que es el que determina la toxicidad del producto correspondiente. El problema radica en concretar qué cantidad de ese principio activo se exige para integrar una dosis tóxica. En nuestras sentencias se habla de entre 30 y 100 miligramos o entre 50 ó 150 miligramos. Concretamente con relación al éxtasis, la citada sentencia de 2-6-1995, en beneficio del reo, adoptó como módulo la cantidad máxima de las citadas, 150 miligramos... es decir, con la cuenta indicada las referidas 200 dosis se alcanzan con 30 gramos...».

Conforme con la doctrina jurisprudencial que se ha dejado expresada e incluso siguiendo el criterio que pudiera considerarse más beneficioso para el recurrente, el motivo no puede prosperar ya que, como se ha dejado señalado, este recurrente era poseedor para el tráfico de cantidades que superaban los 30 gramos puros de MDMA (éxtasis).

(Sentencia de 17 de septiembre de 2001)

*Cantidad de notoria importancia: aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 19-10-2001: 500 dosis de consumo diario estimado del adicto medio y 750 gramos de cocaína*

Primero.—(...) En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 19-10-2001, se tomó el acuerdo de considerar que la agravante específica de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3.º del artículo 369 del Código Penal se ha de determinar a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario de la sustancia de que se trate.

Siendo el de la cocaína de 1,5 gramos al día según el Instituto Nacional de Toxicología la notoria importancia existe para esta droga a partir de los 750 gramos. Por lo que en este caso, en que se trata de una cantidad inferior a la expresada, forzoso es —en aplicación del acuerdo referido— desestimar el recurso del Ministerio Fiscal.

El recurso del Ministerio Fiscal por lo expuesto se desestima.

(Sentencia de 31 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 370

*Conductas de extrema gravedad: criterios para su concreción. Relación con la exigencia de lex certa del principio de legalidad, lo que supone una interpretación restrictiva. Inaplicabilidad a las personas que actúan al servicio de otras*

Tercero.—En el motivo 2.º, por el cauce del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega aplicación indebida del artículo 370 CP en cuanto que la sentencia recurrida aplicó al caso la cualificación de «extrema gravedad» a que se refiere el inciso primero de tal norma penal.

Argumentamos la estimación de este motivo en la forma siguiente:

A) Nos hallamos ante un concepto, «extrema gravedad», sumamente indeterminado, por lo que suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex certa*, de tal modo que algún autor ha afirmado su inconstitucionalidad por no respetar dicho principio reconocido en el artículo 25 de nuestra Ley Fundamental.

Sin compartir tan radical postura (véanse las sentencias del SSTC 105/1988, 69/1989 y 150/1991, entre otras), sí hemos de decir que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal.

B) En tal línea de interpretación restrictiva, entendemos que no basta una exacerbación en la cantidad de la droga de que se trate para aplicar la agravante penal aquí examinada (Sentencias de esta Sala de 17-7-1993, 21-4-1994 y 14-3-1995).

El legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado, la del número 3.º del artículo 369 (cantidad de notoria importancia) y sobre ésta podría haber establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad, sino de extrema gravedad refiriendo este concepto a las conductas definidas en el artículo anterior (también a las del número 3.º). Entendemos que, ante tal forma de expresarse («conductas... de extrema gravedad») hemos de examinar en cada caso cada uno de los comportamientos concretos de los distintos acusados, si hubiera varios, y siempre en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos que lo conformen, objetivos y subjetivos, todos aquellos que nos puedan conducir a reputar una conducta personal como más o menos reprochable, por el acto en sí mismo o por la implicación de cada cual en dicho acto, para situar la extrema gravedad en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en esta clase de conductas, ya de por sí graves por referirse a las del artículo anterior (art. 369) que ordena imponer las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el que le precede (art. 368).

C) Uno de los argumentos que utilizan los condenados para oponerse a este recurso del Ministerio Fiscal es el de que nos encontramos ante un derivado del cáñamo índico, el hachís, es decir, ante una sustancia estupefaciente que pertenece al grupo de las que no causan grave daño a la salud (inciso último del art. 368).

Se dice que una droga, cuyo consumo por el hombre no causa grave daño a la salud, nunca podría ser objeto de un delito al que se le asignan penas muy superiores precisamente por su extrema gravedad.

Para la medición de tal extrema gravedad, afirman los recurridos, habrá de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido en las normas penales que ahora nos ocu-

pan, la salud pública, y por ello nunca podría considerarse de extrema gravedad un comportamiento que se refiere a un objeto que por sí mismo no causa tal grave daño.

Argumento en verdad muy sugestivo, pero que no compartimos, porque el concepto de extrema gravedad, como ya hemos expuesto, se refiere, no al objeto, sino a las conductas definidas en el artículo anterior, y todas estas conductas del 369 son indudablemente graves, en cuanto que constituyen delitos sancionados con penas importantes, multas de muy elevada cuantía y privación de libertad de varios años de duración, y ello aunque se refieran a estupefacientes que no causan grave daño a la salud.

Es tan importante el bien jurídico protegido, la salud de las personas, que las conductas que lo ponen en peligro se consideran graves aunque el daño que pudiera ocasionarse haya de estimarse no grave respecto del efecto inmediato que su consumo puede producir en una persona, pues el daño que a la salud pública puede causarse en su globalidad se reputa siempre grave por su posible afectación a una multiplicidad de sujetos pasivos. El legislador quiere evitar la generalización de un hábito contrario a la salud acudiendo a la aplicación de unas penas para quienes trafican al respecto, que se agravan cuando el mal puede extenderse por la importante cantidad a la que tal conducta se refiere. Conocemos que la punición de estas conductas relativas a sustancias que no causan grave daño a la salud es una cuestión polémica, pero el legislador español, hoy por hoy, ha optado por tal punición, y de tal realidad, que hemos de respetar (art. 117.1 CE), hay que partir para interpretar la norma penal que ahora nos ocupa.

En conclusión, entendemos que, como el propio legislador considera conductas graves determinados hechos relativos al hachís, sobre esta gravedad se puede construir el concepto de «extrema gravedad» que estamos examinando.

D) En esa línea de interpretación restrictiva, razonada en el anterior apartado B), lo difícil es concretar qué elementos (objetivos y subjetivos, como ha quedado dicho) han de tenerse en consideración para conformar esa «extrema gravedad». En general, podemos decir que cualesquiera que pudieran ser constitutivos de una reprochabilidad en grado extremo pueden servir para definir el concepto que aquí examinamos, considerando como conductas de extrema gravedad aquellas que la sociedad reprocha en grado sumo.

Examinemos algunos de ellos referidos al hecho en sí mismo y a la participación concreta de cada sujeto:

1. Aunque no único, como ya hemos dicho, el criterio de la cantidad, ha de ser considerado imprescindible en estos casos. Si de cantidades pequeñas o normales se tratara, parece claro que nunca habría de aplicarse la agravación de segundo grado a que nos estamos refiriendo.

2. Otro criterio para la valoración de tal «extrema gravedad» puede ser el de que concurren en el supuesto varias de las conductas relacionadas en el artículo 369. Sin embargo, la del número 6.º (pertenencia a una organización, aun transitoria) parece que poco puede añadir a la reprochabilidad del hecho, pues, se pruebe o no su existencia, es lógico pensar que una organización siempre ha de existir para traficar con droga en las cantidades extremas a que nos estamos refiriendo. Así dos sentencias de esta Sala –de 17-7-1993 y 21-4-1994– han negado la aplicación de esta agravación del artículo 370 a dos casos en que se apreciaron conjuntamente las agravaciones 3.ª y 6.ª del artículo 369, relativas, respectivamente, a 3.875 y 17.191 kilogramos de hachís (este último referido a una sustancia con muy poca concentración de THC).

3. Otro elemento que puede determinar un mayor reproche social contra estas conductas, puede ser el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico

ilícito, como ocurrió en otro caso en que se utilizó un remolque frigorífico preparado para transporte de fruta en el que se había construido un departamento aislado donde se ocultaba la mercancía prohibida.

4. Ha de tenerse en cuenta, además, el papel que cada acusado desempeña en el hecho. Los jefes, administradores o encargados de la organización prevista como agravación específica en el número 6.º del artículo 369, en el mismo precepto que estamos examinando, pero en un inciso segundo separado por la conjunción disyuntiva «o», tienen asignada la misma pena con que se sancionan los casos de extrema gravedad. Por ello no puede exigirse tal condición (de jefes, administradores o encargados) para aplicar la agravación del inciso 1.º, pues si así lo hiciéramos dejaríamos a este inciso sin contenido (interpretación abrogatoria prohibida por el citado art. 117.1 CE).

Ahora bien en el lado opuesto de la organización están los meros «peones» a quienes se encomiendan funciones subalternas, que carecen de toda capacidad de decisión.

Entendemos que a estos meros subalternos no cabe aplicar nunca la agravación específica aquí estudiada. A tales personas de último rango la sociedad no les reprocha una «conducta de extrema gravedad» que parece habrá de aplicarse solamente a los jefes, administradores o encargados, por aplicación del inciso 2.º, o a los escalones intermedios por aplicación del 1.º

5. Otro criterio que podría tenerse en cuenta es si se actúa en interés propio a al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En definitiva, repetimos, con estos criterios y otros que la experiencia nos vaya ofreciendo en cada caso, hemos de aplicar esta suma agravación del inciso 1.º del artículo 370 solamente cuando el comportamiento del sujeto concretamente acusado, por sus circunstancias específicas, objetivas y subjetivas, pueda calificarse como reprochable en grado extremo, es decir, como situado al borde o casi al borde de aquello que la experiencia nos ofrece como ejemplo de lo que la sociedad al respecto considera como más dañoso o peligroso, con la doble particularidad ya apuntada: 1.ª No cabe exigir que se trate de jefes, administradores o encargados, a que expresamente se refiere el inciso 2.º 2.ª Cabe también en los casos referidos a sustancias que no causan grave daño a la salud, pues la doble remisión que para la punición hacen los artículos 370 y 369 al 368, determina diversa pena según que exista o no tal grave daño.

Véanse las sentencias de esta Sala de 19-6-1995, 7-12-1996, 20-12-1997, 3-6-2000, 29-1-2001 y 1-3-200, entre otras muchas.

E) Aplicando la doctrina antes expuesta al caso presente, entendemos que no nos encontramos, con relación a ninguno de los tres aquí condenados, ahora recurrentes, frente a «conducta de extrema gravedad» en el sentido ya expuesto:

1. Desde luego entendemos que los 1.699 kilogramos de hachís, máxime cuando tienen una concentración de THC tan elevada como lo es la del 11,30%, constituyen una cantidad de notoria importancia en grado extremo, que cumple esa primera condición que hemos calificado de imprescindible, pero no suficiente, para la aplicación de este primer inciso del artículo 370 CP.

Así debe calificarse una cantidad que supera en más de mil veces la cuantía de un kilogramo que venimos considerando como el límite a partir del cual, en esta clase de presentación del cáñamo índico, el hachís, cabe aplicar al agravación específica de notoria importancia del artículo 369.3.º CP.

2. Sin embargo, falta esa especial reprochabilidad en la vertiente subjetiva del hecho antes referida: no cabe hablar de reprochabilidad extrema respecto de una persona que tiene encomendada una función tan secundaria, en lo que indudablemente

constituye una organización dedicada a esta clase de delitos, como lo es la custodia del importante cargamento de hachís aquí ocupado. Estimamos que constituye la última escala en esa trama criminal y tal comportamiento no encaja en esa superagravación del artículo 370 CP.

En conclusión, tal participación secundaria de los tres recurrentes en los hechos referidos, conforme a la doctrina antes expuesta, nos obliga a estimar este motivo 2.º del recurso de Mohamed T. y también el del mismo número del recurso de Rochedine M. H.

(Sentencia de 10 de julio de 2001)

*Conductas de extrema gravedad: requisitos. En este caso sólo es aplicable a los jefes y organizadores de operación de transporte de cocaína de más de 2.400 kilos.*

Vigesimosexto.—El primer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo 370 del Código Penal de 1995, es decir de la concurrencia de la agravación derivada de tratarse de «conductas de extrema gravedad».

Como han señalado las recientes sentencias de 24-10-2000 y 16 de diciembre de 1999, el problema planteado ha sido objeto de un amplio debate tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial al constituir este subtipo agravado de «extrema gravedad» un concepto excesivamente complejo, no ya sólo por su indeterminación cuantitativa, sino sobre todo por coincidir en todos los casos con la también circunstancia agravatoria de la «notoria importancia», habiéndose indicado, de manera un tanto general, pero también reduccionista, que aquélla debe aceptarse cuando exista en la acción un gran reproche, no sólo penal, sino también social, por constituir el destino mercantil de la droga y su distribución un gravísimo peligro, un peligro fuera de lo normal en el tráfico de estos productos prohibidos.

Como principales puntos de referencia para el análisis de esta cuestión, hemos de indicar los siguientes:

a) Se trata de una figura cualificada de «segundo grado», también denominada por algún autor como una «hiperagrante», pues tanto con ella como con los demás relacionadas en el artículo 370, se produce una nueva agravación sobre las recogidas en el artículo 369.

b) Su interpretación ha de ser, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, pues no cabe duda de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente produce inseguridad jurídica. Esta interpretación restrictiva también nace de la posibilidad que existe con su aplicación, de vulnerar el principio *non bis in idem* en relación con el primer subtipo agravado de la «notoria importancia» recogido en el artículo 368 del mismo Código Penal (Sentencias del TC 105/1988 y 150/1991 y del TS de 11 y 29 de diciembre de 1995).

c) En todo caso, su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto no habla de «extrema gravedad» haciendo depender, además, esta muy relevante gravedad más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la «conducta» observada por los traficantes, pues así expresa y literalmente se dice al emplear la frase «cuando la conducta en él definidas» (las del artículo anterior).

d) De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos. Entre los primeros cuenta, no cabe duda, la cuantía de la droga aprehendida y su pureza, pero a ellos se deben añadir otros elementos sobre la forma de realizarse la acción, como son los instrumentos materiales para llevarla a efecto, la organización previa y, en conjunto, lo que podríamos denominar la «logística» especialmente preparada. En cuanto a lo subjetivo no cabe duda que debe tenerse en cuenta el papel o «rol» que hayan podido jugar los acusados en la operación en cada caso concreto, pues, insistimos, la norma nos habla de «acción peligrosa» y ese peligro no puede achacarse lo mismo a personas que juegan un papel importante y decisivo en la acción delictiva que a aquellos que son simples mandatarios o asalariados. Así a guisa de ejemplo, no se puede aplicar el mismo baremo de peligrosidad o medir por el mismo rasero al capitán del buque que transporta la droga que a un simple marinero aunque sea también componente de la tripulación.

Asimismo la sentencia de 22 de noviembre de 1999, recuerda que como ha señalado una reiterada jurisprudencia (Sentencias 17-7-1993, 21 de abril y 30 de noviembre de 1994, 14 de marzo, 19 de junio, 25 de octubre, 29 de diciembre de 1995 y 16-10-1998, entre otras), para la aplicación de este factor exorbitante de la penalidad deben tomarse en consideración tres reflexiones básicas.

En primer lugar «extrema gravedad» no equivale a «extrema cantidad», pues como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 el legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado —con un incremento de penalidad ya ciertamente importante— a través del artículo 369.3.º del Código Penal (cantidad de notoria importancia), y sobre ésta podría haberse establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad sino de extrema gravedad. En consecuencia la aplicación de esta hiperagravación requiere como requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional, pero dicho requisito único de la cantidad no es suficiente, sino que la agravación exige además la apreciación de otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta, examinada en su globalidad, es decir en el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado. Ha de señalarse que el Código Penal ya utiliza la «notoria» importancia de la droga como una agravación específica en el artículo 369.3.º, y aun cuando es cierto que una reiterada doctrina jurisprudencial —quizás revisable— sitúa muy bajo el límite mínimo de esta agravación, aplicándola a cantidades usuales cuya importancia dudosamente puede ser calificada de «notoria», también lo es que ello no autoriza a la creación jurisprudencial de un segundo escalón agravatorio, valorando nuevamente y por sí solo el factor de la cantidad, para utilizarlo de modo redundante como fundamentación de una hiperagravación de la conducta enjuiciada.

En segundo lugar la doctrina jurisprudencial expresada insiste en que la propia indeterminación del concepto exige su interpretación restrictiva y aplicación minuciosa. Así, en la sentencia de 19-6-1995 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 —que defiende un sector doctrinal— si ha de afirmarse «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal». En esta línea de interpretación restrictiva «entendemos que no basta una exacerbación de la cantidad de droga de que se trate», continúa expresándose en la mencionada resolución, con cita en

apoyo de esta concepción, de las Sentencias de 17-6-1993 y 14-3-1995. En este sentido restrictivo, la referida resolución señala como elementos que han de tomarse en consideración: *a)* el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; *b)* la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el artículo 369; *c)* el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; *d)* el papel que el acusado desempeña en el hecho examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En tercer lugar, ha de llegarse a la conclusión de que la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante, la existencia de otros factores de agravación ya contemplados exhaustivamente en el escalón inferior de agravación que representa el artículo 369, 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 (STS de 29 de diciembre).

Vigesimoséptimo.—Aplicando dicha doctrina al caso actual es claro que procede la estimación del motivo, pero únicamente respecto de los jefes u organizadores de la operación, es decir de José P. R., planificador y organizador de la operación de tráfico, de Abelardo V. S., que fue quien se desplazó a Colombia para establecer allí los contactos necesarios y dirigir las labores a realizar en el embarque de la droga, y de Alberto Ramón P. I., lugarteniente de P. R. y hombre de confianza del mismo, que necesariamente tenía que estar al corriente de la magnitud de la operación que se planeaba.

En cuanto al resto no procede aplicar la hiperagravante pues no consta, por el papel que desempeñaban en la acción, que estuviesen al corriente de la total magnitud de la operación planeada.

La aplicación de esta hiperagravación viene determinada, en el caso enjuiciado, por la concurrencia conjunta de los factores anteriormente indicados: *a)* tráfico de una cantidad de cocaína extremadamente importante, más de dos mil cuatrocientos kilogramos, de una pureza muy alevada, más del 75 por 100, y con un valor superior a los doce mil millones de ptas. en el mercado interior, conforme al relato fáctico; *b)* concurrencia simultánea de dos de las agravaciones del artículo 369: notoria importancia y organización; *c)* utilización de grandes elementos de transporte, especialmente preparados: un buque nodriza, transoceánico, para trasladar la droga desde Colombia y un segundo barco más pequeño, para recogerla en alta mar, cerca de las costas gallegas, e introducirla en España; *d)* destacada intervención de las personas a las que se aplica la agravación, que son el organizador de la operación, su «mano derecha» u hombre de confianza y quien dirigió la adquisición de la droga en Colombia.

Es cierto que esta misma Sala en alguna sentencia reciente (Sentencia de 23-5-2001), no ha estimado procedente la aplicación de esta hiperagravante en un caso muy similar, en el que la cantidad de cocaína ocupada también superaba los dos mil kilogramos. Pero la diferencia esencial es que en dicha sentencia la *ratio decidendi* de la exclusión de la agravación —junto a la necesidad de una aplicación muy rigurosa y restrictiva, que aquí ratificamos— consistió en la apreciación de que los condenados eran «meros intermediarios u hombres de paja, dependientes de los verdaderos artífices de la organización» (fundamento jurídico primero, punto 5.º *in fine*) por lo que no concurría el elemento subjetivo exigible conforme a lo expresado en el apartado *d)* de los enunciados anteriormente.

(Sentencia de 16 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 376

*Requisitos del abandono voluntario de las actividades delictivas. No motiva su aplicación la mera confesión de los hechos*

Séptimo.—(...) La exposición de este motivo aparece dividida en dos apartados:

A) En el primero se dice que tenía que haberse aplicado al caso el artículo 376 CP. Entendemos que actuó correctamente la sentencia recurrida cuando denegó su aplicación.

Como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo, son tres los requisitos que han de concurrir a la vez para que pueda aplicarse la atenuación facultativa que esta norma penal prevé:

- 1.º Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas.
- 2.º Que se haya presentado a las autoridades confesando los hechos.
- 3.º Que haya colaborado activamente con éstas (las autoridades) para alguna de las tres finalidades siguientes: a) Para impedir la producción del delito; b) Para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables; y c) Para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Del propio texto del artículo 376, por la conjunción «y» repetidamente utilizada, es claro que han de concurrir estos tres elementos para que el Tribunal pueda, de modo facultativo, aplicar la rebaja en uno o dos grados que en el mismo se prevé. Y en el caso presente sólo consta la concurrencia del 2.º, lo que imposibilita la utilización aquí de esta disposición penal. No obstante, tal y como razonamos a continuación, este comportamiento de Carlos merece una importante atenuación.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 390.1

*Creación de permiso de conducir y tarjeta de identidad alterando fotocopia de original en la que se incorpora fotografía del acusado*

Quinto.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 392 y 390 1.º y 2.º en relación con el artículo 74 del Código Penal. Sostiene el recurrente que la conducta enjuiciada no constituye delito de falsedad pues la documentación falseada (un permiso de conducir y una tarjeta de identidad francesa), se ha confeccionado a través de una reproducción (fotocopia) de los originales, en la que posteriormente se incorporó la fotografía del recurrente, por lo que al tratarse de alteración de fotocopias no cabe el delito de falsificación de documento oficial. Habría que añadir que tampoco la falsificación de un documento privado pues el documento de identidad no se falsifica «para perjudicar a otro».

Es cierto que esta Sala ha señalado reiteradamente (por ejemplo en sentencia de 14-4-2000, que si bien las fotocopias son documentos que pueden ser objeto de delito de falsedad, la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo supuestos de autenticación, por lo que las alteraciones que se realicen en

las fotocopias no constituyen, en principio, falsedad en documento oficial sino en documento privado. Ahora bien, esta doctrina aplicable a los supuestos de falsedades materiales del número 1.º del artículo 390.1.º del Código Penal de 1995, en los que la falsedad consiste en la alteración del documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, no resulta mecánicamente trasladable a la modalidad de falsedad prevenida en el número dos del artículo 390.1.º del mismo Texto legal («simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), que es el aplicable en el supuesto actual, pues en tal caso la naturaleza relevante a efectos de tipificación es la del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello.

En el caso actual lo que se falsifica no es propiamente la fotocopia (mero instrumento) sino el documento de identidad que se pretende simular, falsificando una reproducción alterada que induzca a error sobre su autenticidad. En consecuencia resulta indiferente que como base del documento simulado se utilice una reproducción o fotocopia en color del documento original o un soporte de otra naturaleza: lo que se pretende simular, constituyendo en consecuencia el objeto de la falsificación, es un documento oficial y concretamente un documento oficial de identidad. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de febrero de 2001)

### *En pasaporte*

Octavo.—Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal formaliza el acusado Zbinieg L., su motivo segundo denunciando la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.1.º del Código Penal.

Alega el recurrente que el hecho probado no afirma sino su mera tenencia o posesión del pasaporte falsificado, lo que no puede valorarse como una conducta falsaria del documento, con lo que en realidad, el recurrente rechaza la autoría del delito de falsedad, más que la existencia de éste.

El motivo debe desestimarse: La falsedad documental no es necesariamente un tipo de propia mano, de modo que pueden participar en el delito varias personas, realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector del tipo, tomando parte en la ejecución, participando idealmente en la misma, o 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 delinquentes (Sentencias de 16 de marzo y 29-5-1993 y 15-6-1994).

En este caso del hecho probado al acusado se le ocupó un pasaporte polaco en el que aparte de otras irregularidades y alteraciones que el relato histórico describe tenía sustituida la fotografía del titular verdadero por la propia del acusado.

Resulta irrelevante si fue éste o fue otro quien física y materialmente manipuló los documentos falsificándolos, porque en todo caso hubo de entregar necesariamente su propia fotografía, para la elaboración falsa de aquéllos, y esto constituye cuando menos una cooperación necesaria para la falsificación, puesto que de otro modo no hubiera sido posible. Por otro lado no teniendo los documentos así falsificados más utilidad que el de su uso por el acusado, que en ellos figuraba fotografiado y quien precisamente los tenía en su poder, resulta incuestionable el conocimiento del destino que se les iba a dar (Sentencia de 11 de noviembre de 1998).

El motivo por lo dicho se desestima.

(Sentencia de 3 de mayo de 2001)

*Falsedad ideológica: Faltar a la verdad en la narración de los hechos: extensión de la despenalización ideológica en el CP actual*

Primero.—Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, en el inicial motivo de impugnación, se aduce aplicación indebida del artículo 392 en relación con el número 1.º del artículo 390, ambos del Código Penal, al estimar el recurrente que existe una falsedad ideológica despenalizada, pues no se ha alterado una nómina preexistente de la acusada Eunáte I., sino que se ha rellenado un impreso de nómina, faltando a la verdad en la narración de los hechos, cometido por un particular.

La falsedad ideológica, antes recogida en el artículo 302.4.º del Código Penal de 1973, ha resultado efectivamente despenalizada en el nuevo Código Penal cuando es cometida por particulares en documentos públicos, oficiales o mercantiles o en documentos privados, quedando reservada su punición para aquellos supuestos en que sea cometida por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo ello no quiere decir que toda conducta que fuera subsumible en el antiguo artículo 302.4.º cometida por particular sea ahora impune, pues puede ser cubierta por las previsiones contenidas en los demás números del actual artículo 390. Lo que queda despenalizado es una determinada modalidad de falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, pero no cualquier falsedad de esa clase.

Así la STS de 28-1-1999, señala que «la despenalización de esta específica modalidad de falsedad ideológica («faltar a la verdad en la narración de los hechos»), no determina la de cualquier falsedad de naturaleza ideológica, es decir, que no afecte a la materialidad del documento. Esta será sancionable siempre que deba subsumirse en los demás supuestos típicos del artículo 390, pues nuestro sistema penal no ha acogido el modelo italiano de distinguir expresamente entre falsedades ideológicas y materiales, sino que describe una serie de conductas típicas de falsedad, que pueden ser, según los casos, materiales o ideológicas, concepto, este último, que por no tener expresa definición legal, tampoco es totalmente pacífico en la doctrina penal».

La sentencia impugnada describe en el *factum* que el recurrente confeccionó los siguientes documentos: dos nóminas de los meses de enero y febrero de 1996, una certificación de haberes y una certificación de situación laboral de la acusada Eunáte I., expedidas a nombre de Emiliano F. M. como Director Gerente de la Empresa Rite, SA; un contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido a nombre de Eunáte I., expedido por Emiliano F. como Director Gerente de la Empresa Rite, SA, y una nómina del mes-5-1996 de la empresa Promociones y Construcciones Rite, SA. La citada Empresa Rite, SA estaba de baja sin trabajadores desde el 8-10-1989 y en la que el citado Emiliano F. no trabajaba ni prestaba servicio alguno.

No se trata, por lo tanto, de una emisión de unos documentos por quien puede hacerlo en los que se hagan constar a sabiendas datos inexactos, sino de la creación de documentos *ex novo* en los que figuran empresas y personas, simulando incluso sus firmas, que nada tienen que ver con los extremos que en ellos se hacen constar, así como un contenido que no se ajusta a la realidad, de modo que queda superado el mero faltar a la verdad en la narración de los hechos para integrar una conducta incardinable en otras modalidades del artículo 390 del CP vigente, especialmente en el número 2.

El motivo, pues, debe desestimarse.

(Sentencia de 6 de marzo de 2001)

*La imitación de la firma de otro con su autorización no supone la suplantación de su voluntad, por lo que no es punible al no ser una falsedad material*

Segundo.—En el segundo motivo de impugnación de la Sentencia de instancia se denuncian dos infracciones legales —cada una de las cuales debió ser objeto de un motivo independiente— consistentes en la inaplicación indebida, a los hechos declarados probados, de los artículos 519 y 303 en relación con el artículo 302.1.º y 6.º, todos del CP/1973. El motivo no puede ser favorablemente acogido una vez ha quedado intacta, como consecuencia de la desestimación del primer motivo de casación, la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, pues no se describe en aquélla ni un delito de falsedad en documento privado —hay que advertir que si se hubiese cometido tal delito la norma penal infringida no hubiera sido el artículo 303 sino el 306 CP/1973— ni una actuación del acusado que pueda ser conceptuada como participación en un delito de alzamiento de bienes. No debe ser calificado, en primer lugar, de falsedad punible el hecho de que el acusado, contando con el consentimiento de su padre, fingiese la firma de éste en un contrato que el mismo había concertado. La ficción de la firma de otro en un documento —hoy comprendida en la alteración de uno de sus elementos esenciales genéricamente tipificada en el número 1.º del artículo 390.1 CP/1995— constituye un delito de falsedad en la medida que supone una suplantación de personalidad y una atribución mendaz, a la persona cuya firma se imita, de una voluntad negocial que no tuvo. Pero si como ocurre en el caso relatado en la Sentencia, se imita la firma de otro con su autorización y es éste otro el verdadero contratante, cuya voluntad no es sustituida por quien estampa la firma, se realiza sin duda una formal falsedad gráfica pero no una falsedad material, por lo que el hecho no debe ser considerado delito de esta naturaleza. En segundo término, reconociéndose en su fundamentación jurídica por el Tribunal de instancia —que no se pronuncia expresamente sobre la existencia objetiva de un delito de alzamiento de bienes— que «no ha resultado acreditada la concurrencia en el acusado ni en su actuación de los presupuestos necesarios» para imputarle dicho delito, que «no consta objetivada su condición de deudor ni que actúe en connivencia con terceros para defraudar las expectativas de los acreedores», y que no consta tampoco que «el acusado (...) haya ostentado cargo alguno ni tan siquiera haya participado» en la sociedad Promo Crick, SA, que fue la entidad deudora cuya insolvencia determinó la incoación del proceso en que recayó la Sentencia recurrida, es harto difícil que en esta sede declaremos que el Tribunal incurrió en infracción legal por no considerar al acusado autor directo ni cooperador necesario del delito de alzamiento de bienes de que se le acusó en la instancia en unión de otra persona fallecida antes de que se celebrase el juicio oral. No deja de apuntar el Tribunal la existencia de indicios que no privarían de todo fundamento a las acusaciones, pero subraya a continuación «la carencia de prueba» y la dificultad de «llegar al exacto conocimiento de lo realmente sucedido». Aun sin invocar expresamente el principio *in dubio pro reo* como base de su fallo absoluto, es claro que el razonamiento del Tribunal pone de relieve que, con la prueba practicada ante él, no ha podido superar la duda en que metódicamente debe situarse todo juez penal ante la acusación de un hecho delictivo.

Aventurado e inadmisibles serían, en este caso, que la Sala de casación resolviese, en contra del reo, la duda que no consiguió disipar, una prueba que ella no presenció. Se rechaza el segundo motivo del recurso y se desestima el mismo en su conjunto.

(Sentencia de 14 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 391

*Falsificación de documentos oficiales por imprudencia grave: requisitos; No existe en el caso de policías que tras redactar un acta de aprehensión de once pantalones en venta ambulante, elaboran un nuevo acta en el que hacen constar ocho pantalones: no se aprecia la infracción de deberes elementales que pueden exigirse al menos diligente de los sujetos*

Primero.—Para una mejor sistemática se inicia el estudio del recurso por el tercer motivo en el que se invoca infracción por aplicación indebida del artículo 391 del Código Penal.

Se alega que los hechos que se declaran probados no son constitutivos de delito de falsedad por imprudencia grave y que el *factum* no ofrece ninguna descripción sobre el propósito o finalidad de los acusados en cuanto a la confección del acta y tan sólo se declara probado que no se adueñaron de los cuatro pantalones y asimismo se señala que en el fundamento jurídico segundo se expresa que no existió ánimo de lucro.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

El artículo 391 del Código Penal, castiga a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa.

El vigente Código Penal, pues, tipifica expresamente la comisión imprudente de la falsedad documental por autoridades y funcionarios públicos. Esta previsión legal resuelve las dudas que se habían suscitado con el texto del Código Penal derogado acerca de esa posibilidad.

La conducta típica requiere, en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o el funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que esté fuera del riesgo permitido y que además le sea objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en la conducta realizada. Bien jurídico protegido que en este delito resulta plural en cuanto puede residenciarse en la «fe pública» y en la protección de la seguridad y veracidad del tráfico jurídico.

Si no hubiera existido error sobre la producción de una situación de riesgo al bien jurídico tutelado y hubiera habido representación y conocimiento de que se estaba creando esa situación de riesgo, la conducta sería propia de dolo directo o eventual.

En los hechos que se declaran probados no se adivina en qué consiste la negligencia que ha determinado error en la conducta de los acusados, que de haber actuado con la debida diligencia se hubiera evitado y que ese comportamiento negligente ha creado un perjuicio al bien jurídico protegido por los delitos de falsedad en las distintas modalidades previstas en el artículo 390 del Código Penal.

Ciertamente, si se ha querido sustituir lo que se hizo constar en el acta inicial de aprehensión y denuncia por otra acta en la que se dice cosas distintas de lo realmente acontecido, el comportamiento se subsumiría, sin duda, en un actuar doloso que expresamente ha sido rechazado por el Tribunal sentenciador. Por el contrario, si se trata de la redacción de una nueva acta en la que se consignaba diferente número de pantalones, ello en modo alguno puede calificarse de imprudencia grave en cuanto no se alcanza ni se aprecia la infracción de deberes elementales que se pueden exigirse al menos diligente de los sujetos, en este caso funcionarios públicos, que es lo que caracteriza a esa modalidad imprudente.

Así las cosas, como interesa el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser estimado y procede la absolución por el delito de falsedad por imprudencia grave por el que los recurrentes han sido condenados por el Tribunal de instancia.

(Sentencia de 18 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 392

*Concepto de documento mercantil: el impreso de solicitud de un crédito donde se aportan datos para justificar la solicitud no es documento mercantil*

Primero.—(...) 3. El núcleo de la disensión con la sentencia se articula en torno al concepto de documento mercantil del artículo 392 del Código Penal.

El Código Penal no contiene una definición de lo que debe entenderse por documento mercantil. Su concreción ha sido realizada por la Jurisprudencia de esta Sala y las posiciones de la doctrina científica que durante mucho tiempo la censuraron abiertamente. La jurisprudencia de esta Sala hasta 1991 mantuvo un concepto amplio de lo que debió entenderse por documento mercantil comprensivo de los documentos regulados en el Código de Comercio y leyes especiales mercantiles, también aquellos documentos que recogen una operación de comercio o que tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos (SSTS 22-2-1985 y 3-2-1989).

A partir del año 1990 esta jurisprudencia varía para delimitar el concepto de documento mercantil a los documentos explícitamente contemplados en la legislación mercantil que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique la agravación de su falsedad respecto a la de aquél (SSTS 31-5-1991 y 1-4-1991 y su antecedente de 17-5-1989). Justifica ese cambio jurisprudencial la mayor punición de este tipo de documento frente a los privados y su equiparación más los documentos públicos y oficiales que sí tienen en nuestro ordenamiento una definición (arts. 1216 Código Civil y 596 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil). También la constatación del hecho de que la falsificación de documentos mercantiles normalmente acompaña a otros delitos normalmente patrimoniales.

4. El documento falsificado no es más que un impreso de solicitud de un crédito donde se aportan datos para justificar la solicitud y sometido al control de la entidad bancaria que decide concederlo o no. El impreso no acredita ninguna operación mercantil ni tiene ninguna eficacia jurídica sobre la creación, constitución o extinción de una operación mercantil, por lo que no puede serle atribuida la condición de mercantil a efecto en su punición.

(Sentencia de 23 de febrero de 2001)

*Falsedad de documento oficial: alteración de los números de billete de Lotería Nacional, siendo indiferente el uso que se quisiera dar al documento*

Primero.—El inicial motivo se alega al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 392 en relación con el 390.1.º ambos del Código Penal vigente.

Al tratarse de la falsificación de unos décimos de la Lotería Nacional, el recurrente considera que esa acción venía contemplada en el artículo 291 del Código Penal de 1973 por tratarse de títulos al portador, pero tras la entrada en vigor del Código de 1995 ese delito ha desaparecido al no corresponderse con ninguno de los preceptos de este último texto, es decir, ha quedado despenalizado. En apoyo de tal aserto alega el principio de legalidad en su vertiente de proscripción en el Derecho Penal de la interpretación analógica.

Es cierto que tradicionalmente los billetes de Lotería Nacional venían siendo considerados títulos al portador cuya falsificación era incardinada en el tipo delictivo del artículo 291 de anterior Código, sancionándose su comisión con la pena de prisión mayor y multa, superior, por tanto, a la que correspondía a las falsedades en documentos públicos, oficiales o mercantiles. Ahora bien, la desaparición de dicho precepto no impide de modo alguno que continúen considerándoseles como documentos oficiales en cuanto están emitidos por la Administración Pública en el desempeño de sus funciones, al tener el Estado el monopolio de tal emisión y su directa gestión en el ámbito nacional a través del organismo nacional de Loterías y Apuestas del Estado, creado por Ley de 30 de diciembre de 1984, que está desarrollada por el Reglamento aprobado por Real Decreto 11-6-1985. Por ello no cabe considerar despenalizada una conducta por el hecho de que haya desaparecido su sanción a través de un precepto «especial» cuando queda perfectamente integrada en otras normas de carácter «general» como son en este caso los artículos 390.1.º y 392 del vigente Código, este último referido a los particulares que cometieren falsedad en documento público, oficial o mercantil. Y es que la *ratio legis* de haber quedado sin efecto el artículo 291 antiguo no puede ser otra que la intención del legislador de no hacer distinciones entre esta norma especial y las de carácter general, pero no la de destipificar y despenalizar las falsedades de documentos al portador cuando tengan carácter oficial, como es el caso. Por tanto, no puede hablarse de que la Sala de instancia haya interpretado la norma penal con carácter analógico, al existir un tipo concreto en el nuevo Código, de aplicación directa.

(Sentencia de 25 de mayo de 2001)

*El delito de estafa no está incluido en la falsedad documental, aunque se utilice ésta para cometer aquélla. Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, siendo indiferente que la persona suplantada sea existente o haya fallecido*

Primero.—(...) 2. Los reparos que el impugnante opone a la aplicación del artículo 390-3.º del Código Penal, son diversos.

Rechaza el concurso medial de delitos, por entender cometido sólo uno. La falsedad sería igual a engaño.

Mas ello no sucede así. En algún aspecto pueden solaparse y coincidir ambos tipos delictivos (falsedad documental y estafa), pero en realidad se trata de tipologías autónomas que lesionan bienes jurídicos diferentes, y por ende, no se consumen recíprocamente.

No absorbe la falsedad a la estafa, cuando los documentos en cuestión son públicos, oficiales y de comercio.

Al describir la conducta típica de falsedades, el artículo 392, en relación al 390-3 del Código Penal, no incluye en su configuración el perjuicio o el propósito de perjudicar a tercero, a diferencia de los artículos 393 y 395, que resultarían incompatibles

con la estafa. En esos casos la falsedad consumiría a la estafa. En la hipótesis sometida al recurso no.

3. Tampoco se produciría la confusión a la inversa. El engaño de la estafa no tiene porqué integrarlo una falsedad, que constituye un delito distinto. Se puede engañar sin falsificar.

La consecución fraudulenta de un beneficio económico en perjuicio de otro, que integra la estafa, constituye un escueto ataque al patrimonio ajeno.

En el delito de falsedad el bien jurídico lesionado es otro. Los requisitos que la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo en el delito de falsedad son:

a) elemento objetivo o material, integrado por la mutación de la verdad a través de los procedimientos o modalidades comisivas, contempladas en el artículo 390.

b) que la *mutatio veritatis* incida sobre elementos esenciales del documento y posea la entidad suficiente para confundir al tercero o sorprenderle en su buena fe, repercutiendo o produciendo los efectos perseguidos en el ámbito de las relaciones jurídicas.

c) el elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el sujeto activo de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad.

Todos estos elementos, se dan en el delito de falsedad, que ahora analizamos, y ninguno de ellos forma parte del de estafa, aunque el instrumento engañoso, utilizado en este último delito para lograr el desplazamiento patrimonial, consecuencia del error provocado en el tercero, sea el propio documento falsificado. El bien jurídico atacado con las conductas falsarias y que justifica su incriminación es la necesidad de proteger la confianza y seguridad en el tráfico jurídico evitando tenga acceso al mundo de las relaciones de la contratación mercantil elementos probatorios falsos, que puedan alterar o perturbar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

Por otro lado, constituye un criterio jurisprudencial consolidado castigar las falsedades de documentos públicos oficiales, y de comercio en concurso medial con la estafa. Véanse, entre otras, la Sentencias de 27 de marzo, 26 de julio, 22 de septiembre y 7 de noviembre, todas del año 2000.

(Sentencia de 3 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 393

*Aunque el pasaporte utilizado por el acusado pudiera haber sido falsificado fuera de España, aquél lo utilizó para obtener un certificado de extranjero no residente comunitario imitando la firma de su verdadero titular. Presentar en juicio o hacer uso de un documento falso para perjudicar a otro: declaración del acusado ante el Juzgado de Instrucción bajo identidad ajena*

Primero.—(...) 3. En los hechos probados se dice que no constan los medios que utilizó el acusado para obtener el pasaporte expedido por las autoridades inglesas a nombre de Kennet M. B., pero también se afirma rotundamente que aprovechando su parecido físico con B. solicitó y obtuvo de las autoridades policiales de Tenerife certificado de extranjero no residente comunitario, firmando la solicitud imitando la

firma de aquél –firma similar, dice la sentencia– y cuando lo obtuvo pudo aperturar tres cuentas, como hizo en tres entidades bancarias imitando, otra vez, la firma de B. presentando el pasaporte correspondiente a éste, lucrándose con la cantidad que se dice en el *factum* de más de diez millones de ptas. e intentando otra de 500.000 ptas. mediante la alteración de datos y firmas, constitutivas de un delito continuado de falsedad como medio de cometer otro de estafa, como correctamente se estima por la sentencia impugnada y que sin duda alguna, se realizaron en España.

4. No puede decirse lo mismo del pasaporte de Mark L. S. cuya falsificación parece realizada en Inglaterra. Esa falsificación, como se alega por el recurrente no podía ser perseguida y sancionada en España por falta de competencia de los Tribunales españoles. Cuestión distinta es la de su utilización en la causa para ocultar su identidad lo que es objeto del motivo siguiente.

Este, por todo lo expuesto, ha de ser desestimado.

Segundo.–1. Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim (que tampoco se menciona como en el motivo anterior) se denuncia, por aplicación indebida, la vulneración del artículo 392 del CP, por haberse despenalizado el uso de nombre supuesto.

Reitera en su alegato la queja sobre la falta de jurisdicción de nuestros Tribunales, ya analizada, e invoca el derecho a no declararse culpable, que es lo que se le reprocha, en definitiva, por haber mentido sobre su identidad al prestar declaración ante las autoridades que intervinieron en la causa.

2. En la Junta General de esta Sala de 27-3-1998 se resolvió mayoritariamente «ser atípico el uso en España de un documento de identidad y, en general, de un documento oficial falsificado en el extranjero, salvo que se presente en juicio o se use para perjudicar a otro».

El artículo 393 del CP vigente sanciona al que, a sabiendas de su falsedad presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los antecedentes precedentes, con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

De la expresión típica «presentar en juicio el documento» se ha ocupado la jurisprudencia de esta Sala como en la reciente sentencia de 10-2-2000 que cita la de dos de febrero y 28-3-1998, equiparando «juicio» a «procedimiento judicial», aclarando la inespecificidad del término empleado por el legislador, lo que exige una necesaria valoración jurisdiccional, pues sería absurda una interpretación reduccionista que acotara la acción solamente a la presentación de documentos falsos en el juicio oral. La voz «juicio» ha de interpretarse como sinónimo de procedimiento judicial que abarca a todos los órdenes jurisdiccionales en los que se pretenda acreditar una personalidad por medio de un documento alterado, como ocurrió en el presente caso en el que el acusado mantuvo prácticamente durante toda la instrucción que era Mark L. S. ante la policía y ante el propio Juzgado de Instrucción declarando en éste con aquel nombre, entre otros, en los folios 92, 164 y 226 de las actuaciones. Sin olvidar que en el pasaporte se había sustituido la fotografía del titular por la del acusado.

Esta conducta colma la tipicidad del artículo 393 del CP, sin que sea obstáculo que la calificación del Ministerio Fiscal lo incardinara en el artículo 392 del mismo texto legal y así lo entendiera la Sala, porque el principio acusatorio se respeta al tratarse de delitos homogéneos y el 393 es de menor intensidad punitiva que el 392.

(Sentencia de 8 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 403

*El ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria o de la de gestor administrativo no justifica la imposición de una sanción penal: aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional: El realizar actos de mediación y corretaje en patrimonio de terceros en el ámbito inmobiliario no requiere titulación alguna, por lo que la realización de dichas actividades, aun habitualmente, no puede integrar un delito de intrusismo*

Segundo.—El artículo 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

La interpretación del inciso segundo del párrafo primero que se refiere a actividades profesionales que exigieren un título oficial, ha resultado polémica. En principio parece claro, y así lo entendió la Instrucción 2/1996 de la Fiscalía General del Estado y la mayor parte de la doctrina que comentó inicialmente el Nuevo Código Penal, que el legislador estableció aquí un tipo atenuado autónomo respecto del inciso primero, sancionando con una pena inferior la injerencia en profesiones cuyo ejercicio exija un título oficial no académico. Es decir que el legislador ha querido extender expresamente la protección penal mas allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica. Esta interpretación es la que se deduce del sentido propio de las palabras de la Ley, y también de los antecedentes del debate legislativo.

Tercero.—Pero esta interpretación parece chocar con los criterios expresados con anterioridad por el Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el artículo 321 del anterior Código Penal.

En efecto la sobreabundante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el artículo 321 1.º del anterior Código Penal, sentada en la STC 111/1993, de 25 de marzo, y seguida por numerosas resoluciones que aplicaron la misma doctrina (SSTC 131/1993, 132/1993, 133/1993, 134/1993, 135/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 139/1993 y 140/1993, todas de 19 de abril; 200/1993 y 201/1993, ambas de 14 de junio; 215/1993, de 28 de junio; 222/1993 y 223/1993, de 30 de junio; 240/1993 y 241/1993, de 12 de julio; 248/1993, 249/1993 y 250/1993, todas ellas de 19 de julio; 260/1993, de 20 de julio; 277/1993, de 20 de septiembre; 295/1993, de 18 de octubre; 339/1993, de 15 de noviembre; 348/1993, de 22 de noviembre; 123/1994, de 25 de abril; 239/1994, de 20 de julio, 274/1994, de 17 de octubre, etc.), estimó que el término «título oficial» a que se refería el artículo 321.1 CP no podía ser entendido sino como «título académico oficial». Por ello la interpretación de dicho artículo que admitía la sanción como delito de intrusismo de injerencias en profesiones que exigiesen «título oficial», como decía el artículo, pero no «título académico oficial», vulneraba frontalmente el principio de legalidad penal y

constituía un caso de extensión *in malam partem* del alcance del tipo a supuestos que no podían considerarse incluidos en él.

Esta doctrina se apoyaba básicamente en la forma en que se gestó la referida norma. Fue introducida en la revisión del Código Penal operada por Decreto de 24 enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961 de 23 diciembre y, en concreto, por su base 5.<sup>a</sup>, que expresaba que el artículo 321 sería modificado «conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales».

De este precedente deduce el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que, al omitirse en la redacción definitiva del artículo 321 1.º el calificativo de «académico» que en la base 5.<sup>a</sup> se unía indisolublemente al «título» cuya falta de posesión quería sancionarse, el precepto no respondía estrictamente al mandato establecido en la Ley de Bases. Teniendo en cuenta el superior rango normativo de esta Ley, el artículo 321 1.º necesariamente tenía que quedar limitado a sancionar la realización de actos propios de una profesión cuyo ejercicio requiriese estar en posesión de un «título académico» y no sólo de un título oficial.

Cuarto.—Desde esta perspectiva el problema se encontraría resuelto con la redacción del artículo 403 del nuevo Código Penal, pues dado el rango normativo y el origen directamente parlamentario de este nuevo texto, el legislador ha podido, con plena libertad, extender la protección penal del delito de intrusismo mas allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica, al no encontrarse ya limitado por el texto de la referida Ley de Bases. No habría, pues, vulneración del principio de legalidad por la aplicación del artículo 403 párrafo primero inciso segundo del Código Penal de 1995, a la sanción penal de actividades desarrolladas con injerencia en el ámbito propio de una profesión por quienes no estuvieren en posesión del título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, aun cuando dicho título no fuese académico.

Pero la cuestión no resulta tan sencilla porque el Tribunal Constitucional, al analizar este problema, no se limitó a apreciar la vulneración del principio de legalidad en función de la extralimitación del artículo 321 1.º del anterior Código Penal respecto de la Ley de Bases, sino que, con pretensión de generalidad, también declaró contrario al principio constitucional de proporcionalidad entre el injusto y la pena, en relación con el reconocimiento a la libre elección de profesión u oficio que establece el artículo 35 de la Constitución, dispensar la intensa protección penal del artículo 321 del Código Penal de 1973 frente a injerencias en profesiones que, precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad—, pues en tales casos estima que «bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa» (STC 111/1993).

Quinto.—En la misma resolución y en otras posteriores hasta las recientes STC 142/1999, de 22 de julio y STC 174/2000 de 26 de junio, el Tribunal Constitucional, que en esta materia de intrusismo ha mostrado una posición muy activa, ha entrado también en la interpretación, más bien de legislación ordinaria, de lo que debe entenderse en cada caso por «título académico». A estos efectos ha declarado que «lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para

cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica».

Esta posición ha sido doctrinalmente criticada. De un lado no parece sencillo hallar en la Constitución un sustento directo de este monopolio de las autoridades académicas, en detrimento de las competencias de otros organismos públicos, para la expedición de títulos profesionales merecedores de tutela penal. Máxime en la actual sociedad de riesgo en la que existen numerosas fuentes de peligro que requieren un control profesional riguroso, ejercido por profesionales acreditados públicamente, pero no necesariamente por vía académica. De otro la experiencia acredita que ni todas las profesiones ejercidas con título académico afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional —como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad— ni es difícil encontrar profesiones que requieren un título oficial, no académico, cuyo correcto ejercicio sí afecta de modo relevante a dichos bienes, pensemos por ejemplo en los controladores aéreos o los pilotos de líneas comerciales.

Sexto.—La referida doctrina constitucional determinó, en cualquier caso, que, tras la publicación del Código Penal de 1995 en el que el legislador diseñó expresamente un tipo penal atenuado para sancionar el intrusismo en profesiones requeridas de título oficial, no académico, subsistiese la duda sobre la concurrencia en el nuevo artículo 403 párrafo primero inciso segundo de un vicio de inconstitucionalidad por afectación al principio de proporcionalidad. Ello ha llevado a la doctrina y a la práctica jurisdiccional a esperar expectantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, posteriores a la publicación del Nuevo Código. Cabe imaginar que la nueva protección penal, menos intensa que la del artículo 321 1.º del CP 1973 (pena atenuada de multa frente a la pena de prisión menor del texto legal anterior) y dotada de una cobertura legislativa renovada, pudiera superar la objeción de falta de proporcionalidad, al menos respecto de aquellas profesiones cuyo ejercicio sin el título oficial que acredite la capacitación pudiese afectar a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional.

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha continuado dictando sentencias sobre la materia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, o 142/1999, de 22 de julio), en ellas se ha limitado a reiterar de forma prácticamente literal su doctrina anterior, sin referirse en absoluto a la modificación operada por vía legislativa. Ello ha sido posible porque estas resoluciones, en las que por lo general se concedía el amparo, se referían a supuestos en los que se había hecho aplicación del Código Penal anterior.

En la STC 174/2000 de 26 de junio, el Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo Código, pero aplicando el inciso primero (título académico) a una profesión que en realidad sólo requería título oficial. El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina tradicional sin referencia alguna a la influencia sobre la misma de la modificación operada por el nuevo texto penal aplicado. En consecuencia no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre el hecho de que, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas.

Por otra parte la pena prevenida para este tipo delictivo (simple multa) determina que las sentencias dictadas no tengan ordinariamente acceso a la casación al corresponder la competencia para el enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal, (el presente recurso tiene su origen en el hecho de que se formuló conjuntamente acusación por otro tipo delictivo, lo que determinó la competencia de la Audiencia Provincial). Con ello se dio lugar a una diversidad de criterios en los Tribunales de apelación.

Finalmente diversos órganos jurisdiccionales plantearon directamente ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995, «al poder ser contrario al principio de proporcionalidad contenido en el artículo 9.3 de la Constitución» (Cuestión de inconstitucionalidad número 4162/1998, entre otras). Por Auto de 12 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional declaró terminado el proceso constitucional derivado de la Cuestión 4162/1998, por desaparición sobrevenida de objeto, como consecuencia de la entrada en vigor del artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000 que suprime la necesidad de título oficial habilitante para ejercer las funciones propias de la profesión de los agentes de la propiedad inmobiliaria, inadmitiéndose por Auto de la misma fecha la cuestión de inconstitucionalidad número 1282/2000, que tenía el mismo objeto.

Séptimo.—Como se señalará finalmente la entrada en vigor del citado artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000 debe determinar también la estimación del presente recurso.

Pero antes deben efectuarse algunas consideraciones sobre la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995, dado que, como se ha señalado, son escasos los supuestos en que este tipo delictivo tiene acceso a la casación y este Tribunal no puede desconocer su función unificadora en la interpretación del ordenamiento penal.

Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adicional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía). Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad desconoce la génesis legislativa del precepto, va más allá del sentido literal de la norma y puede generar una nueva aplicación extensiva *in malam partem* de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el legislador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales más relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios.

Descartando en consecuencia esta interpretación, y en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del artículo 403 del Código Penal de 1995 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los Jueces y Tribunales al «imperio de la Ley» (art. 117 CE).

Octavo.—Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1.º de la LOPJ e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa: *a)* restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes), *b)* excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribu-

nal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, conforme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los Gestores Administrativos conforme a las SSTC 130/1997, de 15 de julio, 219/1997, de 4 de diciembre, 142/1999, de 22 de julio y 174/2000, de 26 de junio, c) interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no.

En consecuencia procede la estimación del recurso interpuesto, aun sin necesidad de aplicar retroactivamente el citado artículo 3.º del Real Decreto-ley 4/2000, pues por aplicación directa de la doctrina expresa del Tribunal Constitucional, el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o de la de gestor administrativo, no justifica la imposición de una sanción penal.

NOVENO.—En cualquier caso ha de señalarse que el pasado año entró en vigor el Real Decreto-ley 4/2000 de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, cuyo artículo 3.º dispone expresamente que «las actividades enumeradas en el artículo 1.º del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta General, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenecer a ningún Colegio Oficial».

En la exposición de motivos de la norma se justifica esta disposición expresando que «el Real Decreto-ley pretende clarificar la situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria que se encuentra afectada por la falta de una jurisprudencia unánime que reconozca que dicha actividad no está reservada a ningún colectivo singular de profesionales».

Las actividades enumeradas como propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en el citado artículo 1.º del Decreto 3248/1969 son la compraventa y permuta de fincas rústicas y urbanas, los préstamos con garantía hipotecaria sobre fincas rústicas y urbanas, los arrendamientos rústicos y urbanos y traspasos de estos últimos, así como la evacuación de consultas y dictámenes que le sean solicitados sobre el valor de la venta, cesión o traspaso de los bienes inmuebles enumerados.

En consecuencia en el momento actual realizar actos de mediación y corretaje en patrimonio de terceros en el ámbito inmobiliario no requiere titulación alguna, por lo que la realización de dichas actividades, aun habitualmente, no puede integrar un delito de intrusismo. Es claro que esta norma administrativa, que complementa el tipo penal, es de aplicación retroactiva en lo que favorezca al reo (art. 2.º del CP 1995 y sentencia de 6 de noviembre de 2000, entre otras).

Procede, por todo ello, la estimación del recurso interpuesto, dictando segunda sentencia absoluta.

(Sentencia de 12 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 404

*El nuevo Código Penal ha querido significar la insuficiencia de la «mera ilegalidad», se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma*

Primero.—Por obvias razones metodológicas, procede examinar prioritariamente el motivo quinto de impugnación, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal, ya que en definitiva todos los motivos reconducen al que se examina, puesto que lo que se alega, es que los hechos realizados por los acusados, no pueden integrar el tipo penal de prevaricación por el que se les condena en la sentencia de instancia.

A) Una reiterada doctrina de esta Sala, Sentencias 3 octubre, 5 noviembre y 16 diciembre 1998, 18 mayo 1999, y 21 marzo 2000, ha declarado que el delito de prevaricación del artículo 358 del anterior Código Penal consistía en dictar a sabiendas, por parte de un funcionario público, una resolución injusta en asunto administrativo.

El sujeto activo de esta modalidad delictiva debe reunir la condición de funcionario público por lo que nos encontramos ante un delito especial propio que sólo puede cometerse, en principio, de manera directa, por los que ostenten la categoría funcional. En cuanto a otras modalidades de participación en el hecho delictivo, difícilmente cabe la cooperación necesaria, pero es perfectamente factible la autoría por inducción procedente de un extraño a la relación funcional.

Este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de Presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria.

Como se ha dicho también reiteradamente por la doctrina de esta Sala, la injusticia de la resolución puede provenir, tanto por la infracción de las normas sustantivas como de las procedimentales. Lo verdaderamente determinante del ilícito penal es que nos encontremos ante un ataque de cierta intensidad a la legalidad administrativa. Este grado de intensidad es necesario para situar en su debido plano la intervención última del derecho penal, ya que en el caso de que éste se pudiese en funcionamiento ante cualquier alteración o desviación de la actividad administrativa se produciría un grave trastorno de la actividad de los organismos públicos que se verían abocados a un proceso penal por cualquier alteración o desviación de la actividad administrativa.

Las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrección más adecuada en la esfera del derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por la vía de las reclamaciones en vía gubernativa y eventualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ante la dificultad práctica que existe, para delimitar la línea fronteriza entre el ilícito administrativo y el netamente penal, la jurisprudencia ha tenido que acuñar una serie de categorías o calificaciones con objeto de valorar la intensidad de la injusticia, de tal manera que, es necesario un plus de ilegalidad para derivar las conductas hacia el campo punitivo.

El criterio para determinar la «arbitrariedad» de la resolución administrativa, o la «injusticia» de la misma en la redacción del artículo 358 del Código Penal de 1973,

ha sido precisado en recientes Sentencias de esta Sala en las que hemos establecido que la arbitrariedad comienza allí donde el funcionario se aparta de la ley y la reemplaza por su voluntad. En este sentido se ha señalado que tal situación es de apreciar cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el derecho, sino sólo la voluntad del funcionario. Desde el punto de vista subjetivo el delito de prevaricación requiere dolo, es decir, el conocimiento del apartamiento del derecho en la toma de la decisión –cfr. Sentencia Tribunal Supremo de 15-10-1999.

El principio de intervención mínima o *ultima ratio* que caracteriza al Derecho Penal, exige, además, que el órgano administrativo, en la decisión o conducción de un asunto (aspectos sustantivo y procesal) se desvíe o incumpla la norma legal con perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o de la causa pública.

El nuevo Código Penal ha querido significar la insuficiencia de la «mera ilegalidad», se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma.

Es asimismo criterio de esta Sala –veáanse sentencias de 15 de febrero y 17-3-1995– que la injusticia y arbitrariedad de una decisión en asunto administrativo puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales.

B) Aplicando tal doctrina al caso debatido, es evidente que los acusados dictaron una resolución ilegal, por cuanto que incumplieron las formalidades que exigen los artículos 112 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986, sin que pudiera incardinarse en el supuesto de excepcionalidad previsto en el artículo 117 del propio texto legal. Sin embargo, no toda infracción de la legalidad, como se ha dicho, puede sustentar la figura delictiva del artículo 358 del Código Penal, sino que la misma ha de producir un perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o la causa pública, y con la actuación de los acusados no se ha producido, ya que la contratación del servicio de limpieza, lo fue con carácter temporal, exclusivamente por dos meses. Posteriormente, se verificó el oportuno concurso público para la contratación del servicio de limpieza del Centro de Salud de Villajero Salvanés, el cual fue adjudicado a la misma Cooperativa a la que temporalmente se le había concedido. Por tanto, ningún perjuicio se produjo para los intereses de los ciudadanos, toda vez que se le adjudicó, entre otras personas que concursaron, por ofrecerlo en las mejores condiciones.

(Sentencia de 22 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 410

*Negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales: alcance. No existe en el caso de falta de contumacia o reiteración en la negativa a cumplir lo ordenado, existiendo mala inteligencia de la orden judicial por parte del acusado*

Tercero.–El quinto de los motivos suscitados se dirige a través de la ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrim al denunciar la indebida aplicación del

artículo 410 CP. Se arguye que el hoy recurrente dio inmediato cumplimiento a las resoluciones del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, «ordenando inmediatamente la cancelación del embargo, y dejando incluso sin efecto el Decreto de Alcaldía 120/1991, de 6-3-1991, pese a que no tenía por qué hacerlo ya que el Tribunal de lo Contencioso no estaba legitimado para ordenar la cancelación total del embargo, tanto del principal como del recargo». Tras relacionar las resoluciones judiciales y actos administrativos relevantes, se subraya que la Sala de lo Contencioso «en ningún momento, realizó un mero apercibimiento dirigido al Alcalde de poder incurrir en delito de desobediencia», y que «aun en el supuesto de que se entendiera que el Decreto 120/1991..., contraviniera mínimamente el primitivo Auto de la Sala de lo Contencioso de 5 de diciembre de 1990 que ordenaba la suspensión de la ejecutividad..., la conducta para poder ser constitutiva de un delito de desobediencia no puede contemplarse... por ese hecho aislado, sino que hay que ver y analizar globalmente la actuación del señor Alcalde».

El delito de desobediencia, tipificado en el Capítulo III del Título XIX CP, delitos contra la Administración de Justicia, al igual que su precedente inmediato del Código Penal de 1973, artículo 369, está integrado por un elemento objetivo cuya descripción consiste en la negativa por autoridades o funcionarios públicos «abiertamente» a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, al que hay que añadir el requisito subjetivo de la intencionalidad o dolo por parte de las personas inculpadas (STS de 18-4-1997, entre otras).

Pues bien, el entendimiento del primero de los elementos, tipo objetivo del injusto, constituye la principal cuestión a la hora de definir el alcance del delito. Ante todo, como señala la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, de 18-4, 11-10-1997 o más recientemente 13-6-2000) el tipo básico de desobediencia funcional constituye una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, debiendo predicarse el adverbio abiertamente tanto de un supuesto como de otro. Su empleo por el Legislador equivale, también según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse (STS de 15-2-1990 y las recogidas en su fundamento de derecho primero). La Sentencia de este Alto Tribunal de 23-9-1994 refuerza este entendimiento en el sentido de prever la existencia de un apercibimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa. La de 5-2-1994 se refiere a la existencia de una voluntad rebelde por parte del agente, sobre todo cuando la orden es reiterada.

«Abiertamente» equivale a una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca y ello, además de excluir, como hemos visto, la comisión culposa, conlleva igualmente una acción u omisión incompatible con supuestos donde razonablemente pueda deducirse un entendimiento o inteligencia desviado de

la orden o la presencia de error en relación con la misma, siempre que ello no comporte mala fe por parte del sujeto activo del delito.

En el presente caso, partiendo de la intangibilidad del hecho probado, con las adiciones estimadas en el apartado *B)* del fundamento jurídico anterior, sin perjuicio por parte de la Sala de hacer uso de la facultad que le otorga el párrafo 2.º del artículo 889 LECrim, el Decreto 120/1991, de 6-3 (hecho probado sexto), cuyo texto íntegro aparece a los folios 56 y 57 de los autos, que constituye, según la Sala de instancia, «un acto concluyente que revela sin duda alguna una actitud desobediente y contumaz», no permite alcanzar dicha conclusión teniendo en cuenta lo siguiente, conforme a la doctrina anterior: *A)* dicho Decreto se refiere al importe adeudado por el principal (6.065.983 pesetas) y no al recargo aplicado que constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo entablado por la parte querellante; *B)* el Auto de suspensión de la providencia de apremio dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla el 5-12-1990 admite precisamente la fianza prestada en cuantía de 1.385.599 pesetas (folios 47 y 48); *C)* el citado Decreto se refiere en todo caso al depósito constituido en la Caja General por el principal de la deuda tributaria, haciéndose constar que en la fecha del mismo «aún no se ha entregado al Ayuntamiento el documento original por el que se puede hacer efectivo dicho depósito», refiriéndose más adelante a las «distintas conversaciones mantenidas con dicha sociedad...»; *D)* a la vista de los resultandos anteriores se deja sin efecto el Decreto 17/1991 y se acuerda remitir nuevamente el expediente al Registrador de la Propiedad de Utrera para proseguir el trámite de anotación preventiva de embargo dictado por el Tesorero Municipal; *E)* lo que sucede es que el mandamiento de anotación de embargo es anterior al Decreto 120/1991, incluyéndose el importe del débito principal y el recargo de apremio; *F)* una vez que la Sala dicta la Providencia de 12-7-1991 de requerimiento al Ayuntamiento «para que deje sin efecto los Autos dictados con posterioridad al Auto de suspensión, ya que dicha medida cautelar supone la paralización provisional de los efectos jurídicos característicos de la actuación administrativa incluida la anotación preventiva del embargo», añadiendo la providencia (folio 200) «al estar asegurado adecuadamente el pago de la cantidad adeudada», lo que no se refleja en el hecho probado octavo, el hoy recurrente, a la vista de lo anterior, dicta el Decreto 463/1991, de 31-7 (folio 390 del rollo) donde resuelve levantar la anotación preventiva de embargo mencionada, remitiéndoselo al Registro de la Propiedad de Utrera, que por oficio de 5-9-1991 (folio 742 del rollo) comunica al Ayuntamiento que para practicar lo interesado es necesaria la expedición del oportuno mandamiento administrativo, con entrada en el registro municipal el 26 siguiente, librándose finalmente el mandamiento de cancelación en fecha 21-10-1991 (de entrada en el Registro).

A la vista de lo anterior, no se deduce de la conducta del acusado la debida contumacia o reiteración frente a lo ordenado en su momento por la Sala de lo Contencioso, sino un entendimiento o inteligencia equivocada de la suspensión decretada por el Auto de 5-11-1990 en relación con lo que constituía el objeto del mismo, desplegando la actividad necesaria una vez requerido mediante la providencia de 12-7-1991, de donde se desprende la ausencia de los elementos típicos exigidos por el artículo 410.1 CP/1995.

Por todo ello el presente motivo debe ser estimado, lo que hace ocioso el examen del último de los formulados.

(Sentencia de 24 de febrero de 2001)

## ARTÍCULO 413

*Infidelidad en la custodia de documentos: novedades aportadas por el CP 1995 respecto al CP anterior. Policía que destruye una denuncia*

Segundo.—Comenzamos el estudio del recurso con el de los motivos segundo y tercero que se refieren a la condena del recurrente por el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 413 del vigente Código Penal concretando su censura desde un doble planteamiento: *a)* No hay delito y la conducta narrada es atípica y *b)* No hay prueba de autoría.

El segundo de los motivos, por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849-1.º denuncia como indebida la aplicación del artículo 413 del Código Penal.

En síntesis, se sostiene por el recurrente que se está ante un delito de resultado y que al no existir daño para la causa pública o un tercero, toda vez que la denuncia desaparecida se reprodujo al día siguiente gracias a que el denunciante —señor M.— tenía un duplicado, no existiría el delito, llamando la atención sobre el dato de que en la actual redacción, el tipo penal no hace referencia a la existencia del daño en relación al texto del anterior Código Penal —art. 364.

El motivo no puede prosperar ni ha tenido una reducción de la tipicidad en el vigente Código Penal como parece indicar el recurrente. Ni antes ni ahora el delito que se comenta ha tenido la consideración de delito de resultado. Tanto en el anterior como en el vigente Código, el bien jurídico protegido como todos los del Capítulo IV, está constituido por la correcta preservación y utilización de los elementos o instrumentos esenciales para que la Administración pueda cumplir sus propios fines, evitando todo impedimento y desde esta perspectiva, las variaciones que se observan en la actual descripción del tipo del artículo 413 en relación con su equivalente del artículo 364 del anterior Código son tres y ninguna en el sentido que sostiene el recurrente.

En efecto: *a)* se han ampliado las conductas típicas al añadir a las ya existentes de sustraer, destruir u ocultar, la de inutilizar así como la posibilidad que todas ellas puedan ser cometidas de forma parcial o total.

*b)* Se ha eliminado el término papeles, lo que no supone ninguna restricción a la vista del mantenimiento del término «documentos» y de su definición en clave penal prevista en el artículo 26 del Código.

*c)* Ha desaparecido el criterio de la determinación de la pena en función del resultado producido —mayor o menor daño—, fijándose en todo caso la penal sin referencia a ese resultado, sin perjuicio de que judicialmente pudiera ser tenido ese dato como elemento para la individualización de la pena. Ello supone en nuestra opinión intensificar la naturaleza del delito como delito de riesgo.

Por lo demás, el sujeto activo debe ser funcionario o autoridad que tenga encomendada por razón de su cargo la custodia de documentos, lo que le convierte en delito especial propio, siendo de comisión esencialmente dolosa.

Todos los elementos típicos que vertebran el delito concurren en el presente caso y se encuentran reflejados en el juicio de certeza alcanzado por la Sala y objetado en el *factum*.

La conclusión de ello es la desestimación del motivo.

(Sentencia de 18 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 416

*El retraso en más de un año en la devolución de expediente judicial no supone ocultación, siendo los hechos constitutivos, en todo caso, de desobediencia*

Único.—El Ministerio Fiscal, tras rechazar el error que se invoca en orden a la construcción de los hechos que se declaran probados, entiende que es voluntad impugnativa denunciar la indebida aplicación de los artículos 413 y 416 del Código Penal que son los que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia para dictar la sentencia condenatoria y con este alcance apoya el motivo ya que los hechos se iniciaron cuando estaba vigente el Código derogado y ni en éste ni en los artículos acabados de citar del Código vigente se puede subsumir la conducta del recurrente que se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia.

Ciertamente, el Código derogado, en su artículo 364 castiga al funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo y la pena varía según que del hecho resultare grave daño de tercero o de la causa pública o cuando dicho daño no fuere grave. Es decir, que en todo caso exige daño para tercero o de la causa pública y como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, en este caso no se ha producido esa situación ya que el expediente, aunque con retraso, fue reintegrado y no se ha producido con ello perjuicio para tercero o para la causa pública, ya que el transcurso del tiempo únicamente determinó la caducidad del recurso por no haberse formalizado en el plazo fijado y ésa parece ser era la voluntad del recurrente.

Una vez que hubo entrado en vigor el nuevo Código Penal, el retraso en la devolución se reduce a unos tres meses y medio y esa conducta difícilmente puede encajar, en el presente caso, en un supuesto de ocultación del expediente que le fue entregado.

No ha existido acusación por delito de desobediencia, figura delictiva de la que no puede afirmarse su homogeneidad con la que ahora examinamos, dada la diversidad de bienes jurídicos protegidos.

Así las cosas, procede dictar sentencia absolutoria, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que haya podido incurrir el Letrado recurrente, procediendo deducir testimonio al Colegio de Abogados que sea competente.

(Sentencia de 29 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 417

*Revelar los secretos que se conocen por razón de su cargo: interpretación de la expresión «conocer por razón de su cargo». Infracción del deber de secreto de policía adscrito a comisaría desde la que se prepara una redada y que avisa a otra persona de la inminencia de la misma*

Primero.—Un único Motivo conforma el Recurso formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió al acusado de un delito de Descubrimiento y

Revelación de Secretos. Se ampara en el número 1 del artículo 849 de la LECrim para denunciar infracción, por indebida inaplicación, del artículo 417 del Código Penal.

En síntesis, la recurrida recoge en su declaración de hechos probados que:

«a) El acusado, Policía destinado en la Comisaría de Tudela, tuvo conocimiento, por cauces o circunstancias no concretadas, sin que se haya acreditado que el conocimiento fuera por cauce oficial de sus superiores o por razón de un operativo policial, de que en relación con el Club «Tres J», de Buñuel, pudiera llevarse a cabo, en fecha que no sabía con exactitud, una redada, siendo público y notorio que, en dicho Club, se ejercía la prostitución y había jóvenes extranjeras.

b) El acusado comunicó a su conocido Iván P., a sabiendas de que éste mantenía relación con una mujer extranjera de dicho Club «que tuviera cuidado por la posibilidad de que pudiera efectuarse una redada en el mismo. Iván P. telefoneó a su amiga Dina que saliera del Club y, por la noche, al observar Iván mayor actividad de la Policía, concluyó que la redada era inminente volviendo a llamar a Dina, quien salió del Club, no siendo detenida en la redada, que sucedió, con mandamiento judicial, a las 23.40».

El Tribunal Provincial, analiza los elementos del tipo descrito en el precitado precepto sustantivo y, tras distinguir entre secreto e información, niega que el acusado revelara secretos. Pero extiende la negativa a la revelación de información y absuelve porque, según el *factum*, no existe el elemento del 417-1.º, esto es, que el acusado conocía información por razón de su oficio o cargo.

Al efecto, la Sala *a quo* justifica su determinación en los siguientes términos silogísticos: el acusado, funcionario de Policía adscrito a la Comisaría desde la que se diseñó y desarrolló la redada, no conoció ésta por cauce de sus superiores y, tampoco por saber el operativo preparado, pues no pertenecía a la Unidad Policial encargada del mismo. Por tanto, si el acusado tuvo noticia de dicha operación policial «por cauces y circunstancias no concretadas» falta el elemento del artículo 417-1.º: «conocer la información por razón de su oficio o cargo».

Tal formulación, a pesar de su aparente consistencia, presenta omisiones fácticas que, aun inscritas en la fundamentación jurídica de la combatida, tienen dicha naturaleza. De ahí, que permitan su integración en el relato de hechos probados.

Elas demuestran una fragilidad argumental que se evidencia aún más con la lectura de lo razonado acerca de la valoración de la prueba, puesto que dicho apartado introduce el principio *in dubio pro reo* en secuencias evaluadoras diversas añadiendo consideraciones que empañan la originaria claridad diversas, al referir la condición de policía del acusado como elemento determinante del conocimiento de la inminencia del operativo policial y de su posterior comunicación al propietario del club de alterne por más que se desdibuje formalmente la transcendencia de dicha conducta con consideraciones presuntivas, expresiones adverbiales o notoriedad de la actividad desarrollada en el citado establecimiento.

Segundo.—Como —con buen criterio analítico— expone el Ministerio Fiscal el conocimiento de una información que no debe ser divulgada, no es forzoso se sepa por el cauce de los mandos superiores o porque se intervenga en el operativo policial. Un rumor (o comentarios asilados) en el seno de la organización policial puede bastar para que el autor llegue a la convicción que es real o probable lo que comunicará a un tercero. En el presente caso era real lo que comunicó.

En definitiva, el elemento del tipo «conocer por razón de oficio o cargo» no equivale a conocimiento por revelación de los mandos superiores (cadena de mando) y, tampoco, a la implicación expresa del sujeto en la información. De ahí que pueda

afirmarse que la recurrida, agrega una equivalencia a la expresión «conocer por razón del oficio o cargo» como producto de una incorrecta praxis hermenéutica.

Por lo tanto, la referencia negativa del *factum* de que «no se han concretado los cauces o circunstancias por las que el Policía acusado tuvo conocimiento», en nada se opone a la terminante afirmación del mismo de que el sujeto tuvo ese conocimiento e hizo llegar su contenido a un tercero.

Y es en este punto, donde se produce la integración fáctica de lo afirmado en el apartado B) del fundamento jurídico segundo de la recurrida. En el mismo se dice que «pudo tener conocimiento el acusado, no por razón del cargo u oficio, sino circunstancialmente, dada su condición de policía».

Eliminando el adverbio «circunstancialmente –pues en poco afecta al tipo que el acusado conociera la operación de manera circunstancial– parece como si se negara a la condición de policía ser un cargo u oficio, o, al menos, se hace una distinción inadecuada cuando el propio artículo 417, en su párrafo 1.º asocia el oficio o cargo a la condición de funcionario y la LO 2/1986, de 13 de marzo (Títulos II y III), en virtud del artículo 104-2.º de la Constitución, adscribe funciones públicas a la Policía.

En consecuencia, si el acusado tuvo conocimiento de una información, aun circunstancialmente, «dada su condición de Policía» es obvio que dicho conocimiento lo fue por razón de dicho oficio o cargo, lo que permite tener por concurrentes todos los elementos del tipo descritos en el precitado precepto sustantivo cuya concreción normativa alcanza en lo que a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se refiere, una relevante especificidad como garantía o aseguramiento del éxito de las delicadas misiones que tienen encomendadas sus componentes, a través del artículo 5 de la Ley Orgánica que regula la actividad de los mismos cuando, respecto al secreto profesional, se dice: «Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les impongan actuar de otra manera».

Todo ello permite concluir con la estimación del Recurso.

(Sentencia de 22 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 420

### *Cohecho: participación del extraneus en delito propio; atenuación*

Quinto.–Como señala la sentencia de 18-10-1994, en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no. Si, como sucede en el caso actual, un particular, *extraneus*, participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoria en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario.

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 26-1-1994, Sentencia de 20-5-1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, caso R.) ha señalado reiteradamente que el texto del artículo 14 CP 1973 (hoy art. 28 del CP 1995) no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio –es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de

un sujeto activo con especial cualificación— tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología doctrinal: la Ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*.

Esta solución tiene una clara fundamentación normativa, como señalan las sentencias de 20-5-1996 y 21 de diciembre de 1999. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal [arts. 28.2 a) y b), y 29 del CP 1995]. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud del autor, es claro que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no puede ser impune.

La jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico (STS 21 de diciembre de 1999).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 420 del Código Penal 1995, el autor del cohecho puede recibir la dádiva «por sí o por persona interpuesta». Pues bien dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe en el delito de cohecho.

Sexto.—Aclarado que la conducta enjuiciada constituye un supuesto de participación y que ésta es legalmente punible para los particulares que colaboran en un delito de cohecho, procede determinar cuál es la modalidad de participación cometida, debiendo concluir que se trata de una cooperación necesaria. Como señala la sentencia de 21 de diciembre de 1999, constituye cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo. Y en el supuesto actual ha de estimarse que conforme a la dinámica de la actividad delictiva de cohecho continuado en la adjudicación de obras públicas realizada por quien ocupaba la Presidencia del Gobierno de Navarra, la aportación de la recurrente era operativamente indispensable.

Atendiendo a la complejidad del plan, que comprendía el fraccionamiento y entrecruzamiento de cheques así como el empleo de sociedades instrumentales y el desvío de fondos hacia terceras personas, era imprescindible la colaboración de una persona de absoluta confianza, ajena al servicio público, que pudiese recibir discretamente los trasvases monetarios y los invirtiese de un modo que asegurase su aprovechamiento. Aprovechamiento que necesariamente debía producirse sin dar lugar a incrementos patrimoniales inexplicables para quien ocupaba un cargo de gobierno tan relevante como la Presidencia del Gobierno de Navarra, persona lógicamente sometida a un escrupuloso control social, máxime en una localidad no excesivamente populosa, como Pamplona, donde dichos incrementos patrimoniales, caso de no haberse desviado a través de sociedades y personas interpuestas con la indispensable colaboración de la acusada, habrían sido de imposible materialización por parte del propio cargo público beneficiado.

Este criterio de calificación de estas conductas como cooperación necesaria es plenamente congruente con el criterio aplicado en la misma sentencia de instancia respecto del acusado E., y también con el criterio seguido por esta misma Sala de casación en la sentencia de 21 de diciembre de 1999, respecto del mismo acusado E., en un supuesto muy similar de ingeniería financiera simultánea a la propia dinámica comisiva.

Nos encontramos por tanto ante un supuesto de participación delictiva por cooperación, es decir realizada a través de una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente vinculada con la del autor material, que no ejercita la acción típica pero que sí resulta operativamente necesaria conforme a la dinámica objetiva de la compleja acción delictiva, tal y como ésta estaba planificada y se materializaba en la práctica.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso del Ministerio Fiscal en relación con la condenada doña Olivia B., dictando segunda sentencia en la que se la condene como cooperadora necesaria del delito continuado de cohecho del que es autor principal su esposo, en lugar de como encubridora. Esta diferente subsunción típica no implica en realidad modificación de la pena privativa de libertad impuesta, pues la pena correspondiente a la cooperación en el cohecho debe moderarse atendiendo a la condición no funcionarial de la condenada, como ya se ha expresado con carácter general. Sin embargo el cambio de calificación sí tiene relevancia en relación con la respuesta que haya de darse a los motivos de recurso formulados por la propia representación de la condenada.

(Sentencia de 28 de marzo de 2001)

*Bien jurídico protegido en el delito de cohecho: incentivos de laboratorio farmacéutico a médico por recetas de medicamentos. Prescripción de medicamentos prohibidos por la Ley del Medicamento*

Tercero.—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 391 del anterior Código Penal, por estimar que en los hechos probados no constan los requisitos necesarios para acreditar la corrupción ínsita a todo soborno, pues los pagos efectuados al facultativo lo fueron como remuneración de actividades de farmacovigilancia. Considera el recurrente que «incentivar» a los médicos para que receten los medicamentos de un determinado laboratorio, y no otros, constituye un acto lícito pues la función de cualquier empresario es fomentar las ventas de sus productos. Estima que no consta en el relato fáctico que las labores de «farmacovigilancia» que justificaban los pagos fuesen simuladas.

El motivo carece de fundamento. En primer lugar, «incentivar» (en realidad sobornar) a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un concreto laboratorio, que es la conducta que se declara probada en el relato fáctico, no constituye una actividad lícita de promoción comercial, pues se encuentra expresamente prohibida por la Ley del Medicamento. Esta prohibición es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y concretamente por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos, posición que ocupaba el recurrente.

El artículo 7. 2.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que queda expresamente prohibido el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses

directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia.

La introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados, distorsiona la función de la prescripción que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas ilegales se perjudica seriamente la salud de los pacientes, pues el abuso de medicamentos, cuyo empleo racional es beneficioso, puede originar problemas de salud graves. Se perjudica también la economía de los enfermos, pues, en igualdad de condiciones, el médico puede optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función del «incentivo» económico que va a percibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufra el coste de los medicamentos, pues se fomenta la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Y se perjudica, por último, la libre competencia y la transparencia del mercado, al emplearse métodos ilegales de comercialización, en detrimento de la calidad y el precio.

En consecuencia el ofrecimiento directo e indirecto de incentivos, por parte del recurrente como administrador único de un laboratorio farmacéutico, y por tanto con interés directo en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a un médico encargado de su prescripción, constituye una conducta legalmente prohibida. Conducta que cuando se realiza en relación con profesionales privados da lugar a la infracción administrativa expresamente prevista en el artículo 108 16 de la Ley del Medicamento. Pero cuando las dádivas o presentes se ofrecen o entregan a quienes en sentido jurídico-penal son funcionarios públicos, es decir, a profesionales sanitarios integrados en el Servicio Nacional de Salud, constituyen un delito de cohecho, pues en este caso se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas.

La alegación de que los pagos efectuados al facultativo lo fueron supuestamente como «remuneración de actividades de farmacovigilancia», no altera lo expresado, pues en el relato fáctico consta que estas cantidades se abonaban como incentivo «al objeto de aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba tal Laboratorio», es decir, que constituían incentivos «indirectos», expresamente prohibidos. A esos efectos resulta irrelevante que se llegase o no a confeccionar algún supuesto trabajo de farmacovigilancia, pues lo que se expresa claramente en el relato fáctico, y se razona extensamente en la fundamentación jurídica, es que estas supuestas actividades no eran más que mera cobertura del pago destinado a incrementar la dispensación de los medicamentos del laboratorio.

Ha de recordarse que la Sala sentenciadora razona en su fundamentación que el propio pagador de las dádivas reconoció expresamente que la cobertura de los supuestos estudios de farmacovigilancia era simplemente una forma más «elegante» de pagar a los médicos, es decir, que constituía un método fraudulento para intentar eludir la expresa y contundente prohibición legal. Asimismo los dictámenes periciales acreditaron que dichos estudios o no se confeccionaban o bien eran pura apariencia, por lo que constituían «actividades encubiertas de inducción a la prescripción o incentivos prohibidos a los prescriptores», conclusión del dictamen pericial que la Sala asume como propia y que le sirve para fundamentar su convicción.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(...)

Quinto.—El cuarto motivo de recurso, también por infracción de ley al amparo del artículo 849 1.º de la LECrim, denuncia nuevamente como infringido el

artículo 391 del Código Penal anterior en relación con el 386 del mismo texto legal. En esta ocasión el fundamento de la impugnación consiste en afirmar que las dádivas no estaban destinadas a la realización de ningún «acto injusto», pues no es injusto el recetar medicamentos, y no puede serlo tampoco el hecho de percibir dádivas por ello, ya que esta percepción económica integra el cohecho pero no determina por sí misma la injusticia del acto que retribuye.

La «injusticia» del acto en el artículo 386 del Código Penal de 1973 y en el artículo 420 del Código Penal de 1995, consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa (ver p. ej. Sentencias del TS de 21 de diciembre de 1999, 19 de diciembre de 2000 y 28-3-2001).

Para calificar el carácter justo o injusto de decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto (ver STS de 28-3-2001).

No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden precisamente incrementar ilegalmente el número de dichas prescripciones, constituye un comportamiento manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico (art. 7.º de la Ley del Medicamento). Y no se diga que es necesario demostrar que se prescribieron medicamentos innecesarios o prescindiendo de otros más específicos o con incremento arbitrario del gasto, pues lo relevante es que la dádiva estaba específicamente dirigida a obtener dicho comportamiento injusto (incrementar las prescripciones por encima del número de las que se hubiesen producido sin ella) y está acreditado que estas prescripciones se efectuaron, como pretendía el recurrente, por lo que el hecho de que las prescripciones se realizasen bajo la corruptora influencia de la dádiva las convierte en injustas.

Ha de recordarse que, como ya se ha expuesto razonadamente en el fundamento jurídico segundo, la introducción de un incentivo económico por la prescripción de los medicamentos de un determinado laboratorio distorsiona la función propia de la prescripción facultativa, y con ello: *a)* se pone en peligro la salud de los pacientes, *b)* se perjudica económicamente a los enfermos como consumidores y *c)* se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufraga el coste de los medicamentos.

No hay que olvidar que las recetas oficiales de la Seguridad Social no solamente cumplen una función estrictamente terapéutica sino que también constituyen el soporte probatorio de un desplazamiento patrimonial: el que fundado en la fuerza probatoria del documento efectuará la Seguridad Social para sufragar el coste farmacéutico de la atención de un enfermo. Es claro que la dádiva va destinada precisamente a que las prescripciones o recetas se elaboren en función de criterios no estrictamente clínicos. Y es claro que prescribir o recetar en estas condiciones constituye un acto contrario al ordenamiento, intrínsecamente injusto. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2001)

## ARTÍCULO 433

*Concepto de efectos públicos: vales de gasolina que entrega la Administración a los funcionarios, que éstos tienen a su disposición con poder sobre su destino; utilización en vehículos propios sin la autorización correspondiente para realizar las funciones propias de su cargo pero con deseo de satisfacción del servicio público*

Segundo.—(...) La sentencia recurrida ofrece cumplida respuesta a estas cuestiones en su fundamento de derecho primero, cuando expone que el concepto legal de caudales y efectos públicos viene equiparándose por la doctrina jurisprudencial a todo valor con relevancia económica asignados a las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines. Baste recordar aquí la STS de 13-2-1997 que integra en el concepto legal de «efectos públicos» a todo bien que no siendo dinero en metálico, sea susceptible de evaluación económica dada su naturaleza pública desde el momento en que forman parte de los bienes de la Administración; y, entre éstos, no deben excluirse los vales de gasolina con los que la Administración abona el importe del combustible suministrado que los vales reflejan, lo que —como señala el Fiscal— les convierte en una especie de talón al portador que se cobra del erario público, de suerte que la disposición indebida de los mismos equivale a una disposición final de los caudales públicos.

Por lo que se refiere a la disponibilidad de tales «efectos», que el motivo niega, el reproche carece de fundamento, pues este requisito se satisface cuando existe un poder del funcionario sobre el destino del bien, ya sea de hecho o de derecho y supone una realidad dispositiva o una efectiva detentación material de los caudales o efectos a los que el funcionario da un destino ajeno a la finalidad que les es propia (véase STS de 10-7-1995).

Tercero.—También al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal se denuncia la indebida aplicación del artículo 433 CP porque, al decir del recurrente, no concurre en el hecho enjuiciado el requisito exigido por el tipo penal de que los caudales o efectos públicos «se destinen a usos ajenos a la función pública». Sostiene el recurrente que en la resultancia fáctica de la sentencia se declara probado que los vales de gasolina se utilizaron por el acusado para los traslados que, como Jefe de la Sección de mantenimiento, tenía que efectuar a distintos puntos de la isla de Tenerife, y que, en consecuencia, no se han dado a esos recursos públicos un uso distinto al que, en definitiva, estaban destinados.

Esta censura debe ser estimada.

En efecto, adviértase que cuando la declaración de hechos probados describe la conducta del acusado utilizando en vehículos de su propiedad los vales de gasolina «destinados por la Comunidad al uso de vehículos oficiales», incluye la frase «... si había de desplazarse [el acusado en su condición de Jefe de mantenimiento de carreteras] a diversos puntos de la isla». El sentido de esta expresión, que en principio puede parecer incierto, cobra todo su significado al analizar el fundamento de derecho primero de la sentencia, donde el Tribunal *a quo* expone el razonamiento de la subsunción efectuada y de cuyo examen se desprende con palmaria nitidez que la frase que hemos destacado revela que el acusado surtía a los vehículos de su propiedad del combustible de los vales oficiales cuando con dichos vehículos se desplazaba a distintos puntos de la isla de Tenerife en el ejercicio de sus funciones inspectoras de Jefe de mantenimiento de carreteras. Así la sentencia afirma que en la conducta del acusado «nunca medió ánimo de lucro o ventaja... pues solo medió el deseo de satisfacción del servicio público». Pero, siendo notablemente relevante estas afirmaciones del juzga-

dor, todavía lo es más la que se expresa a continuación al especificar el juzgador que la actividad ilícita del acusado consiste en «... la utilización del fluido obtenido tras los vales por medio de vehículos propios sin que medie expresa autorización, lo que hace tal hacer encajable en el tipo penal previsto y penado en el artículo 433 CP...».

Si la propia Sala de instancia sostiene que en la actuación del acusado sólo medió el deseo de satisfacción del servicio público al utilizar en sus vehículos la gasolina oficial «si había de desplazarse a diversos puntos de la isla», es llano y palmario que el combustible no se destinó para satisfacer las necesidades particulares de aquél, lo que excluye el *animus rem sibi habendi* que caracteriza y da vida al delito de malversación del artículo 432.1.º CP; y también excluye la subsunción de esa conducta en el artículo 433 en tanto que este tipo requiere la concurrencia de un *animus utendi*, es decir, que los caudales o efectos públicos sean destinados a usos propios o ajenos con la intención de devolverlos.

En realidad, del análisis detenido de la sentencia impugnada se desprende claramente que lo que se reprocha al acusado es el no haber utilizado la gasolina de los vales en los vehículos oficiales para efectuar los desplazamientos que realizaba en cumplimiento de sus obligaciones funcionariales, y haber hecho uso de dicho combustible oficial en sus vehículos particulares para hacer esos mismos traslados «sin expresa autorización», pero esta falta de licencia no tiene más alcance que una irregularidad administrativa susceptible de constituir una infracción de naturaleza disciplinaria, habiendo incurrido el Tribunal sentenciador en *error iuris* al configurarla como constitutiva del delito de malversación del artículo 433 CP, precepto que, en atención a todo lo expuesto, resulta de indebida aplicación al carecer de relevancia penal la conducta del acusado pues, como ha quedado dicho, ni los recursos públicos fueron destinados a usos ajenos a la función pública, ni, mucho menos, fueron objeto de sustracción en beneficio de aquél para disponer de ellos dominicalmente como sostiene el Ministerio Fiscal en su recurso, en el que postula la aplicación del artículo 432.1.º CP que, en atención a cuanto ha quedado consignado, no puede ser acogido por esta Sala.

La estimación de este motivo casacional exime de examinar el último que formula el acusado recurrente por indebida inaplicación del artículo 14 CP en el que sostiene la concurrencia de error de prohibición, puesto que tal censura resulta ya superflua al no revestir la conducta del acusado significación penal.

(Sentencia de 24 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 439

*Requisitos del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios. No lo constituye el alcalde que interviene en expediente de adjudicación de obras y suministros a favor de empresa de la que era partícipe y administrador, sin que tuviese que informar en los expedientes ni realizase actuación concreta para conseguir las adjudicaciones que se hicieron por subasta*

Tercero.—(...) El tipo de delito del artículo 439 CP/1995 viene conformado por los siguientes elementos:

1.º Nos encontramos ante un delito especial, es decir, un delito que sólo pueden cometer las personas en las que concurre alguna determinada condición, concretamente en el caso el sujeto activo del delito ha de ser la autoridad o funcionario público

que tenga el deber de informar por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad. Para poder actuar como autor en sentido estricto de este delito ha de reunirse una doble condición: 1.<sup>a</sup> Ser autoridad o funcionario público. 2.<sup>a</sup> Que por el cargo concreto que desempeñe tenga deber de informar en cualquier clase de asunto.

En los expedientes administrativos intervienen o pueden intervenir varias clases de funcionarios o autoridades: por ejemplo, quienes actúan en el trámite burocrático dando curso al procedimiento, quienes lo resuelven y también quienes han de informar antes de la resolución que les pone fin. El legislador ha querido que únicamente estos últimos sean los que pueden cometer este delito, no los demás.

Puede extrañar que sean castigados por este delito quienes han de informar y no quienes han de resolver. Pero ello es así conforme al texto de la ley, y el principio de legalidad impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como más merecedoras de la sanción establecida en la ley. Véase en ese sentido la reciente sentencia de esta Sala de 17-10-2000.

Conviene añadir aquí que el deber de informar al que se refiere este artículo 439 puede venir impuesto por la ley o por otra disposición general de rango inferior, y también por el modo de actuar concreto en el organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas. Incluso puede ocurrir que quien haya de resolver también tenga que informar, como sucedería cuando el órgano decisor sea de carácter colegiado y uno de sus miembros tenga que informar a los demás sobre la resolución a adoptar o sobre alguno de sus extremos.

En cuanto a este primer requisito, este artículo 439 es más estricto que el 401 del CP anterior al que ha venido a sustituir, pues este último sólo exigía al sujeto activo la cualidad de funcionario.

2.º Esta autoridad o funcionario, que tiene el deber de informar en cualquier clase de asuntos, ha de participar, directamente o por persona interpuesta, en un negocio o actuación que sea de aquellos en los que como funcionario o autoridad tiene el deber de informar. Es decir, ha de intervenir como particular en un asunto de la clase de aquellos en que por su cargo público tenía el deber de informar.

Respecto de este segundo elemento, parece que pudiera existir una equivalencia entre lo aquí dispuesto y lo dicho en el artículo 401 CP derogado que hablaba del funcionario público que «directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato en que debe intervenir por razón de su cargo».

3.º Hay un tercer elemento que no aparecía en el artículo 401 CP anterior: que haya habido un aprovechamiento de esa circunstancia de deber informar por razón del cargo para forzar o facilitarse esa participación como particular. Ha de utilizarse tal circunstancia (tener que informar como instrumento para obtenerse esa participación en el asunto a título particular). Ha de existir una actuación concreta del funcionario o autoridad por medio de la cual, prevaliéndose de que tiene que informar en el correspondiente expediente administrativo, obtenga, por algún procedimiento coactivo o sin coacción alguna (forzar o facilitarse), esa participación en el asunto como particular. Véanse las sentencias de esta Sala de 28-12-1999 y 27-11-2000.

Pues bien, en el caso concreto sólo concurre el segundo de los elementos referidos, porque efectivamente, el alcalde, como autoridad primera del Ayuntamiento, intervino en los expedientes de adjudicación de obras o suministros a favor de Cimce, SL de la que era partícipe y administrador.

Respecto del primero, no consta que el alcalde en esos expedientes en que estaba interesada Cimce, SL tuviera deber de informar. Sólo aparece que intervino en los

organismos que realizaron las correspondientes adjudicaciones de obras o suministros e incluso que hizo pagos con el dinero municipal a la empresa que regentaba.

Y con relación al tercero, tampoco aparece en los hechos probados ninguna actuación concreta del alcalde para conseguir las adjudicaciones correspondientes en las subastas que se celebraron, que en todos los casos se realizaron por el organismo colegiado correspondiente de modo unánime y en favor del mejor postor. No hubo instrumentalización del cargo para que tales adjudicaciones se realizaran. Al menos no consta en los hechos probados que así ocurriera.

Así pues, no existió en el caso el delito del artículo 439 CP, por más que los hechos pudieran ser contrarios a la ética pública, al estar el alcalde interesado en negocios particulares en los que intervino como autoridad municipal. Pudo existir una incompatibilidad entre su actuar como alcalde y como administrador de Cimce, SL, así como una infracción de su deber de abstención como autoridad, con alguna relevancia jurídica fuera del ámbito penal; incluso pudiera haber existido el delito del artículo 401 CP/1973 que constituye un tipo de infracción más amplio y que podría haberse aplicado al caso dadas las fechas en que se produjeron las actuaciones aquí examinadas (1992). Pero la entrada en vigor del CP/1995, como ya se ha dicho, ha obligado a aplicar, como norma penal más favorable al reo, el artículo 439 de esa última Ley Penal, conforme al cual los hechos de autos no son constitutivos de delito.

(Sentencia de 5 de febrero de 2001)

*Aprovecharse de tener que informar en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en tales negocios o actuaciones: requisitos; delito de infracción de deber; diferencias con el delito del artículo 401 del CP/1973; inexistencia: es atípica la conducta de la autoridad que decida en un asunto, aunque tenga interés particular en él, siempre que no emita un informe: Alcalde que participa, sin informar, en la adjudicación de un contrato de obras, a una empresa de la que poseía acciones y que presentó la oferta más ventajosa*

Cuarto.—Pasamos al estudio del tercer motivo, también por Infracción de Ley al amparo del artículo 849-1.º de la LECrim por indebida aplicación del artículo 439 del Código Penal, pero ahora desde el punto de vista de la falta de tipicidad penal de la conducta analizada porque estima el recurrente que la adjudicación a dicha empresa lo fue en razón —recogida en el *factum*—, de contener la plica más ventajosa para el Ayuntamiento, y porque en el presente caso no aparece informe alguno ni forzamiento por parte del recurrente en su condición de Alcalde para derivar la adjudicación de obras a la empresa Presem Galicia.

El motivo, exige una reflexión sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y las modificaciones sufridas por el tipo penal en relación al anterior Código Penal —art. 401— y al actual —art. 439.

Si bien es cierto que en la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1996 se afirma que la definición del actual artículo 439 es equivalente a la del antiguo artículo 401, tal vez sea hora de revisar tal afirmación en la línea de lo declarado, también, por la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 1999. Según esta, son apreciables algunas diferencias de descripción de la conducta punible y de otra índole, así desde el punto de vista sistemático el delito del artículo 401 del anterior

Código Penal se incluía en los fraudes y exacciones ilegales, en tanto que en el vigente Código Penal pasan a integrar el capítulo relativo a negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Sin duda de mayor calado es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el artículo 401 se refería al funcionario público que «... se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo...», en el vigente artículo 439, la acción se refiere a la autoridad o funcionario público «... que debiendo informar por razón de su cargo... se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar...». La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código pues si en el artículo 401, la expresión «se interesase» supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual artículo 439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario se exige además:

a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término «informar» es más preciso y concreto que el de «interesarse».

b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para «... forzar o facilitar cualquier forma de participación...», lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para el asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular.

Resulta evidente que el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se integra por un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la Administración como a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el artículo 103. Se está en presencia de un delito de los llamados «de infracción de deber» que evidencian singularmente —como se recoge en la STS de 19-1-2001—, la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal, en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. En efecto, la imparcialidad en la actuación de la Administración Pública es uno de los valores que vertebran el estado de derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida que credibilidad entre los ciudadanos, consecuencia de ello, es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del funcionario en asunto en el que deba de intervenir oficialmente, a esta idea responden los dos tipos penales analizados: el artículo 401 del actual Código Penal y el artículo 439 del vigente texto, pero como ya se ha dicho y ahora se reitera, son apreciables diferencias importantes en relación a la descripción del tipo penal en el sentido de haberse reducido la acción típica en la versión actual ya que el sujeto activo del delito debe ser algún funcionario público o autoridad que en negocio público concreto deba intervenir en la forma de emitir un dictamen, es decir, deba asesorar, en tanto que en el tipo del artículo 401 del actual Código Penal bastaba que se «interesase», ya su intervención fuera de asesoramiento o ejecutiva, lo que permite concluir que quedan actualmente extramuros del tipo las autoridades que decidan en un asunto, aunque tengan interés particular en él, conclusión sorprendente pero que es la que se deriva del tipo y que debe ser aceptada en virtud del principio de legalidad y de la prohibición de su interpretación extensiva.

En este sentido, las sentencias de esta Sala de 17-10-2000, de 27 de noviembre de 2000, así como la de 5-2-2001 acordaron la absolución de tres Alcaldes precisamente por no aparecer descrita en la acción la obligación que tenían de informar, cuestionando que, precisamente por ello, el Alcalde pueda ser sujeto activo de este delito en cuanto que sus funciones son ejecutivas y no de asesoramiento. Sin duda puede ser llamativa esta reducción querida por el Legislativo.

Desde estas reflexiones, debemos analizar la acción descrita en los hechos probados, la que resulta intangible para esta Sala dado el cauce casacional del motivo que se estudia.

El *factum* recoge la acción del recurrente, Alcalde de la localidad de Viana do Bolo, que junto con los miembros de la Comisión de Gobierno Municipal, acordó por unanimidad la adjudicación de la obra de reconstrucción del Salón de Actos de la Casa Consistorial a la empresa «Presem Galicia Constructora, SA», empresa en la que el recurrente tenía 280 acciones nominativas –números 1021 a 1300–. Ni en los hechos probados resumidamente expuestos, ni en la fundamentación aparecen datos que permitan afirmar que para la adjudicación hubiese mediado previo informe del recurrente y que a través de éste se hubiera enderezado en adecuado nexo de causalidad, la adjudicación de las obras a la empresa citada. Más aún, en el propio *factum* se reconoce que la adjudicación fue debida a contener la plica más ventajosa económicamente por el Ayuntamiento.

Como se afirma en las sentencias de esta Sala de 17-10-2000 27 de noviembre de 2000 ya citadas, sí se constata una falta de ética pública en el recurrente que debió abstenerse de intervenir en esa operación, pero esta falta de ética sólo resulta relevante desde la perspectiva penal en la medida que pueda ser subsumida en la descripción legal del tipo, que contiene la criminalización de aquel deber, sin que en virtud del principio de legalidad pueda ser ampliado analógicamente a conductas no descritas. Dicho de otra manera, la ilicitud estimada como penal debe quedar delimitada por la tipicidad, dejando extramuros de ella otras conductas que el Poder Legislativo no estimó –por las razones que fuesen– que debían integrar el tipo penal, y esta situación es cabalmente la ahora analizada.

En efecto en el presente caso está ausente la nota del informe que exige el tipo, así como la idea de forzamiento o facilitación para obtener ventaja particular de la instrumentalización del cargo público, siendo consecuencia de ello la absolución del recurrente con estimación del recurso.

(Sentencia de 16 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 446

*Magistrado de Audiencia Provincial que dicta Auto injusto aplicando prescripción en causa por delito fiscal, sosteniendo posiciones jurídicamente no asumibles, apartándose a sabiendas de la legalidad teniendo en cuenta su condición de magistrado y conocedor del derecho, sin que tenga relevancia el que el Auto no fuera recurrido*

Quinto.–El motivo sexto, por el cauce de la Infracción de Ley del número 1 del artículo 849 denuncia como indebida la aplicación del artículo 446-3.º del Código Penal a los hechos declarados probados.

Como ha puesto de relieve la doctrina científica, el vigente Código Penal ha estructurado de diferente forma que el anterior, los diversos supuestos de prevaricación ya que si en el Código de 1973 se encontraban compartiendo el mismo Capítulo el I del Título VII, dentro de la rúbrica «de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos», tanto los supuestos referentes a la prevaricación judicial como a la efectuada por funcionarios públicos, en el vigente Código se estudian diferencialmente en títulos distintos ambas figuras.

En efecto, en el Título XIX «de los delitos contra la Administración Pública»—Capítulo I se encuentran los supuestos de prevaricación de los funcionarios públicos, en tanto que en el Título XX, «delitos contra la Administración de Justicia» en su Capítulo I, se recogen exclusivamente los supuestos de prevaricación judicial en los artículos 446 a 449.

El cambio tiene más calado que el meramente sistemático al responder al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues siendo la prevaricación del funcionario y la del juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario.

El Juez tiene el monopolio de la jurisdicción y la facultad exclusiva de resolver los conflictos que se le presenten mediante la aplicación de la Ley, en un poder independiente que encuentra su límite en la aplicación del Ordenamiento Jurídico, resolviendo de manera vinculante y definitiva el asunto enjuiciado. Evidentemente no llega a tanto el poder de un funcionario sin perjuicio de que en la resolución del escrito administrativo que se trate deba resolverlo de acuerdo a la legalidad vigente, pero el Juez, como poder del Estado es el garante e intérprete de la legalidad, lo que le coloca en una situación diferente y superior, y de ello se derivan dos consecuencias importantes:

a) La mayor gravedad de la prevaricación judicial sobre la del funcionario, lo que se comprueba con la mayor severidad de las penas con que está castigada aquella —puede llegar a pena de prisión y tiene mayor extensión la pena de inhabilitación especial— que las penas previstas para la prevaricación del funcionario.

b) En la medida que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, es claro que como se afirma en la reciente sentencia de esta Sala, ya citada, 2/1999, de 15 de octubre «... en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia, han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea «esperpéntica» o que «pueda ser apreciada por cualquiera»... pero un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario...».

Esta prevención es necesaria porque al tratar en el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse, casi en exclusividad, la jurisprudencia a los supuestos de prevaricación del funcionario, resulta necesario el recordatorio de no trasladar *sic et simpliciter* aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución.

El delito de prevaricación dolosa descrito en el artículo 446-3.º del Código Penal por el que ha sido condenado el recurrente, se integra por dos elementos: uno de naturaleza objetiva integrado por el dictado de una resolución injusta, y otro subjetivo, integrado por el elemento subjetivo del injusto consistente en saber que se está dictando una resolución injusta, lo que queda objetivado en la expresión «a sabiendas» que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa.

En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTs de 14-2-1891, 21-1-1901, 4-7-1996 en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente de 15-10-1999 en Causa Especial 2940/1997, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el «... apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...».

Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad.

El elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica –«iura novit curia»–.

Desde la doctrina expuesta podemos pasar al estudio del auto de 2-6-1998 a fin de verificar en este control casacional la denuncia efectuada de no merecer la calificación de injusto y haber sido dictada «a sabiendas».

Recordemos brevemente el contenido del auto.

En el Juzgado de Instrucción número 18 de los de Barcelona se tramitan Diligencias Previas en virtud de querrela formalizada por el Ministerio Fiscal 1451/1995 sobre delito fiscal apareciendo como imputado don Jaime S. A.

En dichos autos interpone tres recursos de queja la representación del imputado citado, que por las normas de reparto se turnan a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona que presidía el recurrente. Se acumulan los tres recursos de queja quedando bajo ponencia de éste bajo el número de Rollo Penal 3011/1998 y tras deliberación se acuerda la prescripción invocada por el quejante declarándose

el sobreseimiento libre de la causa por haberse extinguido la presunta responsabilidad criminal de Jaime S.

En síntesis, las alegaciones del recurrente son las siguientes:

a) No puede hablarse de decisión prevaricadora, allí donde se ofrece una interpretación teóricamente justificada.

b) El instituto de la prescripción ha sido una figura de gran controversia, en concreto en la determinación de la frase «... el procedimiento se dirija contra el culpable...» prevista tanto en el artículo 114 del anterior Código Penal como en el 132 del vigente.

c) Frente a los razonamientos de la sentencia sometida al presente control casacional, existen numerosas resoluciones de diferentes órganos judiciales que interpretan la frase antes citada, de diversa manera, y

d) En tal sentido designa las Diligencias Previas 1626/1993 del Juzgado de Instrucción número 15 de Barcelona, en las que el Ministerio Fiscal insta la extinción de la responsabilidad penal por prescripción porque en el transcurso de seis años desde la comisión de los hechos hasta que se le tomó declaración como imputado a una persona; Sentencia 34/1999, de 17 de febrero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma, las SSTC 135/1989, 54/1991 y 186/1990, todas ellas relativas a la imputación; SS AP de Bilbao y Barcelona sobre la suma de los períodos ganados de inactividad y finalmente, diversas sentencias del Tribunal Constitucional referentes al concepto de indefensión que presupone una actuación diligente del perjudicado en todas las diferentes fases judiciales, para concluir el motivo diciendo que en el presente caso, el Ministerio Fiscal no recurrió en súplica el auto tildado de prevaricador, que era recurrible, efectuando un recordatorio sobre los principios de legalidad e imparcialidad por los que se rige el Ministerio Fiscal, en relación a haber sostenido otros planteamientos diferentes en relación a la prescripción.

Por su parte, el auto de 2-6-1998 que acuerda la prescripción invocada por el quejante, tras una introducción teórica sobre el diferente juego y fundamento de la prescripción en la esfera civil y en la esfera penal y después de una sorprendente queja dirigida al Ministerio Fiscal, presentante de la querrela «... ante la abstrusa y significativa presentación de la querrela un día antes de su automática y conclusiva expiración...» cuyo alcance no acaba de comprenderse porque la querrela no es difícil comprensión o inteligencia –eso quiere decir abstrusa según el Diccionario de la Real Academia– ni tiene una significación especial porque el Ministerio Fiscal la presentase en el que el recurrente estimaba el último día antes de la prescripción. La prescripción se acordó en base a los siguientes argumentos:

a) Por la operabilidad del principio *in dubio pro reo*.

b) Por estimar que la presentación de la querrela no supone un acto de actividad instructora.

c) Porque habiéndose interpuesto la querrela ante Juzgado territorialmente incompetente, se ha infringido el artículo 272 de la LECrim por lo que tal presentación carece de significación jurídica para impedir la interrupción de la prescripción.

d) Porque ha de estimarse como fecha «angular» para la interrupción de la prescripción la de 12-2-1998, cuando el querrelado es citado en calidad de imputado ante el Juzgado Instructor competente –número 18 de los de Barcelona– pero para entonces ya el delito estaba prescrito, prescripción que se extiende no solo al ejercicio fiscal del año 1988, sino que debe entenderse también a los ejercicios de los años 1989 y 1990, pues a esos tres ejercicios se refería el querellante.

e) Porque ha habido una quietud en la actividad judicial, ya que las resoluciones existentes referentes a la determinación de la competencia entre los órganos judiciales en conflicto –Gavá y Barcelona–, para nada afectan al imputado, hasta «el formal acuerdo de dirección acusatorio contra el mismo», que fue la citación como imputado en la fecha antes citada, careciendo de trascendencia aquellas «actuaciones judiciales, simplemente incoadoras y competenciales».

f) Porque cualquier duda respecto a la vigencia de la prescripción debe resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*.

Termina el Fundamento segundo, único que contiene la argumentación de la decisión con esta frase «... por ello, esa inamovilidad del procedimiento, esa inoperancia de tales providencias, esa falta de impersecución (sic) de los hechos delictivos, sirven de fundamento a la conclusiva ausencia interruptiva activa (sic) del plazo de prescripción...».

La sentencia sometida al presente control casacional, dedica el Fundamento Jurídico segundo a exponer la doctrina jurisprudencial consolidada existente sobre interrupción de la prescripción en interpretación de los artículos 114-2.º del anterior Código Penal y 132-2.º del vigente y que se condensa en los siguientes puntos:

a) La presentación de la querrela criminal encaminada al esclarecimiento de un delito dirigida contra una o más personas determinadas como supuestos responsables del delito de que se trate, interrumpe la prescripción.

b) que una vez interrumpida la prescripción, queda sin efecto el plazo transcurrido.

c) Rechaza las alegaciones del auto prevaricador que le niega trascendencia jurídica procesal interruptiva de la prescripción que había comenzado de nuevo tras la presentación de la querrela que se realizaron desde que se remitió la misma al Juzgado de Instrucción territorialmente competente –el número 18 de Barcelona–; durante esos casi tres años hasta la declaración del querrellado –12-2-1998– el Juzgado de Instrucción territorialmente competente tuvo que dar respuesta a no menos de 15 escritos del querrellado, de suerte que su declaración solo pudo llevarse a cabo tras la superación de los obstáculos procesales interpuestos precisamente por su representación y defensa, por lo que no puede estimarse ni que el proceso en ese período estuviese paralizado o que las resoluciones dictadas carecieran de contenido sustancial.

En este control casacional, se comparte plenamente tanto la doctrina expuesta sobre la prescripción y en concreto sobre el *dies a quo* que queda interrumpido con la presentación de la querrela, como la imposibilidad de sumar y acumular los períodos de inactividad intermedios hasta alcanzar el tiempo legal o sobre las diligencias inócuas. En la sentencia recurrida se da suficiente cita jurisprudencial que todavía podría completarse con otras más recientes en el mismo sentido, precisamente en referencia al delito fiscal, como las SSTS 26-7-1999, 6 de noviembre de 2000 y 30-10-2001, así como las en esta última citadas correspondientes a los años 1994, 1995 y 1997, por tanto anteriores a la fecha del auto, a las que pueden añadirse *ad exemplum* las de 2 de febrero y 18-3-1993, 10 de marzo y 10-7-1993, 30-10-1993, 18 de julio y 27-10-1994 y 3-3-1995, estas últimas relativas a la no acumulación del tiempo ganado para la prescripción en caso de interrupción, cuestión que por otra parte ha quedado clara en sede legislativa ya que el artículo 114-2.º del vigente Código Penal –anterior al auto de 2 de junio–, prescribe terminantemente «... quedando sin efecto el tiempo transcurrido...». Más aún, en relación a la determinación nominativa del querrellado, como presunto implicado en el delito denunciado, debemos recordar con la STS de

29-7-1998, que incluso existen supuestos de coautoría plural en los que no se precisaría la identificación completa de todos los intervinientes. No es supuesto de aplicación al caso pues la querrela formalizada por el Ministerio Fiscal se dirigía exclusivamente contra Jaime S. A., a quien imputaba un delito fiscal continuado correspondiente a los años 1988, 1989 y 1990.

En conclusión, podemos convenir con la sentencia recurrida que el auto analizado no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial existente en esta materia, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica, esencial en todo ordenamiento jurídico, ha determinado en relación a la prescripción, cómputo e interrupción.

Tal injusticia todavía se refuerza a la vista de las argumentaciones efectuadas por el recurrente, que son de una pobreza argumentativa patente. En efecto, se refiere el motivo a la operatividad del principio *in dubio pro reo*, que como tiene dicho esta Sala —entre otras STS de 28 de diciembre de 2000—, es un principio valorativo dirigido al Tribunal en cuya virtud, en aquellos supuestos a enjuiciar en los que exista una duda indestructible derivada de las pruebas de cargo y de descargo, aquellos deben adoptar el criterio más favorable al reo.

En el presente caso, ninguna duda existe respecto de la fecha inicial de la interrupción de la prescripción, constituida por la presentación de la querrela —29 de noviembre de 1994, por error material en el auto se dice 1999— que contenía la descripción de tres ejercicios fiscales y la identidad completa del supuesto autor. Lo que no resulta admisible, es con apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre el valor de la misma, introducir gratuitamente una duda sobre si la presentación de la querrela tiene o no tal efecto (que recuérdese que el propio auto se lo reconoce «... ante la abstrusa y significativa presentación de la presente querrela el día antes de su automática y conclusiva expiración...») para entrando en contradicción con este razonamiento, instrumentalizar el principio *in dubio pro reo* y convertirlo en un argumento de la prescripción, y lo mismo puede decirse respecto de la pretendida inactividad del Juzgado territorialmente competente —el de Barcelona— cuando ante él, por la representación del recurrente se plantearon numerosas cuestiones no de trámite como se declara en la sentencia recurrida y se verifica en este control casacional. Por ello, situar como día en que se interrumpe la prescripción el de la declaración en calidad de imputado del recurrente —el 12-2-1998—, cuando la querrela se presentó el 29 de noviembre de 1994, presentándose en la jurisdicción de Gavá, por corresponder al domicilio del recurrido, aunque el domicilio fiscal era Barcelona, al cual se inhibió el primero, precisamente por impugnación de la competencia efectuada por el recurrente, de quien se intentó su citación para el 2-1-1995 —folio 775— y que por los diversos escritos e impugnaciones efectuados —en modo alguno inócuos—, solo pudo recibírsele declaración el 12-2-1998, supone un apartamiento total de la doctrina imperante por no responder tal determinación a opinión jurídicamente defendible en esta materia.

La mejor prueba la facilita el propio recurrente con las referencias jurisprudenciales de algunos Juzgados o Audiencias que sostuvieron en algún momento y de forma episódica planteamientos inasumibles como la suma de períodos de inactividad —se citan dos sentencias del año 1990, una de Bilbao y otra de Barcelona— una resolución del Juzgado número 15 de Barcelona de 1993, no aplicable al caso porque, según el propio resumen que se facilita, la persona a la que se le solicitó la prescripción teniendo en cuenta la fecha de la declaración no aparecía citada en el escrito inicial de querrela, así como la sentencia de 17-2-1999 de Palma, en definitiva son

resoluciones que no son de esta Sala Casacional, única que tiene encomendada a través de la casación la verificación de la correcta interpretación y aplicación de la Ley.

Ciertamente se citan sentencias del Tribunal Constitucional, referentes a la imputación o a la indefensión que en nada inciden ni apoyan los planteamientos del recurrente y lo mismo ocurre con las sentencias referidas a esta Sala, careciendo también de relevancia a los fines pretendidos por aquél el recordatorio a los principios de legalidad e imparcialidad por los que se sigue el Ministerio Fiscal.

Por lo demás, debemos coincidir con la sentencia recurrida, que la presentación de la querrela en Juzgado territorialmente incompetente tiene plena eficacia interruptiva de la prescripción pues de acuerdo con el artículo 238.1 de la LOPJ solo de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional acarrea la nulidad de los actos judiciales. No fue este el caso, ya que tanto el Juzgado de Gavá como los de Barcelona tienen la misma competencia objetiva y funcional.

La conclusión de todo el examen realizado en esta sede casacional es que, en efecto, el auto considerado prevaricador en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, calificado como injusto en el sentido objetivo del término al que antes nos hemos referido, responde efectivamente a tal calificación a los efectos del artículo 446 del Código Penal.

Queda por examinar, dentro de examen del elemento objetivo de la prevaricación la cuestión que suscita el recurrente relativa a la no utilización de los recursos existentes contra el auto prevaricador, estimando que esta falta de utilización de los recursos impide aquella calificación —a ello se refiere la sentencia recurrida en el noveno de los Fundamentos Jurídicos—.

Se confunde, lamentablemente, los términos de injusticia y de recurribilidad. La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene, no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta, puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el Juez o Tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguibilidad. La resolución injusta lo es *per se* y como tal constituye una resolución prevaricadora.

En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión «a sabiendas» que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado Presidente de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal —con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal—, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad. A ellos también se refiere la sentencia recurrida en el séptimo de sus fundamentos con reflejo en el *factum*. Son los siguientes:

a) Hubo alteración de las reglas de reparto de asuntos en la Sección, ya que al Presidente de la Sección —el recurrente— se le turnaban los asuntos terminados en los dígitos 0 y 5. Ninguno de los tres recursos de queja acumulados que resuelve el Auto prevaricador, termina en 0 ó 5 —son los número 3011/1998, 3012/1998 y 3013/1998—, criterio que regía también para las acumulaciones de autos. En tal caso, la ponencia se adjudicaba al Magistrado que aparece como ponente del primero rollo. Solo en el presente caso del año 1998, quebró este criterio de reparto, pues se designó ponente al recurrente a pesar de que ninguno de los rollos acumulados, ni tampoco el primero, le correspondía por el último dígito del número del rollo.

b) Según consta de las declaraciones de los otros dos Magistrados que conformaban con el recurrente el Tribunal, la deliberación del asunto fue muy somera y ambas Magistradas, firmaron el auto en la creencia de que se estaba indicando un solo delito fiscal, y no tres y en ese sentido se habló en la deliberación siendo significativo que este dato aparece muy desvaído en el propio auto, de suerte que, como se afirma en la sentencia, «... de forma subrepticia, el ponente introduce la prescripción de las tres anualidades en su resolución...», siendo irrelevante que en la querrela el Ministerio Fiscal se refiriese a un solo delito fiscal continuado, pues en tal caso, la prescripción contaría al finalizar el tercer ejercicio, coincidente con la consumación del mismo, aunque ya es conocida la doctrina de esta Sala que estima como delitos autónomos los de cada ejercicio fiscal. Todo ello, lleva a esta Sala a estimar, también con la sentencia que la información facilitada por el recurrente a sus compañeras de Tribunal, fue «parcial y sesgada».

c) Se acordó la precaución «... muy poco justificada...» de evitar que continuara la causa, que se hablaba (sic) en aquellos momentos muy avanzada mediante acordar la suspensión de la misma.

Todos estos datos y declaraciones actúan como claros indicadores que refuerzan y consolidan la clara intencionalidad del recurrente, y en definitiva la conciencia y voluntad de éste al dictar el auto prevaricador, con independencia de la concurrencia o no de móvil, pues el móvil que induce a un actuar delictivo, no forma parte del tipo penal.

La conclusión de todo ello es la desestimación del motivo.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2001)

## ARTÍCULO 451

*No caben las formas imperfectas de ejecución como la tentativa en el delito de encubrimiento; Intentar arrojar droga por inodoro, perteneciente a tercero es delito consumado*

Primero.—La sentencia recurrida condena a Silvia como autora de un delito de encubrimiento consumado previsto y penado en el artículo 451, 1.º y 2.º, del vigente Código Penal. En contra de esa calificación, y a través del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alza la recurrente por entender que tal delito debe entenderse cometido en grado de tentativa.

Es cierto que los hechos probados, en lo que aquí interesa, describen la acción del siguiente modo: «... Silvia A. M. volvió al interior del piso y se dirigió al inodoro con la intención de arrojar por allí una bolsita que contenía unos cinco gramos de cocaína...», cocaína que, según la sentencia, pertenecía al condenado como autor. De esa descripción deduce la impugnante, al igual que el Ministerio Fiscal en cuanto apoya el motivo, que la acción encubridora no llegó a completarse y de ahí la pretensión de que el delito debe entenderse cometido en la forma imperfecta de ejecución que supone la simple tentativa.

Segundo.—En el Código de 1995, este delito ha pasado de ser una simple forma de participación «post delicto» según los anteriores Códigos (artículo 17 del Código de 1973), a un delito autónomo, por entenderse el encubrimiento como una conducta dotada del propio contenido del injusto y no ligado o dependiente del tipo delictivo

que se trata de encubrir. Esta novedad legislativa que ha sido muy bien acogida por la mayoría de la doctrina, cuando entendió siempre la dificultad que suponía mantener un cordón umbilical entre delito ya cometido por otro y la sanción recibida por un tercero no interviniente en el hecho, crea no obstante, como todo lo novedoso, dificultades interpretativas de un cierto calado que se nos ponen de relieve en el presente supuesto al tener que decidir si tal delito, con tipicidad independiente y autónoma, puede o no ser ejecutado en la forma imperfecta de tentativa.

Para resolver este problema hemos de partir de una interpretación lógica de lo que establece el artículo 451 del Código en sus números 1.º y 2.º (estos dos apartados sirven de base a la calificación de la Sala de instancia) que constituyen entre ambos la esencia principal del tipo. De esta labor hermenéutica podemos inferir lo siguiente: *a)* Lo esencial de esa acción delictiva es la de «auxiliar» a los autores o cómplices de un delito para no ser descubiertos, auxilio que puede efectuarse a través de ciertos mecanismos como son la ocultación, la alteración o la inutilización del cuerpo, de los efectos o de los instrumentos de un delito. *b)* Al tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, ese auxilio, aunque individualizado en cada caso en favor de los autores o cómplices siempre ha de tener como misión la de evitar su descubrimiento y así lograr la impunidad, obstruyendo de ese modo la acción de la justicia. *c)* Por ello, basta con que se produzca ese auxilio para que se entienda consumada la acción encubridora, aunque no produzca el resultado apetecido en todo o en parte, es decir, se configura como un delito de simple actividad en el que, lógicamente, no caben las formas imperfectas de ejecución como la tentativa.

(Sentencia de 22 de febrero de 2001)

*Arrojar parte de la droga del domicilio ante la llegada de la policía, lo que no queda afectado porque otros acusados sean absueltos del delito de tráfico de drogas*

Quinto.—(...) Pues bien, en el citado razonamiento de la sentencia, la Sala *a quo* refleja como alcanza su convicción respecto a la participación de la acusada en los hechos como encubridora de un delito de tenencia de drogas para el tráfico, conforme a diversos indicios. Por una parte la naturaleza, composición, envoltorio de las sustancias intervenidas en la cocina de la casa en la que se encontraba, y en el jardín exterior a la vivienda, en un neceser. Por otra, el que la acusada fuera la única persona que se encontraba en la casa en el espacio de tiempo durante el que se debió arrojar al jardín el citado neceser habiendo estado totalmente vigilados los otros dos acusados según el testimonio de los funcionarios de policía actuantes, sin posibilidad de que hubieran sido ellos. El que la acusada, al observar a la policía vigilando en el exterior, saliera precipitadamente de la vivienda dejando las luces encendidas y sin dar explicación satisfactoria al respecto.

Todo ello conduce al Tribunal Provincial a concluir razonadamente que fue la acusada quién arrojó la droga al exterior de la vivienda en un evidente intento de desvincular dicha sustancia de los moradores del domicilio en cuestión, de suerte que, ante tan detallado análisis, hemos de ratificar que la prueba de participación de la acusada en los términos y el grado señalado resulta idónea y suficiente para destruir la presunción de inocencia.

Por lo que se refiere a la procedencia de la calificación de los hechos probados como un delito de encubrimiento del artículo 451.2 del Código Penal, tomando lo

razonado al respecto por el Fiscal, hemos de señalar, en primer lugar, que a ello no obsta el pronunciamiento absolutorio contenido en la sentencia respecto de los otros dos acusados, porque el tribunal *a quo* realiza ese pronunciamiento por no estimar suficientemente probado quién era el poseedor o, cuando menos, quién disponía realmente de la sustancia ocupada. Pero estimando, en todo caso, que la cuantía de la misma, reducida ya a un contenido de sulfato de anfetamina, determinaba con claridad su preordenación al tráfico, aun cuando se mantuviera la incógnita de su propietario, pues no ha de olvidarse que se estimó como notoria importancia por permitir la obtención de más de 200 dosis de la droga intervenida.

Establecida con claridad la existencia del delito de tráfico de drogas, la conducta de la acusada, según los términos narrados en el relato fáctico de la sentencia, arrojando parte de droga del domicilio, constituye claramente el supuesto contemplado en el artículo 451.2 del Código Penal, al sustraer del control policial la sustancia prohibida. Resultando de imposible apreciación la exención contemplada en el artículo 454 como pretende la recurrente, no sólo porque resulte forzada en términos inadmisibles la equiparación de una relación de días con la del cónyuge, sino porque, al no declarar probado la sentencia quién era el poseedor o el propietario de la droga, no puede considerarse, en modo alguno, que con su conducta la acusada protegía a su «pareja estable», a quien la sentencia no declara autor del delito de tráfico de drogas que ella encubre.

(Sentencia de 11 de abril de 2001)

## ARTÍCULO 464

*Intentar influir, con violencia o intimidación, directa o indirectamente en quien sea parte de un procedimiento para que modifique su actuación procesal: elementos. No lo constituye el proferir la expresión «ten cuidado con lo que hablas»*

Único.—El Fiscal, en el motivo único del recurso, amparado en el artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción, por indebida inaplicación del artículo 464.1.º del CP.

Impugna el Ministerio Público las consideraciones de la sentencia recurrida que excluyen que mediase intimidación por parte de Javier M. G. contra Eddie Alberto Z. G., por el hecho de que el primero no conminase con ningún mal al segundo, entendiéndose el recurrente que para apreciar intimidación es suficiente que la actividad desplegada por el autor del delito sea apta para infundir miedo a la víctima, y en el caso enjuiciado la actuación del condenado atemorizó al testigo, recogiénose en la sentencia atacada, en el Fundamento Primero «que el señor Z. pudiera llegar a asustarse». Entiende el Fiscal que la frase dirigida por Javier a Eddie Alberto «ten cuidado con lo que hablas», transmitía la advertencia de que si lo que hablaba Eddie Alberto no era del agrado de Javier podría sucederle algún problema al primero o correr algún peligro.

Pone de relieve también el Ministerio Público que Javier estaba acompañado de otra persona en el momento de abordar al testigo.

La representación del recurrido Javier M. G. impugnó el recurso del Fiscal, por entender que no cabía con apoyo en la frase utilizada por el acusado «que tuviera cuidado con lo que hablaba», que se recoge en la narración histórica de la sentencia,

imputar al mismo la comisión de un delito de obstrucción a la Justicia, pese a la no concurrencia de la violencia o la intimidación al denunciante para que modificase su actuación procesal.

Estima el recurrido que la frase «que tuviera cuidado con lo que hablaba» había que interpretarla en conexión con las palabras precedentemente dichas por Javier «él no había participado en el robo», entendiéndose que por la frase interesando cuidado al acusado, no trataba de amenazar, sino de recomendar al testigo que dijera la verdad.

Y el recurso debe ser desestimado, básicamente por aceptación de los argumentos expuestos en el Fundamento Primero de la sentencia recurrida, para justificar la no apreciación del delito de obstrucción a la Justicia.

Según se razona en la sentencia de esta Sala de 11-4-1996 en relación al delito del artículo 325 bis, p. 1.º del CP de 1973, antecedente del tipificado en el ap. 1 del artículo 464 del CP de 1995, el delito de obstrucción a la Justicia que tipifican los mencionados preceptos, guarda una próxima relación con los de amenazas y coacciones y es un delito de peligro, que se consuma en cuanto con violencia e intimidación se intenta coartar la libertad de quienes intervienen en el proceso.

Requiere el tipo del párrafo 1.º del artículo 464 del CP de 1995, como requería el del parr. 1.º del antiguo Código, que se coaccione a los que intervienen en el proceso, exigiendo de ellos un cambio de actuación procesal, y empleando como medio conminatorio la violencia y la intimidación. Sujeto activo de este delito cuando de procesos penales se trata, suele ser el imputado, sujeto pasivo del delito únicamente pueden serlo las personas específicamente relacionadas en el propio texto penal —denunciantes, partes, abogados, procuradores, peritos, intérpretes o testigos—.

En relación a la intimidación, como medio conminatorio para forzar el cambio de actuación procesal, la jurisprudencia ha entendido que debe entenderse tal elemento coactivo en sentido amplio y omnicompreensivo (SS. de 12-11-1988, 5-11-1990 y 11-4-1996), habiéndose apreciado por la Sala cuando las expresiones expuestas en tono moderado, son suficientemente significativas para atemorizar al denunciante (SS. 12-2 y 8-10-1990).

Se caracteriza también por la jurisprudencia al delito de obstrucción a la Justicia como delito de intención, en el que se excluyen las formas culposas, y como delito de simple actividad, en que la consumación se alcanza por el simple ejercicio de la violencia o intimidación (SSTS de 9-5-1986, 16-3-1990, 22-2-199 y de 11-4-1996).

En el supuesto descrito no concurren indubitadamente todos los elementos del delito de obstrucción a la Justicia que tipifica el apartado 1.º del artículo 464 del CP de 1995, ya que ni cabe apreciar claramente el elemento conminatorio de la intimidación, ni tampoco el elemento finalista, de búsqueda de cambio de actuación procesal del denunciante.

Aunque las palabras utilizadas por Javier M. G. «ten cuidado con lo que hablas» podían ser interpretadas como una amenaza al denunciante, si éste reconocía a Javier en la correspondiente diligencia judicial, también podían ser interpretadas, según el criterio de la Audiencia, como exigencia a Eddie Alberto de que actuase correcta y cuidadosamente en la diligencia de identificación y no se equivocase imputándole a Javier la intervención en el robo con intimidación.

La conclusión del Tribunal sentenciador al atribuir este último sentido a las palabras de Javier M. G. no es arbitraria ni contraria a las reglas de la lógica o la experiencia y supone la aceptación por la Audiencia de que el acusado no realizó acto intimidatorio, ni tuvo propósito de atemorizar al testigo.

(Sentencia de 24 de febrero de 2001)

*Es irrelevante que la víctima se constituya o no en parte en el proceso penal*

Primero.—El inicial motivo de casación se encabeza del siguiente modo: «Infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 464.2 del Código Penal y error en la apreciación de la prueba».

Aunque, como vemos, no se cita ningún precepto procesal como base de esta pretensión, de su enunciado sólo cabe inferir que ese sostén adjetivo se refiere, respectivamente, al artículo 849.1.º y 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello, y habida cuenta del desarrollo del motivo que se hace en el escrito de formalización, se podría concluir sin más que debió ser inadmitido *a limine* en fase de instrucción, ya que: *a)* Si nos centramos en lo alegado por infracción de ley, es claro que no se respetan los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, dialéctica impermissible cuando se emplea esta vía casacional, según dispone el artículo 884.3.º de la propia Ley. *b)* Respecto al pretendido error de hecho, no se cita ni un solo documento que tenga la naturaleza de tal y que pueda servir de base a la pretendida equívocación del juzgador en la valoración de la prueba.

No obstante ello, daremos respuesta, aunque sea brevemente, a lo que podemos entender como esencia del motivo y así se resalta con letras mayúsculas al inicio del escrito, y que no es otra cosa que la alegación de que no es aplicable el artículo 464.2 del Código Penal porque en el juicio de faltas seguido contra Rocío G. en el que fue condenada y después recurrida la sentencia, la víctima «no se mostró parte y se apartó del procedimiento careciendo de legitimidad procesal y de interés legal así como de derecho alguno para formular recurso o cualquier otra actuación procesal o legal al respecto».

Frente a ello hemos de decir lo siguiente: 1.º El delito que se tipifica en el referido artículo 464 es un delito de carácter público y no privado por sancionarse en él acciones tendentes a la obstrucción de la Justicia mediante acciones violentas o intimidatorias o actos atentatorios contra la vida, integridad, etc., o bien dirigidas a influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, o bien con intención de represalia contra las personas citadas por su actuación en un procedimiento. 2.º Es decir, el precepto distingue en sus dos apartados el ánimo de «influir» y el ánimo de «venganza», por lo que en este segundo supuesto no es necesario que la víctima de las acciones violentas forme parte en ese momento del proceso, bastando que haya sido denunciante del hecho que le dio origen. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que el tipo delictivo aplicado y objeto de condena fue el comprendido en el apartado 2.º del referido artículo 464 por las acciones violentas de los encausados contra el inicialmente denunciante, al que causaron determinadas lesiones, con ánimo claro y evidente de venganza por haber realizado la denuncia, siendo indiferente, por tanto, que después se mostrara o no parte en el procedimiento incoado.

Se desestima el motivo.

(Sentencia de 24 de marzo de 2001)

*Diferencias entre intimación e intimidación. No existe intimidación si el propósito de que las víctimas cambiasen su declaración lo fue sólo con frases en tono amenazante, pero sin llegar a amenazar*

Tercero.—En el motivo 2.º, por el mismo cauce procesal del artículo 849.1.º LECrim que obliga a respetar el hecho probado, se vuelve a alegar infracción de ley, ahora referida a aplicación indebida del artículo 464.1 CP que sanciona al «que con

violencia o intimidación intenta influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigos en un procedimiento para que modifique su actuación procesal».

Dice el recurrente, y dice bien, tanto que ha recibido el apoyo del Ministerio Fiscal, que en los hechos probados de la sentencia recurrida no hay base suficiente para una condena por este delito del artículo 464.1.

Es cierto que hubo una actuación del acusado, realizada en dos ocasiones distintas, ambas tendentes a que los dos menores, antes referidos, víctimas de los hechos relativos al favorecimiento de su prostitución cambiaran sus anteriores manifestaciones que le habían implicado en tales hechos.

Pero en el relato de lo ocurrido que nos ofrece la sentencia de instancia no aparecen suficientes elementos como para que podamos afirmar que hubo violencia o intimidación en ese comportamiento del acusado.

Violencia no hubo, pues la que recoge el párrafo último de los hechos probados causada por el acusado aparece como una defensa respecto de los ataques de que fue objeto por parte de dichos dos menores en la última de esas dos ocasiones. Tan es así que la propia sala de instancia considera justificadas, por aplicación de la eximente de legítima defensa, las lesiones leves que sufrieron tales dos menores, cuando trataban de impedir la huida de Antonio N.

Intimidación tampoco existió, pues la sentencia recurrida nos dice así: «dirigiéndose a los mismos con tono amenazante les manifestó «hay que ver el lío en que me habéis metido», a la vez que les intimaba a cambiar sus declaraciones...». Y ello no basta para integrar el elemento «intimidación» exigido por este artículo 464.1.

La expresión «tono amenazante» hay que referirla a la frase que pronunció Antonio N.: «hay que ver el lío en que me habéis metido», expresión que no tiene en sí misma un contenido intimidatorio. Al no decir que existieran otras amenazas diferentes de la mencionada frase, hemos de entender que no hubo este elemento imprescindible para la perfección de esta figura delictiva.

La expresión «intimaba», luego repetida al final del párrafo («intimaciones»), significa, según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido». Entendemos que con estos términos la sentencia recurrida nos quiere decir que el acusado les requería a los dos menores para que cambiaran sus anteriores declaraciones con la vehemencia propia de quien se ve apurado en una situación a la que trata de poner fin, lo que nada tiene que ver con el concepto de intimidación a que este artículo 454.1 se refiere. Es claro que intimar no es intimidar.

Así pues, no existió en el presente caso este delito de obstrucción a la justicia por el que condenó la sentencia recurrida.

Ha de estimarse este motivo 2.º, lo que nos excusa de examinar el 5.º referido al mismo tema por la vía del quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 LECrim.

(Sentencia de 2 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 468

*El quebrantamiento lo es del arresto sustitutorio (pena privativa de libertad) y no de la multa impagada que se sustituyó por aquél*

Segundo.—El único motivo del recurso, deducido por el cauce casacional del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con expresa

referencia al artículo 25.1 de la Constitución –que se considera infringido– denuncia, en último término, infracción de Ley «por indebida aplicación del artículo 468 del Código Penal, al ser condenado el acusado por un delito de quebrantamiento de condena, cuando la pena impuesta era una multa de 15.000 ptas. con arresto sustitutorio en caso de impago», razón por la que la parte recurrente entiende que «los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del artículo 468 del Código Penal, puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos».

Contrariamente a esta tesis, la Audiencia Provincial, tras reconocer la habilidad con la que la misma fue esgrimida en la instancia por la defensa del acusado, se decanta por la mantenida por el Ministerio Fiscal, porque «de la lectura del artículo 468 del Código Penal se desprende que lo que en el mismo se castiga es el quebrantamiento de una condena, de contenido penal y, con independencia de que esa condena pueda consistir en una u otra modalidad,...», y porque «al margen de la naturaleza que se entienda que tiene el arresto sustitutorio de la pena de multa, lo cierto es que el mismo lleva aparejada una privación de libertad y, si esa privación de libertad se viola, se está quebrantando una condena, y además, lo está haciendo quien se encuentra privado de libertad por tal condena», sin que dicho argumento ceda «por la circunstancia de que dicho arresto se permita cumplir en el propio domicilio», por cuanto ello «no deja de suponer una privación a la libertad deambulatoria que, en último término, a eso se circunscribe cualquier medida privativa de libertad» (F. 1.º).

El Ministerio Fiscal ha impugnado el recurso alegando sustancialmente que «el hecho de que,..., la privación de libertad o arresto sea una pena aplicada sustitutoria-mente a la pena de multa no cambia la esencia de tal pena».

El artículo 468 del Código Penal, dentro del Título de los delitos contra la Administración de Justicia, castiga a «los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia», estableciendo una distinta penalidad según que el culpable estuviere privado de libertad o no.

Hemos de reconocer que no es todo lo feliz que sería de desear la redacción que el texto refleja y que no son pocos los problemas que ello ha planteado. No obstante, parece indudable que lo que en el citado precepto se sanciona no es otra cosa que el quebrantamiento de la resolución judicial. La penalidad que el precepto establece distingue según que el que cometiere el hecho estuviere privado de libertad o no, imponiendo una sanción más grave en el primer caso.

En el presente caso, el hoy recurrente fue condenado, en un juicio de faltas, al pago de una determinada multa, que, por su condición de insolvente, le fue sustituida por tres días de arresto, a cumplir en su propio domicilio, con expresa indicación de las fechas en que habría de cumplirlo («los días 1 y 2-10-1997»), obligación que, como se dice en el relato fáctico de la sentencia recurrida, «no cumplió».

Ciertamente, el hoy recurrente fue condenado en el juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento –según la dicción literal del precepto cuya infracción se denuncia («en los demás casos»)– parece que, como sostiene la parte recurrente, debe llevar aparejada la sanción «multa de doce a veinticuatro meses». No es ésta, sin embargo, la tesis correcta, por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el Código Penal cual es el sometimiento del obligado «a una responsabilidad personal subsidiaria» (art. 53.1 y 2 CP). Y, por ello, en el presente caso, al autoridad judicial –ante el

impago de la multa– impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el hoy recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de «prisión de seis meses a un año», como acertadamente ha hecho el Tribunal de instancia.

Por todo lo dicho, procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 24 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 516

*Diferencias entre la pertenencia y la colaboración con banda armada. Constituye pertenencia quien transporta explosivos y material de guerra desde Francia.*

Tercero.–Como segundo motivo, por el cauce de la Infracción de Ley denuncia la aplicación de los artículos 515 del CP y 516-2.º.

Se cita con este motivo la calificación que se efectúa en la sentencia de ser ambos recurrentes integrantes de banda armada, estimando por contra que la actividad por ellos desarrollada de transporte, debe ser calificada como de colaboración en banda armada –art. 576 CP–, pero no de pertenencia.

De entrada debe recordarse que el cauce casacional empleado –el número 1 del art. 849– tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto a los hechos probados como se evidencia con la sola lectura del párrafo citado que se inicia con la frase «... dados los hechos que se declaran probados...», lo que es coherente con el cauce casacional que acoge los errores *in iudicando*, es decir, cuando los hechos descritos en el *factum* no tienen los elementos del delito por el que han sido calificados por el Tribunal.

El juicio de certeza objetivado en el *factum* por el Tribunal se inicia con la rotunda afirmación de que los recurrentes «... estaban encuadrados en ETA-Militar... y tenían como misión realizar transportes para ETA desde el Sur de Francia hasta España...».

Ello de por sí, es suficiente para haber inadmitido el motivo, de acuerdo con el artículo 884-3.º LECrim, causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

En la argumentación del motivo se analizan las diversas declaraciones de los recurrentes, para estimar que en realidad nunca ni siquiera en sede policial los recurrentes han aceptado pertenecer a ETA, y por lo tanto estiman que carece de soporte probatorio la afirmación del Tribunal sentenciador –punto segundo de la fundamentación jurídica– de que E. reconoció su pertenencia a ETA, y que G. sólo reconoció ser colaborador pero que la Guardia Civil le había entendido mal.

Estimamos que tales reservas no tienen cabida en un motivo casacional por Infracción de Ley, y que, en su caso, deberían haberse encauzado en un motivo por violación de la presunción de inocencia, pues se está denunciando la falta de prueba de cargo. No obstante podemos afirmar que la condición de integración o pertenencia a banda armada, supone una «comunidad» más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda, que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso, y en

atención a las concretas circunstancias el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración.

En principio puede afirmarse que la pertenencia, supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el artículo 576 del CP que define comportamientos propios de complicidad, por lo tanto de naturaleza periférica en el marco de la actividad de las bandas terroristas, y que constituyen un auxilio o preparación de otro comportamiento, por lo que si se concreta y se materializa el peligro, la conducta debe sancionarse como complicidad o coautoría como prevé el párrafo 2.º del artículo 576.

En el presente caso, la historia de los hechos aceptados por el Tribunal de instancia relata el transporte desde Francia –la detención se produjo en Alcalá de Guadaíra, provincia de Sevilla– de un verdadero arsenal mortífero compuesto entre otros efectos de treinta detonadores eléctricos, y seis pirotécnicos, cuatro cajas de Amonal con un total de 120 kg, dos emisoras de mando a distancia, cuatro receptores, diecisiete temporizadores mecánicos más otros catorce, treinta metros de cordón detonante, quince granadas Mecar de 83 mm anticarro y otras quince granadas Mecar de 83 mm antipersona, todo ello en buen estado de funcionamiento.

La entrega de todo este ingente material, y la realización del transporte desde Francia hasta Sevilla donde fueron descubiertos, revela de un lado una actividad que no puede ser calificada de periférica sino claramente nuclear en el quehacer criminal de ETA, y por otro resulta contrario a las más elementales reglas de experiencia que toda la operación se encomiende a quien no tiene la plena confianza de la dirección de la banda, y ello sólo es posible respecto de aquellas personas que aparecen integradas en la propia banda, como pertenecientes a la misma.

Es por este proceso deductivo, partiendo de los datos objetivos de la actividad analizada, que puede reconstruirse y recomponerse –en este caso– el concepto de pertenencia a banda armada por el rigor y seriedad que exige cualquier verdad judicial en materia penal, sin perjuicio de valorar también las iniciales declaraciones de los recurrentes, como hizo la Sala sentenciadora, una vez que superados los controles de legalidad, se introdujeran en el Plenario y fueran sometidos a contradicción.

Procede en consecuencia declarar bien aplicada la legalidad del CP en lo relativo a la autoría que se declara de ambos recurrentes respecto de su condición de pertenecientes a ETA, y por tanto autores del delito de pertenencia a banda armada, previsto y penado en los artículos 515 y 516 del vigente CP.

*El motivo debe ser desestimado.*

(Sentencia de 28 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 530

*Existencia de delito de detención ilegal en caso de persona detenida inicialmente por la policía conforme a Derecho, si bien luego se omitió por los policías la información a que obliga el artículo 17.3 de la CE*

Sexto.–Otra respuesta, por el contrario, merece el motivo de casación sexto, residenciado también en el artículo 849.1.º LECrim, en el que la parte recurrente

denuncia, de forma subsidiaria con respecto al motivo anterior, una infracción del artículo 184 CP/1973 por inaplicación indebida, es decir, por no haber sido incardinada en él –tal como el precepto fue interpretado por la jurisprudencia de esta Sala en la doctrina a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior– la actuación de los policías acusados después de haber llevado a cabo la detención de la denunciante y de su amiga. El motivo debe ser estimado. Tanto en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, como en las propias actuaciones practicadas por la Policía Local de Oviedo, consta suficientemente que la denunciante fue detenida en la ocasión de autos junto con su amiga puesto que literalmente se dice en aquella declaración que los policías «procedieron a detener a ambas». Es cierto que también se dice, poco más adelante, que una vez en las dependencias policiales, tras caer al suelo y sufrir un fuerte golpe, «le pidieron que se identificara y verificada la detención le indicaron que podía marcharse», pero no lo es menos que para entonces la detención ya se había producido, reforzada por la inmovilización personal que supone la colocación de las esposas, y que se había mantenido un cierto tiempo. En estas circunstancias, el mandato contenido en el artículo 17.3 CE no quedaba cumplido con sólo indicarle a la detenida, sin más explicaciones, que podía marcharse puesto que no es normal que a una persona se le conduzca esposada a una dependencia policial únicamente para identificarla. La Policía Local, cuya actuación en relación con la denunciante había sido realizada en el ejercicio de las funciones previstas en el apartado g) del artículo 53.1 de la LOFCS, debería haberla puesto a disposición de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del mencionado artículo y, puesto que no lo hizo y asumió la plena responsabilidad de la detención, debió atenerse escrupulosamente a lo que establece el mencionado artículo 17.3 CE en garantía del derecho fundamental de libertad personal, esto es, debió informar de forma inmediata a la detenida, en cuyo nombre se interpone el recurso, de sus derechos y de las razones de su detención. La libertad personal es un bien jurídico demasiado valioso –aparece mencionado en el artículo 1.º.1 CE entre los valores superiores del ordenamiento jurídico– como para que pueda ser temporalmente restringido, con la máxima restricción que supone la inmovilización mecánica de las extremidades superiores, sin informar inmediatamente al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, no siendo admisible que mediante una posterior puesta en libertad quede el mismo desinformado y acaso burlado su derecho de reaccionar jurídicamente frente a una privación de libertad eventualmente arbitraria. El hecho señalado de que los acusados no respetasen las mencionadas garantías constitucionales de la denunciante nos lleva a estimar que su detención, no habiendo sido ilegal en su comienzo, sí lo fue tan pronto se omitió por los acusados la información a que obliga el artículo 17.3 CE, lo que significa que tal hecho debió ser incardinado por el Tribunal de instancia en el artículo 184 CP de 1973 (*hoy 530 CP 1995*). No procede plantearse el problema de si en la detención de María de las Nieves L. C., que acompañaba a la denunciante en la ocasión de autos, se produjo alguna infracción penal porque a los acusados sólo se les imputó ante el Tribunal de instancia un delito de detención ilegal cuya víctima era la denunciante. El sexto motivo debe ser, pues, estimado para dictarse a continuación una Sentencia más conforme a derecho.

(Sentencia de 16 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 536

*La interceptación ilegal de comunicaciones abarca también las realizadas por telefonía móvil, aunque los hechos se produjesen estando vigente el artículo 192 bis del CP/1973. Captación por funcionarios del CESID de conversaciones mantenidas a través de teléfonos inalámbricos. Inexistencia de error de prohibición invencible*

Séptimo.—(...) 1. La parte recurrente rechaza la sentencia impugnada, por tipificar los hechos probados como constitutivos de un delito continuado de interceptación de comunicaciones telefónicas y para ello invoca, como argumento de autoridad, el criterio establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional 34/1996 y del Tribunal Supremo de 8-2-1999. Sostiene que, al tiempo de producirse los hechos —años ochenta— el mismo Tribunal Supremo había interpretado el precepto como sólo comprensivo de las conversaciones transmitidas por los hilos telefónicos mediante la instalación de artificios técnicos especialmente orientados a esta finalidad. El cambio jurisprudencial, aplicado retroactivamente, contradice el principio de irretroactividad en perjuicio del reo. Reconoce que es incuestionable que, en la actualidad, tras la rotundidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1996, es criterio común que el ámbito de la telefonía móvil está protegido penalmente en nuestro ordenamiento, como desarrollo del artículo 18.3 de la Constitución. Selecciona una cita de la Sentencia de 8-7-1992 de esta Sala y llega a la conclusión de que lo que circula por el éter en su condición de dominio público, era poco menos que una *res nullius*, susceptible de captación por cualquier persona sin más reproche que el moral y la posibilidad de ser calificado como «cotilla», si de cuestiones irrelevantes se tratase.

2. Sea cual sea la tecnología empleada para captar conversaciones ajenas, es lo cierto e indiscutible que el artículo 18.3 de la Constitución consagra y garantiza, sin restricciones, el secreto de las comunicaciones telefónicas, salvo resolución judicial, dentro del marco instrumental previsto en el citado precepto, para la protección del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Desde esta perspectiva constitucional no caben distinciones y no puede sostenerse que, determinadas formas técnicas de captación de conversaciones, mediante la instalación de específicos artificios de escucha, quedan al margen de la protección constitucional. Así lo entendía el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984 al reforzar, en grado máximo, la protección del derecho a la intimidad, al considerar el secreto en un sentido irrestricto de tal manera que, el ámbito de garantía constitucional, se extiende a todo lo que sea objeto de comunicaciones, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma, al ámbito de lo personal.

Si se considerase el espacio radioléctrico como un ámbito desprotegido, en relación con las comunicaciones personales, que libre y selectivamente se realizan o tienen lugar entre el emisor y el receptor elegido, el bien jurídico constitucional de la intimidad sería, un campo abierto expuesto a la voracidad del primer ocupante. En consecuencia habría una clase de comunicaciones telefónicas a las que no alcanzaría la protección constitucional.

3. El propio recurrente admite que esta conclusión podría resultar excesiva y se centra en denunciar la aplicación retroactiva de una línea jurisprudencial en la que, según su particular entender, se limitaba el alcance de la protección a las comunica-

ciones telefónicas realizadas a través de los hilos. De esta manera extiende indebidamente el alcance de una manifestación que sólo se refería, como es lógico, al supuesto contemplado en la sentencia y que no puede ser generalizado.

El tipo penal aplicado a la conducta que fue objeto de enjuiciamiento, es el que se contiene en el artículo 192 bis del Código Penal derogado de 1973 y en su texto no se observa ninguna limitación en cuanto al modelo de comunicaciones protegido penalmente. El artículo que estamos comentando extiende, de manera incondicionada, su protección a cualquier telecomunicación y castiga la utilización de artificios técnicos de escuchas, sin hacer precisiones o limitaciones, según la clase de comunicación utilizada.

No cabe apoyarse en el texto amplio de una sentencia para llegar a la conclusión de que, en plena vigencia de la Constitución, estaba desprotegido, penal y constitucionalmente, el envío de mensajes a través de lo que se conoce por telefonía móvil analógica y que, cualquier persona perteneciente o no a un organismo público encargado de la protección de la defensa nacional, podía instalar artificios técnicos *ad hoc* para específicamente interferirse en las comunicaciones privadas de los interlocutores. Cualquiera que sea el texto coyuntural de una resolución jurisprudencial, la efectividad del derecho protegido está directa y efectivamente garantizado por el texto constitucional y por las normas penales, vigentes en el momento de la comisión del hecho delictivo.

Mantener lo contrario será tanto como sostener que si una sentencia hace una relación exhaustiva, según su criterio, de los métodos de tortura existentes, quedasen al margen de la tipicidad penal aquellos medios que no habían sido contemplados por la capacidad analítica del redactor de la sentencia. La tortura es la tortura y la intimidad es la intimidad, por encima de intentos reduccionistas puramente formales y sin fundamentación técnica ni amparo legislativo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sobre el error invencible de prohibición

Octavo.—Este tema es común a los motivos, sexto de P. P., decimotercero de A. M., octavo de N. R. y segundo del resto de los recurrentes.

1. Estima el primero de los recurrentes, que la sentencia recurrida rechazó indebidamente la concurrencia del error invencible, alegado por los imputados, en atención a su nivel cultural y a una presunta conciencia social de ilicitud de las conductas imputadas. A pesar de que en otro lugar —en el apartado relativo a la valoración de la prueba—, aludió a la insólita coincidencia de imputados y acusaciones en cuanto a lo sustancial de los hechos, la actividad de vigilancia del espectro radioléctrico, que incluía las bandas de telefonía móvil automática, deja de constatar tal circunstancia en lo que significa demostración de la invocada creencia de estar actuando lícitamente. En su opinión la práctica judicial de la época así lo corrobora y la propia nota emitida por el CESID el 12-6-1995, publicada en los medios de comunicación, obrante en las actuaciones, termina de confirmar la existencia de error invencible.

Otro de los recurrentes sostiene que, en las fechas de comisión de los hechos, se consideraba que las intervenciones telefónicas sólo habían sido prohibidas a partir de la reforma, por la Ley Orgánica 7/1984 del Código Penal y añade que algún sector de la doctrina manifestaba sus dudas sobre que fuere típica la captación de conversaciones mantenidas mediante telefonía inalámbrica. Añade que las captaciones se comunicaron al Rey y al Ministro de Asuntos Exteriores sin que le fuera reprochada la ilicitud de la conducta. Niega que tuviera nada que ver con la supuesta conservación y archivo de las cintas grabadas.

En este bloque se argumenta por el recurrente N. R. que se limitaba a cumplir órdenes y nunca él, ni sus compañeros, se plantearon que pudieran estar realizando algo ilegal. Ni siquiera llegaron a pensar o plantearse que cupiera la posibilidad, por mínima que ésta fuere, de que no fuera legal su trabajo.

El resto de los recurrentes destaca que nos encontramos ante el cumplimiento de unas misiones típicas o «normales» en un servicio de inteligencia y, en consecuencia, ligadas al cumplimiento de deberes específicos del servicio por parte de los acusados.

2. Todos los motivos concentrados en este apartado por su idéntica naturaleza, se amparan en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que resulta obligado el respeto a la narración de hechos probados.

En ellos se nos proporcionan una serie de datos objetivos, que pueden ser sugerentes en cuanto a la manifestada concurrencia de un error de prohibición invencible, derivado de la ignorancia de la antijuridicidad de las actividades de captación de conversaciones telefónicas.

Se afirma como probado, que las bandas de frecuencias asignadas a la TMA (Telefonía Móvil Automática) eran conocidas por haberse publicado la decisión administrativa que las regulaba, por lo que su existencia era del dominio público y mucho más por los especialistas que trabajaban en el espacio radioeléctrico. En la época de referencia, ocupaban siempre menos de un 6% del espectro explorado por el CESID.

Por otro lado está demostrado que, cuando por este medio, se realizaba una llamada, la asignación a la misma de un canal concreto, tenía lugar de forma automática por la estación base de la célula correspondiente, en función de las disponibilidades de la red, en ese momento. Tal asignación era impredecible. Por eso –en el período que se ha acotado y con los medios del CESID, de que se tiene constancia en la causa, que son los tomados en consideración–, era imposible la pre-selección de un abonado a los efectos de una eventual escucha sistemática de sus conversaciones telefónicas.

3. Con estos datos veamos sí concurren los requisitos exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia para la existencia de un error de prohibición invencible.

El artículo 6 bis a) del Código Penal de 1973, vigente en el momento de cometerse estos hechos incorporó, en la reforma de 1983, el error de prohibición invencible como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, cuando el sujeto actuaba en la creencia de estar obrando lícitamente.

Es difícil construir un error de prohibición en unos funcionarios que actuaban al servicio de la Administración del Estado y que tenían que conocer cual era el cuadro de valores vigentes en el marco constitucional, en el que todos debemos desarrollar nuestras actividades. El legislador constituyente ha colocado la intimidad de las personas y el secreto de sus comunicaciones telefónicas, en el catálogo de los derechos fundamentales que, como dice el artículo 10.1 de la Constitución, constituyen el fundamento del orden político y la paz social.

Es perfectamente perceptible y asimilable por cualquiera, que estos valores no pueden ser conculcados sino en los casos y con las previsiones establecidas en la ley, que siempre serán excepcionales y en función de unos intereses superiores. Nuestro sistema ha colocado, bajo la salvaguarda de los jueces, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y exige una previa autorización judicial, concedida en el marco de una investigación criminal, para poder captar el contenido de las conversaciones mantenidas a través de la telefonía, con la finalidad exclusiva de aportarlas como prueba a un proceso criminal, destruyendo e inutilizando todo aquello que no sea necesario para estos fines.

Unos funcionarios, de diversas escalas, al servicio de la seguridad nacional, deben conocer mejor que nadie estos límites, pues se resentiría la seguridad de todos si no se respetan las previsiones constitucionales sobre el secreto de las comunicaciones. En consecuencia, faltan los presupuestos necesarios para construir un error invencible y ni siquiera vencible de prohibición.

(...)

Undécimo.—(...) 1. Sostiene que la captación de conversaciones inalámbricas, eran atípicas en el momento en que se produjeron y, por otro lado, y de manera subsidiaria esgrime que, si se consideraran típicos los hechos, no estaría acreditada la autoría por parte del recurrente.

Pone de relieve que el tipo penal se construyó por la Ley Orgánica 7/1984, tanto en el artículo 497 bis, como en el 192 bis y se circunscribe a la interceptación de conversaciones telefónicas, hasta entonces conducta penalmente atípica, pero acentúa que sólo abarcaba las conversaciones por cable y que ha sido la Ley Orgánica 18/1994, la que extendió la protección penal a cualquier telecomunicación.

Cita en apoyo de sus tesis algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de esta Sala, así como algún sector de la doctrina que sostienen tesis cercanas a las anteriormente expuestas.

En su opinión, la infracción de precepto penal sustantivo abarca también de manera subsidiaria el artículo 14 del Código Penal de 1973, ya que no existe en el relato fáctico, una concreta descripción de la autoría del recurrente, en cada uno de los supuestos actos de escucha ilegal. Cita en apoyo de su tesis, un pasaje de la sentencia al que le da un significado cercano a sus posiciones.

2. El artículo 192 bis del Código Penal de 1973 en su redacción originaria, introducida por la Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre, que era la vigente cuando se cometieron los hechos que son objeto de enjuiciamiento, considera como conductas típicas la interceptación de las comunicaciones telefónicas o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido.

Deja al margen de estas conductas, a todas las operaciones de esta naturaleza realizadas con autorización judicial o en los supuestos excepcionales del artículo 55.2 de la Constitución, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

A pesar de la interpretación que la parte recurrente da a alguna sentencia de esta Sala, en orden al alcance de la interceptación de comunicaciones telefónicas, lo cierto es que el legislador lo que pretendió con la redacción dada al inicial artículo 192 bis del Código derogado, es dar contenido penal a cualquier atentado contra la intimidad, en su versión de comunicaciones telefónicas, de conformidad con los presupuestos establecidos por el artículo 18.3 de la Constitución.

Recogiendo un pasaje de la sentencia recurrida que comenta una Sentencia del Tribunal Constitucional (114/1984) anterior a la 34/1996 que es criticada por la parte recurrente, por su invasión de materias que considera de legalidad ordinaria, debemos resaltar, como lo hace el Tribunal Constitucional, que el secreto de las comunicaciones consagra la libertad de éstas y de modo expreso su secreto, estableciendo la interdicción de su interceptación o del conocimiento antijurídico de las mismas haciéndolas impenetrables para terceros.

3. La parte recurrente realiza una especie de cristalización o fosilización de las tecnologías y sostiene que, en el momento de cometerse los hechos, la única forma de comunicación telefónica era la realizada a través de hilos y de impulsos eléctricos. En consecuencia todo el campo de la telefonía inalámbrica o sin hilos, era una especie de

tierra inexplorada y sin titulares, dispuesta a ser ocupada por el primer aventurero que dispusiera de medios tecnológicos para captarla.

Sin entrar en el debate tecnológico y haciendo constar que, en las épocas a que se refieren los hechos incriminados, ya existía una incipiente telefonía inalámbrica que era utilizada por escasos usuarios, lo cierto es que cuando el legislador tipifica o sanciona la interceptación de las conversaciones telefónicas se está refiriendo al teléfono, como instrumento que pone en comunicación a dos interlocutores previamente seleccionados por uno de ellos y que transmite a distancia mensajes y todo género de comunicaciones de carácter inequívocamente íntimo, por lo que el objeto de su protección, la intimidad, está resguardado, sea cual sea la tecnología empleada para comunicarse, abarcando cualquier modelo presente o que pueda presentarse en un futuro desarrollo tecnológico.

Por ello cuando el recurrente decidió utilizar o poner en marcha las escuchas sabía que la prohibición del legislador, en su doble vertiente constitucional y legal, le advertía de manera clara y precisa que no era lícito utilizar aparatos de captación de las conversaciones mantenidas a través de los teléfonos, sean por hilos o inalámbricos. Quebrantó la norma penal por lo que la antijuricidad de su conducta se presenta como incuestionable, y por ello tenemos perfilado, de manera nítida, uno de los elementos objetivos del tipo penal aplicado. En el motivo siguiente analizaremos el elemento subjetivo que es esgrimido como argumento casacional.

(Sentencia de 22 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 542

*Impedir a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes: derechos cívicos es sinónimo de derechos fundamentales*

Segundo.—El artículo 542, incluido dentro de la Sección tercera, Capítulo V (delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales) del Título XXI (Delitos contra la Constitución del Libro II del Código Penal, castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años a la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

Tiene su precedente en el artículo 194 del CP/1973, con redacción de similares contornos jurídicos: se castigaba a «la autoridad o... funcionario público que impidiera a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes», y como ya expusimos en la Sentencia de 7 febrero 1994, «no cabe duda de que el artículo 194 se encuentra en relación de concurso de leyes con todas aquellas figuras previstas en dicha Sección que tipifican determinadas especies de la conducta aquí descrita de modo genérico. Así puede decirse de los artículos 189, 190 a 193, que el artículo 194, según la doctrina científica mayoritaria, constituye una infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra a los derechos fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos que no tengan una expresa protección penal».

Por consiguiente, esta figura punitiva de carácter residual, como dice la Sentencia de 19 octubre 1995, «cierra todas las posibilidades delictivas que se pueden incri-

minar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge a lo largo de su texto, ya que la terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales y así puede deducirse de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York».

Tercero.—Dada la vía elegida por ambos recurrentes, hemos de respetar los hechos probados de la Sentencia de instancia. En ellos, se expresa que el día 9-10-1996 tuvo entrada en la Secretaría del Ayuntamiento de Marbella un escrito fechado el día anterior, en el que doña Isabel María G. M., actuando en su calidad de portavoz del Grupo Municipal Socialista, solicitaba la información que detallaba en el cuerpo de dicho escrito, mediante entrega de copias del expediente administrativo y de los documentos reseñados en los apartados *b)* y *c)*, que hacían referencia, respectivamente, a un convenio de fecha 24-6-1995 y a los Acuerdos de colaboración suscritos entre los Ayuntamientos de Marbella y Moscú. A tal solicitud se dio contestación por el acusado Pedro R. Z., mediante Decreto fechado el día 16-10-1996, en su calidad de Alcalde accidental de Marbella, en el que se resolvía denegar la petición referida por estimar la Alcaldía que la información solicitada no resultaba precisa para el desarrollo de sus funciones, conforme dispone el artículo 14.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. El Decreto referido fue anulado a instancias de la solicitante, por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, a la que se dio adecuado cumplimiento. En lo demás, el *factum* se refiere a otra serie de negativas a facilitar información similar, y a cita de determina doctrina y jurisprudencia administrativa, a la que después aludiremos.

Cuarto.—Como antes hemos dicho, es comúnmente compartido el criterio de que nos hallamos ante una norma general, amplia en su marco aplicativo, infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. La Sentencia de Sala de 24-2-1998, mantiene que su aplicación sólo es posible cuando no exista otra norma específica que, con igual inspiración y finalidad —protección de los derechos cívicos impedidos por un funcionario—, prevea el ataque en concreto a uno de tales derechos o de una forma determinada. Así Sentencias, entre otras, de 22 diciembre 1992, 8 febrero y 1 octubre 1993, 7 febrero 1994 y 19 octubre 1995.

La referencia que los preceptos citados contienen a los derechos cívicos ha venido entendiéndose como alusiva a los derechos fundamentales que la Constitución recoge en el Capítulo Segundo del Título I, «Derechos y Libertades» (artículos 14 a 29) (Sentencias de 22 diciembre 1992, 1 octubre 1993 y 7 febrero 1994, entre otras). Con la expresión «derechos cívicos» —dice la indicada Sentencia de 1 octubre 1993— el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndolo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución, a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la Sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra «otros derechos individuales», la rúbrica del Capítulo se refiere a «derechos fundamentales y libertades públicas», todo ello en el marco de los «delitos contra la Constitución». La Ley Penal ha de complementarse, pues, en exclusividad con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de «leyes» mantenida en la

norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público.

El sujeto activo del delito, sigue diciendo la expresada Sentencia, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 del CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición *in genere* de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (Sentencias de 22 diciembre 1992 y 7 febrero 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (Sentencias de 22 diciembre 1992, 8 febrero 1993 y 7 febrero 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas», es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

(Sentencia de 23 de marzo de 2001)

### *Impedir a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes: Concepto y características*

Sexto.—Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal, se denuncia ahora infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 542 CP.

Alega el motivo como fundamento del reproche que el acusado «... no obstante su convicción... de la tipicidad penal de los hechos denunciados demoró conscientemente la notificación de los mismos a los denunciados hasta haber practicado diversas diligencias testificales —entre ellas las de los denunciados—, vulnerando de este modo, insistentemente, su derecho de defensa, al no poder asistir los defensores de aquéllos a la práctica de las diligencias previas a la imputación en defensa de los derechos e intereses de los luego imputados». Y, a tal efecto, se invoca como infringido el artículo 118.2.

La norma que tipifica el ilícito previsto y penado en el artículo 542 CP («ex» 194 CP anterior) tiene un carácter residual o subsidiario establecido por el legislador con la finalidad de cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal. Como ya se decía en la sentencia de 1-10-1993, con la expresión «derechos cívicos» el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiéndolos como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en

cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la Sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra «otros derechos individuales», la rúbrica del Capítulo se refiere a «derechos fundamentales y libertades públicas», todo ello en el marco de los «delitos contra la Constitución». La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de «leyes» mantenida en la norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público.

En cuanto a los componentes de esta figura, el sujeto activo del delito ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo. No basta con la condición *in genere* de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 de diciembre de 1992 y 7-2-1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o simple negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (SSTS de 22 de diciembre de 1992, 8-2-1993 y 7-2-1994). Por otra parte, se trata de un delito de resultado al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento. No bastando el acuerdo o resolución de impedir, de modo que el ciudadano no pueda ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad.

En cuanto al elemento subjetivo, el Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca a sabiendas, es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos (STS de 24-2-1998), porque no basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho y, por ello, resultan atípicas aquellas conductas que paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del funcionario público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que ello comporta (véase STS de 19-10-1995). A tenor de lo expuesto, resulta claro que el delito del artículo 542 CP necesita la concurrencia de un sujeto activo funcionario público, una acción u omisión generadora del resultado impeditivo y un dolo específico de actuar aquél a sabiendas y con propósito deliberado de impedir el ejercicio del derecho a su titular.

Partiendo del riguroso respeto a la declaración de Hechos Probados que figura en la sentencia –de obligada observancia que exige la vía casacional utilizada y la desestimación del motivo precedente–, y dada por cierta la condición de funcionario público del acusado, ninguno de los demás elementos que configuran el tipo penal concurren en el supuesto presente.

En lo que a la acción se refiere, el Tribunal *a quo* rechaza la antijuridicidad de la demora en la imputación de los ahora recurrentes y dedica los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero a razonar dicho pronunciamiento señalando

que el artículo 118 LECrim no excluye que, admitida la denuncia, se puedan practicar diligencias tendentes a determinar los hechos denunciados y su atribución a personas concretas con anterioridad a la imputación que pueda resultar de esas diligencias, todo ello cuando, como sucede en el caso, las denuncias hacían referencia a una pluralidad de personas en relación a unos hechos no suficientemente definidos.

Esta Sala no encuentra motivos para disentir de esta argumentación, debiendo subrayar en su apoyo que el artículo 269 LECrim dispone la admisión de la denuncia salvo que el hecho denunciado resulte inverosímil o no revistiere caracteres de delito, pero ello no significa que, descartada la inverosimilitud y admitida la potencialidad del carácter delictivo del hecho, el Juez deba proceder automáticamente a formalizar la imputación y a notificar la denuncia a los afectados. Por el contrario, nada empece a que en determinados supuestos, la imputación sea precedida de una previa y sumaria investigación para concretar los hechos objeto de denuncia y su atribución a persona o personas determinadas, pues –como indica el Tribunal sentenciador– la imputación presupone, en definitiva, un juicio lógico que ligue razonablemente los hechos objeto de la denuncia o del proceso a una persona determinada. Esta actividad judicial entre la denuncia y la imputación encuentra todavía otra razón de ser cuando, como aquí ocurre no sólo se trataba de definir los hechos y determinar inicialmente a sus eventuales responsables, sino que la notoria carga política que sobresalía en las denuncias, formalizadas por tres grupos políticos contra los representantes municipales de otro partido adversario, demandaba una actuación especialmente prudente de la autoridad judicial y no caer en decisiones y resoluciones acaso precipitadas que pudieran eventualmente generar indeseados y gratuitos efectos.

Por lo demás, estas medidas judiciales vienen refrendadas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta Sala, cuando aquél expone que «... es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya la comisión de un hecho punible (STC 135/1989, citada por la recurrida), doctrina en la que insiste el Alto Tribunal en la sentencia de 4-6-2001 («Caso Filesa»); y este Tribunal Supremo ha reiterado en numerosos precedentes al declarar que el retraso de la imputación únicamente vulnera el artículo 118 LECrim cuando se exceda de lo estrictamente necesario o cuando se retrasa por el Juez arbitrariamente su puesta en conocimiento. De suerte que si la demora en la imputación y su información a los interesados obedece a razones justificadas y no a la arbitrariedad, no cabe el reproche (véanse, entre otras, SSTs de 15 de noviembre de 1995 y 29-10-1998)».

Séptimo.–Tampoco concurre el resultado típico impeditivo del derecho cívico que exige la norma para configurar el delito. Obsérvese que el precepto penal requiere que la conducta del sujeto activo «impida» el ejercicio del derecho en cuestión, que, en este caso es el de defensa; a diferencia del artículo 537 en el que el resultado típico consiste en «impedir» u «obstaculizar» el derecho. La diferencia es esencial, porque si el legislador ha establecido la doble alternativa en este último precepto, en el 542 –cuya inaplicación se denuncia– restringe el resultado típico a «impedir», esto es, a imposibilitar el ejercicio del derecho, y no admite la mera «obstaculización» o sea, el dificultar, estorbar o entorpecer dicho ejercicio.

En nuestro caso resulta claro que tal resultado impeditivo no ha tenido lugar. Según el *factum* de la sentencia que debe ser respetado en su integridad, los ahora recurrentes pudieron ejercer su derecho de defensa desde que les fue comunicada su condición procesal de imputados hasta la conclusión del procedimiento.

Estuvieron asistidos de Letrado defensor (todos ellos pertenecientes al mismo despacho jurídico), se les informó de los hechos denunciados, se les hizo entrega del procedimiento así como de las copias de las diligencias que habían interesado, presentaron los recursos y las alegaciones que tuvieron por conveniente. En definitiva, el relato histórico pone de relieve que en modo alguno la actuación judicial «imposibilitó» el ejercicio del derecho de defensa de los inculpados, esto es, que hubieran padecido una situación real y efectiva de indefensión.

Octavo.—A la ausencia de los elementos objetivos del tipo debe añadirse la del elemento subjetivo que, como se ha dicho, exige la concurrencia de un dolo específico por parte del agente, que ha de cercenar el derecho del ciudadano «a sabiendas», es decir, con intencionalidad y malicia acreditadas, que debe inferirse de la declaración de hechos probados. Para efectuar dicho juicio de inferencia, el Tribunal de instancia ha contado con la insustituible ventaja de la inmediatez para valorar las pruebas testificales y las declaraciones del acusado y, junto a la ponderación de la documental, ha elaborado una narración fáctica en la que brillan por su ausencia los datos que pudieran fundamentar el juicio de valor de que la actividad del acusado estuvo premeditada y deliberadamente dirigida a incriminar arbitrariamente a los imputados y a privarles de su derecho de defensa. Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 23 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 550

### *Intimidar gravemente a Juez y abalanzarse tratando de entrar en su despacho para agredirle: delito consumado.*

Segundo.—En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida de los artículos 550 y 551.1.º del Código Penal y falta de aplicación del artículo 634 del mismo Código.

Indiscutido el carácter de Autoridad en el ejercicio de sus funciones, ha de tenerse en cuenta, respecto a la acción típica cómo esta Sala, partiendo de la descripción del artículo 550, referida a acometimiento, empleo de fuerza, grave intimidación o resistencia también grave, advierte con frecuencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara «a consumarse». Lo esencial es la embestida o ataque violento (sentencias de 2-6-1970, 26 enero y 11 octubre de 1984 y 30 abril de 1987), y en particular, respecto al atentado como delito de pura actividad, aunque no llegaran a golpear sobre los cuerpos de los Agentes. Como delito de actividad pues, se consuma con el ataque o acometimiento. El acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (sentencia de 15 julio de 1988), apreciándose por la jurisprudencia «ante el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de una coacción anímica intensa» (sentencia de 18 octubre de 1990). En el caso enjuiciado, tanto concurre, al abalanzarse, con inferida inequívoca intención, como la intimidación grave ocasionada.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de abril de 2001)

*Concepto de intimidación grave: no existe si hay falta de inminencia en la intimidación. Diferencias entre la intimidación grave y la amenaza. Panfletos repartidos a la puerta del Palacio de Justicia*

Primero.—Dos motivos integran el recurso del Ministerio Fiscal, contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, ambos por infracción de ley (art. 849-1.º LECrim). El primero de los cuales por inaplicación de los artículos 550, 551.2 o subsidiariamente el 551.1 del Código Penal vigente.

1. Ante esta alternativa calificatoria, lo primero que corresponde hacer es analizar la posibilidad de que el sujeto pasivo del presunto delito haya sido el Consejero del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Emilio O., u otra autoridad.

¿A quién se intimida o amenaza en los pasquines o panfletos que el acusado repartía en la Puerta del Palacio de Justicia?

Se habla de forma muy concreta, en el relato histórico de la sentencia, del incidente atribuido a la Ilma. Juez de lo Penal número 1, doña Belén P. F.; para luego añadir «y otros que se citan en modo genérico» (*sic*).

Debemos entender incidentes, pero sin saber cuáles.

En hechos probados se decía que en los panfletos se vertían expresiones contra un colectivo determinado de Jueces y Magistrados de Donostia y Bilbao; el vocal del Consejo General don Emilio O.; el Presidente de la Audiencia Provincial don Joaquín J.; los Partidos Popular y Unidad Alavesa; y «en especial contra la señora Magistrada Juez doña Belén P. F.».

En el mismo *factum* y refiriéndose a las personas y colectivos antes mencionados, se lanzan las frases intimidatorias amenazantes: «y todas las personas que como Belén P. F. pisotean los derechos de Euskal Herria y los ciudadanos euskaldunes que se vayan a España». Añadiendo «que anden con cuidado, pues ningún ataque contra Euskal Herria quedará sin respuesta».

De todo ello, y no es más explícito el relato fáctico, se advierte un desconocimiento de cuáles son las funciones del cargo del Consejero del Poder Judicial, en atención a los cuales, o con ocasión de los cuales, se realiza el ataque intimidatorio.

Constituye elemento sustancial integrador del tipo penal previsto en el artículo 550, que la conducta típica se realice cuando el sujeto pasivo «se halle ejecutando sus funciones», que la intimidación o amenaza trata de impedir o condicionar, o tales conductas constituyan la reacción a actos de autoridad, ya realizados («con ocasión de tales funciones»).

No apareciendo tal elemento incluido en hechos probados, quedará excluida la posible aplicación del artículo 551.2.º del Código Penal, que propugnaba, en primer término, el Ministerio Fiscal.

2. Tal concreción y precisión, sí existe con relación a la Magistrada-Juez de lo Penal (art. 551-1.º CP). Aquí, la cuestión jurídica controvertida ha girado acerca del alcance que debe otorgarse a la conducta típica que el precepto expresa en los términos: «intimidación grave».

La Audiencia de origen hace una distinción entre la intimidación y la amenaza, como conducta integradora del delito de tal nombre, y concluye que en la intimidación el mal anunciado al sujeto pasivo ha de ser inminente, para hablar de delito de atentado. En el de amenazas el anuncio del mal ha de hacerse para un futuro más y menos inmediato (véanse, entre otras, SS. 24 de enero y 14-9-2000).

Lo cierto es que la delimitación conceptual, no constituye una cuestión pacífica en la doctrina científica.

Existen autores, que no hallan diferencia alguna entre la amenaza y la intimidación grave. Consideran que este último concepto estaría constituido por la conmina-

ción de un mal futuro, que reuniera los caracteres de injusto y determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado.

Otra importante dirección doctrinal, entiende que existen diferencias de concepto, y apuntan como elemento delimitador a «la inminencia» del mal; es decir, debe existir una mayor concreción y proximidad del mal en la intimidación del atentado, que en el propio delito de amenazas. Quizás entendiendo en estos términos, la distinción, se acomode al mismo criterio diferencial existente entre el robo intimidatorio y el delito de amenazas condicionales para obtener un beneficio económico.

3. La Sala de instancia acogiendo a esta última interpretación, entendió que la conducta enjuiciada no era subsumible en el artículo 550 del CP.

4. Por otro lado, las escasas sentencias en que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo sobre el actual artículo 550, en la modalidad típica de intimidación grave, lo ha sido por actos de inmediata realización, como apuntar con una pistola al funcionario o autoridad.

También por la Sala 2.<sup>a</sup>, en términos generales se ha concebido la intimidación como el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa. Es frecuente, por tanto, detectar la nota de inminencia, cuando la jurisprudencia habla de la intimidación que se cierne sobre la autoridad o funcionario.

5. Es cierto también que de las cuatro conductas nucleares típicas, contenidas en el artículo 550, tres de ellas (acometimiento, empleo de fuerza, o hacer resistencia activa grave), suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes. La intimidación grave debe estar más próxima, en una interpretación lógica, a las conductas equivalentes entre las que se halla, que respecto a las amenazas, reguladas en otro título del Código, por cuanto mereciendo el mismo reproche legislativo, deberá participar de una similar caracterización conductual.

Por todo lo expuesto y aceptando el criterio de la Audiencia de Guipúzcoa, debe rechazarse el primero de los motivos articulados por el Ministerio Fiscal.

Segundo.—El segundo motivo, con carácter subsidiario, y por el mismo cauce que el anterior (art. 849-1 LECrim), lo concreta en la inaplicación a los hechos declarados probados del artículo 169 del CP, bien en su número 1.º (amenazas condicionales) o bien en el 2.º (amenazas no condicionales).

1. La Audiencia realiza un análisis somero, de la posibilidad de subsumir los hechos imputados dentro del delito común de amenazas y entiende que se dan todos los requisitos, para estimar cometido tal delito previsto y penado en el número 1 del artículo 169 del CP, esto es, el de amenazas condicionales, hechas por escrito, no seguidas del cumplimiento de la condición.

La ausencia de punición del mismo la deriva, según su criterio, de la falta de acusación por tal delito, en cuanto supone una infracción del principio acusatorio, al no haber tenido el acusado perfecto conocimiento de la imputación, por la que se pretende ahora su condena (art. 24 de la Constitución).

Es cierto que el Ministerio Fiscal, no preveyó esta posibilidad alternativa a la hora de calificar los hechos, y omitió la formulación de una pretensión subsidiaria.

Acierta la Audiencia al calificar los hechos de delito de amenazas, aunque haya quedado en pura teoría, tal apreciación jurídica.

2. No existen inconcreciones que impidan colmar las exigencias típicas que el artículo 169 establece, a pesar de lo argüido por el procesado en su escrito de réplica al recurso.

A personas concretas se les conmina, con el anuncio de un mal futuro, si no adoptan una postura concreta que no es otra, que la que el acusado quiere imponer.

Particularmente y de forma indirecta, pero clara, se comunica a la Magistrada-Juez de lo Penal número 1 la causa o razón que ha determinado la realización de los actos intimidativos. Aquélla no autorizó la celebración de un juicio en euskera, con traductores y sancionó al letrado que se negó a continuar la vista, si no se hacía en los términos que dicho letrado pretendía.

La admonición de «que anden con cuidado, pues ningún ataque contra Euskal Herria, quedará sin respuesta», es suficiente para crear un temor grave en la persona del amenazado.

La amenaza, se hace en las mismas puertas del Palacio de Justicia, por lo que supone de atrevimiento; lo hace una persona, que hacía poco tiempo había sido condenada, por pertenecer a banda armada; se lanzan tales amenazas en un clima de inseguridad y zozobra propiciadas por los atentados terroristas y los desmanes de los grupos callejeros, conectados, con bandas terroristas; constituye una forma de actuar de individuos adscritos a esas organizaciones, por cuanto frecuentemente cumplen sus amenazas (en las que no se concreta más que en ésta), y si muchas veces no lo hacen es por las prevenciones y medidas de seguridad que adopta el propio amenazado.

Los hechos que cometen estos grupos, en cumplimiento de sus amenazas, van desde el ataque a la vida o integridad corporal (asesinatos, lesiones), agresiones, lanzamiento de cócteles molotov, palizas en la calle, secuestros, atentados contra el honor mediante pancartas y pintadas en la vía pública, etc. actos todos a los que se refiere el artículo 169-1.º del CP.

La credibilidad y seriedad de las amenazas, no cabe ponerla en duda, después de lo que la experiencia diaria nos enseña.

En conclusión, concurren todos los requisitos, así objetivos, como subjetivos, configuradores del delito de amenazas.

3. La cuestión que de inmediato surge, es determinar si ha existido indefensión, y se infringe el principio acusatorio, al condenar por un delito de amenazas del artículo 169-1.º, por el que no ha sido acusado.

Aparentemente existe gran similitud o proximidad, si no identidad, en los elementos estructurales externos o de carácter formal, de la «intimidación» y la «amenaza», salvando la discutida nota de la «inminencia». Mas, la inserción de los tipos penales en distintos y muy diferentes títulos del Código (Atentado: Lib. XXII. Orden público; Amenazas Tít. II: Libertad), permiten introducir alguna diferencia, respecto a la que no puede asegurarse que el acusado le prestara la debida atención al articular su defensa o no hiciera el necesario hincapié en los aspectos jurídicos del concreto delito de amenazas.

El bien jurídico protegido en ambos delitos es muy diferente.

De naturaleza supraindividual, en el delito de atentado, se ataca lo que se ha venido en llamar principio de autoridad. Realmente se castiga la lesión a la dignidad funcional en cuanto constituye una exigencia de la garantía del buen funcionamiento y ejercicio de las facultades inherentes al cargo que se desempeña, dada la trascendencia que para el cumplimiento de los fines del Estado tiene el respeto debido a sus órganos.

El criterio de bien jurídico constituye un elemento esencial para la interpretación del sentido y alcance del injusto, que el precepto penal describe. También es un ele-

mento integrador del contenido del dolo en cuanto voluntad directa o indirecta de atacar y lesionar los intereses que la norma protege.

De estas consideraciones se puede entender que el acusado no estuviera suficientemente prevenido para defenderse de un delito del que no se acusaba, y desplegara la actividad procesal contradictoria, en otra dirección, esto es, tratando de desmontar las argumentaciones acusatorias, desde el tipo penal imputado.

Esta Sala, ante la posibilidad de que haya podido producir cierta indefensión, al acusado, el no advertirle en tiempo oportuno, que podría ser condenado por un delito, del que no se le acusaba ni siquiera con carácter alternativo o subsidiario, estima adecuada la decisión de la Audiencia al absolver por el delito de amenazas.

(Sentencia de 13 de junio de 2001)

## ARTÍCULO 552.1

*No constituye el tipo de atentado con uso de armas el hecho de encañonar a un policía*

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del número 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 552.1.º CP que agrava el delito de atentado «si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso».

Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo.

Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa «acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño», lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió.

De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad.

En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5-11-1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23-3-1999 y 21-1-2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del artículo 552.1.º que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el artículo 232.1.º CP anterior, equivalente al actual 552.1.º.

No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el artículo 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar.

(Sentencia de 29 de enero de 2001)

### *Atentado con lesiones: penalidad*

Segundo.–(...) *b*) Tiene razón el recurrente cuando denuncia la falta de respuesta a la cuestión propuesta en el escrito de conclusiones definitivas –rollo de Sala– relativa a la existencia de un concurso de delitos entre el atentado y las lesiones a resolver con aplicación del artículo 77 estimando éstas, además, como constitutivas de falta y no de delito, e igualmente tiene razón en cuanto al silencio que guarda la sentencia sobre la concurrencia de circunstancias alegadas de drogadicción bien como eximente incompleta o como analógica.

En primer lugar, debemos declarar la corrección de la calificación de atentado y no de resistencia que merece la actitud del recurrente. En efecto, sin desconocerse la flexibilidad del inicial rigor jurisprudencial que en interpretación del artículo 231 había excluido la figura de la resistencia en supuestos de comportamientos activos contra la autoridad o sus agentes para hacer compatible el delito de resistencia con alguna actividad que no sea meramente la pasiva –en tal sentido STS de 3-10-1996–, y que ha permitido sancionar como delito de resistencia el hecho de dar patadas –STS 581/1999 de 21 de abril–, en el presente caso el comportamiento activo del recurrente no puede calificarse de gravedad menor, sino de claro acometimiento o si se quiere resistencia grave si se tiene en cuenta que se opuso a ser detenido esgrimiendo una pistola con la que golpeó en la frente al miembro de la Guardia Civil causándole lesiones.

Volveremos sobre este tema al estudiar los motivos por Infracción de Ley.

Los hechos están bien calificados como de atentado y no de resistencia.

En relación al delito de lesiones, el *factum* describe las causadas al Sargento de la Guardia Civil en los siguientes términos: herida inciso contusa que requirió la aplicación de tres puntos de sutura, así como diversas excoriaciones en cara, mentón y rodilla izquierda, habiendo estado siete días impedido para sus ocupaciones habituales. Es doctrina consolidada de esta Sala la estimación de los puntos de sutura como actos médicos que merecen la consideración jurídico penal de tratamiento médico-quirúrgico, ya que con ellos se cierra la brecha abierta en los tejidos de suerte que quede, en lo posible, como estaba antes de la lesión. En tal sentido pueden citarse, entre las más recientes, las SSTs de 23 de febrero y 30-4-1998 y las de 22-2-2000 y de 11-4-2000. Por otra parte, el examen directo de las actuaciones posible dado el cauce casacional utilizado, permite comprobar la inexistencia de error por parte de la Sala sentenciadora pues tanto el parte de asistencia inicial del folio 23, del médico que atendió al lesionado se refiere a la aplicación de tres puntos de sutura, lo que se reitera en el alta médico forense del folio 122. Hubo tratamiento médico-quirúrgico, y por tanto de conformidad con los artículos 147 y 148-1.º del CP deben las lesiones merecer la consideración de delito y no de falta, como se postula.

Resta dentro de esta denuncia dar respuesta a la petición de concurso ideal a resolver por aplicación del artículo 77 del CP en relación a los delitos de atentado y lesiones.

La respuesta sólo puede ser positiva ya que en efecto la acción de golpear con la pistola al sargento de la Guardia Civil simultáneamente afecta a dos bienes jurídicos diferentes: el atentado que supone un ataque al principio de autoridad del que están investidos por la Sociedad los funcionarios y que implica un menoscabo del respeto que deben merecer en el ejercicio de sus funciones y al mismo tiempo, las lesiones suponen un ataque a la integridad física de tales personas, bien distinto y autónomo del anterior porque debe recordarse que no todo atentado necesariamente integra, además, unas lesiones, por lo que si éstas acaecen deben merecer un tratamiento autónomo, bien que penalmente se deba aplicar sólo la pena correspondiente al delito más

grave, en su mitad superior, con el límite de no superar la suma correspondiente a la punición separada de ambas infracciones.

De acuerdo con ello, los delitos de atentado y lesiones imputados al recurrente están previstos en los artículos 550 y 551-1.º y 147 y 148-1.º del vigente Código Penal. La pena prevista para ellos es de uno a tres años por el atentado contra agentes de la Autoridad, y por aplicación del subtipo de empleo de armas –art. 552– la pena tipo es de tres años a cuatro años y medio; para el delito de lesiones con empleo de armas la pena se sitúa entre los dos a cinco años. De acuerdo con el artículo 77, procede la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave. En este caso el delito más grave es el de lesiones por la doble consideración de ser superior el bien jurídico de la integridad personal al del orden público y principio de autoridad, y porque el máximo de la pena por lesiones excede en seis meses al del atentado, partiendo ambas del mismo mínimo de tres años y seis meses. En todo caso es obvio que la imposición de una única pena en los términos del artículo 77 del CP es más beneficiosa para el recurrente que la punición separada por ambas infracciones. Recuérdese que la sentencia, sin respuesta ante la petición de concurso y sin motivación de la pena acuerda la imposición de cinco años de prisión por el atentado –con exceso de seis meses sobre el máximo legal– y tres años por las lesiones.

Procede la estimación del motivo que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal. En consecuencia, en la segunda sentencia se sancionarán ambos delitos de acuerdo con el artículo 77 del CP con una única pena en la extensión que allí se justificará.

c) En relación a denuncia del principio *non bis in idem* por la aplicación del uso de armas a los delitos de atentado y lesiones, además del propio delito de tenencia ilícita de armas, debe rechazarse tal denuncia, ya que no existe la violación que se denuncia. Debe recordarse que el delito del artículo 564 está concebido como un delito permanente que no requiere para su perfección daño o producción de una lesión en el mundo exterior, bastando la posesión en clave de disponibilidad del arma, y que por tanto responde a la categoría de delitos de peligro, abstracto, general o comunitario para las personas de forma indeterminada. Por otra parte, si se atacan diversos bienes jurídicos autónomos con el plus de lesividad que supone el empleo de armas, deberán aplicarse los subtipos agravados que existan en el Código Penal en relación a los distintos delitos cometidos dada la autonomía de los mismos en los que opera sin que se produzca violación del principio *non bis in idem*. En el presente caso se ha sancionado el delito de tenencia de armas, y, además, atacado dos bienes jurídicos distintos: el respeto a los agentes de autoridad por la autoridad que representan y la integridad personal, procede la aplicación autónoma de los subtipos de empleo de armas previstos en los delitos de atentado y lesiones, porque en definitiva, lo único que se hace es penar dos delitos distintos con todas las circunstancias concurrentes en su ejecución ya sean agravatorios o cualificativos en forma de subtipos agravados como es el presente caso. Por lo demás, la aplicación del concurso ideal, ya declarado, hace desaparecer la denuncia efectuada.

Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala, y en relación al delito de robo con empleo de armas y resultado de lesiones del artículo 501-4.º del anterior Código Penal había afirmado que la aplicación del delito complejo de robo con lesiones de dicho artículo, que ya por razones de política criminal suponía una exacerbación de la pena de suerte que ésta era superior a la que pudiera haberse impuesto penando separadamente ambas infracciones, impedía la nueva aplicación del subtipo de empleo de armas del último párrafo del artículo 501-5.º, de suerte que prácticamente dicho párrafo, no obstante su tenor literal, quedaba reducido a la aplicación del propio párrafo 5.º Se argumentaba que su aplicación podría suponer un quebranto del princi-

pio de culpabilidad. No es ésta la situación del presente caso en el que no existe delito complejo, y lo único que se ha hecho ha sido sancionar dos delitos autónomos que atentan a bienes jurídicos diversos –atentado y lesiones– con las específicas agravantes previstas en la Ley –subtipo de empleo de armas de los artículos 552 y 148– que efectivamente concurrieron en su ejecución.

No hay violación del principio *non bis in idem*. En este sentido SSTS de 13-5-1998 y de 27-4-1999 y por tanto la denuncia debe ser rechazada.

(Sentencia de 16 de marzo de 2001)

*Interpretación del delito de atentado desde la perspectiva del principio de proporcionalidad: criterios que de ello se derivan; diferencias con el delito de resistencia. Agresión verificada con armas: interpretación restrictiva del medio peligroso, apreciándose la peligrosidad del instrumento en el caso concreto, no genéricamente, y por tanto, siendo necesaria una verdadera agresión y no sólo un uso sólo intimidatorio*

Segundo.–Es correcta la apreciación del Ministerio Público sobre la desproporción de la pena impuesta, pero la corrección de esta infracción del principio de proporcionalidad no requiere acudir al Ejecutivo a través de la proposición de indulto parcial sugerida por el Ministerio Fiscal, pues puede resolverse igualmente en el propio ámbito jurisdiccional, a través de una interpretación del tipo delictivo de atentado sujeta al fundamento material de su incriminación y concretamente al fundamento material del subtipo agravado aplicado.

La doctrina de esta Sala, por ejemplo, en sentencias de 25 de noviembre de 1996 y 19-10-1999, ya ha señalado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 impone «una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad».

Ello determina una triple consecuencia, como puede deducirse de nuestra doctrina jurisprudencial:

En primer lugar la exclusión de la aplicación del tipo a aquellas «conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término» (véanse las sentencias citadas de 25-10-1996 y 19 de noviembre de 1999).

En segundo lugar la corrección del anterior criterio jurisprudencial que incluía en el delito de atentado la totalidad de los supuestos de resistencia activa, y que había sido doctrinalmente criticado por considerarlo una interpretación extensiva del tipo, limitándose por la nueva doctrina jurisprudencial la aplicación del atentado exclusivamente a los supuestos de resistencia activa grave, en concordancia con la nueva redacción legal del artículo 550, que se refiere expresamente como atentado a la resistencia activa calificada como «también grave». En consecuencia en el delito de resistencia del artículo 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad (Sentencias 3-10-1996, 11-3-1997, que especifica y consolida la doctrina y 12-5-2000, entre otras).

Este cambio de criterio jurisprudencial está avalado por el Nuevo Código Penal pues, como acabamos de señalar, 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 el atentado por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia del artículo 556, tipificado de modo residual en su actual deslinde con el

delito de atentado, se caracteriza no sólo por la nota de la pasividad –criterio de la anterior interpretación jurisprudencial–, sino también y principalmente por la nota de la no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activa.

Y en tercer lugar la restricción del subtipo agravado del artículo 552.1.º teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto para constatar si efectivamente un instrumento que genéricamente puede calificarse de peligroso, en su modo concreto de utilización merece también dicha calificación (Sentencia de 20 de diciembre de 2000, entre otras), es decir atendiendo a si concurren en el caso concreto las condiciones que, de modo material y no meramente formal, justifican la agravación.

Tercero.–Centrándonos en este último supuesto, que es el aplicable en el caso actual, y ampliando las referencias a la reciente doctrina jurisprudencial sobre la restrictiva aplicación del subtipo, debemos remitirnos a la sentencia de 5 de diciembre de 2000, que en un supuesto muy similar al actualmente enjuiciado, señaló que ciertamente no cabe apreciar el subtipo agravado del artículo 552.1.º del Código Penal más que en aquellos casos en que en primer lugar se aprecie la existencia de una verdadera agresión –y no sólo una acción intimidatoria– y en segundo lugar ésta se verifique con armas u otro medio peligroso. Y dado que el hecho probado describía un uso intimidatorio del cuchillo limitado a la acción de esgrimirlo frente a uno de los Policías, sin culminar en una verdadera agresión, se estimó el motivo y se excluyó la aplicación del subtipo agravado, con el apoyo del Ministerio Fiscal.

Asimismo en la sentencia de 20 de diciembre de 2000, se estima el recurso y se excluye la apreciación del subtipo pese a que la sentencia impugnada afirma la consideración de medio peligroso desde la percepción inmediata de una cayada «de tamaño considerable», por estimar que desde el examen de las concretas circunstancias no se aprecia la peligrosidad que supone la aplicación del tipo agravado. «Aunque la cayada fuera de tamaño considerable, su empleo fue con escasa intensidad dado las leves lesiones que produjo en el brazo, una contusión que pudo ser evitada mediante la interposición del brazo».

Por último en la más reciente sentencia de 29-1-2001, se estima también el recurso en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 552.1.ª CP que agrava el delito de atentado «si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso», ratificando expresamente el criterio de otras sentencias anteriores expresando: «Estimamos que tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo. Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa «acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño», lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió. De otro modo nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad. En este mismo sentido se han pronunciado tres recientes sentencias de esta Sala, la de 5-11-1998, relativa a un caso de intimidación con navaja, y las de 23-3-1999 y 21-1-2000 que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola, como aquí ocurrió. En la primera y tercera se eliminó por el TS la agravación específica del artículo 552.1.ª que se había apreciado en la sentencia de la Audiencia Provincial, mientras que en la segunda se respetó la calificación de atentado simple, que había hecho la Audiencia Provincial sin aplicar el artículo 232.1.º CP anterior, equivalente al actual 552.1.ª No cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el artículo 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado. Cuando se amenaza

con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar. Ha de estimarse este motivo que mereció el apoyo del Ministerio Fiscal».

Cuarto.—Aplicando dicha doctrina al caso actual procede indudablemente la apreciación del motivo. Podría alegarse que en el caso enjuiciado el uso del destornillador no fue meramente intimidativo, pues según el hecho probado el recurrente llegó a abalanzarse hacia uno de los policías, aun cuando no le alcanzase porque otro agente se interpuso en su camino, deteniéndole antes de que llegase siquiera a rozarle. Pero lo que tienen en común los supuestos citados es la consideración de que el tipo agravado requiere, como ya se ha expresado, una interpretación restrictiva que sujete su aplicación al fundamento material de la agravación. Es decir, que se hace necesario valorar en cada caso si la modalidad concreta de uso o empleo de un instrumento peligroso, en atención al tipo de agresión realizada, creó efectivamente un peligro relevante que justifique materialmente la aplicación del subtipo, atendiendo al rigor punitivo con el que se sanciona legalmente.

Y ha de estimarse que si la doctrina citada de esta Sala considera que incluso el uso de una pistola frente a los agentes policiales no justifica la aplicación del subtipo si el arma no llega a dispararse, debiendo sancionarse el hecho por el tipo básico, difícilmente puede ser apreciado en un supuesto como el actual en el que el recurrente no llegó a culminar una verdadera agresión, pues se limitó a salir del coche esgrimiendo un destornillador, cuyo tamaño y entidad se ignoran, lanzándose hacia uno de los policías que le habían detenido sin alcanzarle en ningún momento, encontrándose a un metro de distancia del agente cuando fue sujetado por otro de los policías actuantes. Cabe calificar el hecho como un acto de resistencia grave a la detención, lamentablemente habitual en supuestos de enfrentamiento entre policías y delincuentes, bien resuelto por la probada profesionalidad de los agentes, que debe efectivamente ser sancionado como delito de atentado con la penalidad prevista para el mismo, en un grado superior al mínimo atendiendo las circunstancias del hecho, pero sin aplicación del subtipo agravado que queda reservado para supuestos en que la modalidad agresiva permita apreciar una mayor concreción y proximidad en la puesta en peligro grave de la integridad del agredido.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto, sin que se estime procedente entrar en el análisis del segundo motivo de recurso por quedar sin contenido ante la estimación del presente: el hecho enjuiciado constituye, como se ha expresado, un delito consumado de atentado, y no una tentativa como se pretendía en este segundo motivo, pero del tipo básico, por lo que la pena a imponer será la interesada por la propia parte recurrente.

(Sentencia de 16 de octubre de 2001)

## ARTÍCULO 556

*Elemento subjetivo del delito de resistencia no grave: conocimiento de la condición de agente de autoridad de la víctima. Detenido que muere a un Guardia civil que intentaba que el sujeto no se tragase bolsas de droga. Mejor calificación como atentado*

Primero.—(...) Pues bien, la narración histórica que expone el juzgador en base a la prueba de cargo practicada no deja lugar a la duda respecto a la concurrencia del

elemento subjetivo del delito que el recurrente cuestiona, pues prístinamente se dice allí que «aun a pesar de que los agentes de la autoridad se identificaron como tales, el acusado reaccionó violentamente oponiéndose a su detención, revolviéndose contra aquéllos...» y mordiendo en las manos a uno de los Guardias Civiles que trataba de evitar que se tragara las bolsas con droga. Siendo así que el elemento subjetivo de este tipo delictivo está integrado por el dolo de ofender o desconocer el principio de autoridad, y que quien agrede conociendo la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por el dolo directo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, que concurre cuando aún persiguiendo el acusado otros fines, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que el principio de autoridad quede vulnerado por causa de su proceder (ver SSTs de 31-5-1988 y 3-3-1994, entre otras); siendo ello así, decimos, la concurrencia del elemento subjetivo del delito apreciada por el Tribunal *a quo*, no puede ser puesta en entredicho, y lo único que cabe significar es la enorme benevolencia de la Sala de instancia al calificar el hecho como integrado en el tipo menos grave del artículo 556 y no en el previsto en el 550 CP, toda vez que aquél contempla los supuestos de oposición meramente pasiva, inerte o renuente, consistiendo esencialmente en una conducta obstativa, en una manifiesta pasividad rebelde, en tanto que el 550 castiga la oposición activa, violenta o abrupta con empleo de fuerza física agresiva, y ésta fue la actuación del acusado, al menos al ejercer la violencia física activa contra el agente policial que, en cumplimiento de sus obligaciones como representante de la autoridad, trataba de evitar la destrucción o desaparición de pruebas del delito investigado, y con el resultado lesivo que se describe en el *factum* de la sentencia, cuya calificación como delito de lesiones no cabe discutir al concurrir tanto el elemento material u objetivo del tipo, como el subjetivo que también concurre, cuanto menos como dolo eventual, según la narración de los hechos probados.

(Sentencia de 12 de enero de 2001)

## ARTÍCULO 557

*Alterar el orden causando lesiones y desperfectos con el fin de atentar contra la paz pública: delito de infracción plurisubjetiva: Existe en el caso del actuar en grupo con la cara tapada y lanzando en la vía pública objetos que al impactar con cualquier superficie producen una llamarada. Compatibilidad con las faltas de lesiones causadas durante la alteración del orden público*

Tercero.—El que se formaliza como motivo tercero con base en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sirve a su promotor para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 557 del Código Penal.

Sostiene el recurrente que es incorrecto calificar los hechos descritos en el relato fáctico de la sentencia como un delito de desórdenes públicos, pues no ha quedado acreditado que el fin de los agresores era atentar contra la paz pública, ni que efectivamente, ésta se alterara.

Obligado resulta recordar ante tan contundente afirmación impugnativa que la vía casacional elegida impone un escrupuloso e integral respeto a los hechos declara-

dos probados como obligada e inexcusable referencia o asiento instrumental de la censura. De suerte que cuantas consideraciones se alejen de dicha estructura referencial o se argumenten sobre hipótesis distintas de la descripción que conforma la primera premisa del silogismo judicial, no podrán ser acogidos.

La sentencia impugnada describe, como sobre las 20 horas del día 21-9-1996 «... un grupo de unas diez personas jóvenes, actuando de forma coordinada y cubriendo sus rostros con capuchas, pasamontañas o pañuelos (...) comenzaron a arrojar botellas y botellines de cristal que al tener una mezcla explosiva en su interior estallaban produciendo llamaradas al chocar con cualquier objeto...». Asimismo dicha resolución establece como probado que los integrantes del grupo lanzaban los «cócteles molotov» contra una furgoneta policial, antidisturbios de la Ertzaintza, que los agentes repelieron la agresión persiguiendo durante unos instantes a los atacantes y que resultaron alcanzadas dos personas y un automóvil. Tampoco cabe olvidar, por ser notorio, que no se trata de un hecho aislado en el lugar y circunstancias en que se produce.

Si como dice la STS de 28-2-1998, «El delito de desórdenes públicos puede ser considerado como una infracción plurisubjetiva es decir, actuación en grupo, que produce como resultado la alteración del orden público a consecuencia de la utilización de medios determinados. Al mismo tiempo, exige un elemento interno de carácter finalista como es el de atentar contra la paz pública», afirmar que –según argumenta el Ministerio Público– no se produce una alteración del orden público como consecuencia del ataque, de sus resultados y de sus consecuencias, pone de manifiesto un peculiar concepto de lo que pueda entenderse por orden público, muy alejado de aquel que entiende que para afirmar que tal orden existe ha de ser posible, al menos, el ejercicio pacífico de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por otro lado, la concurrencia de la finalidad de alterar la paz pública con estas acciones, enmarcadas en el contexto en el que se producen, es una conclusión que se obtiene con naturalidad del análisis de los hechos, como se dice en las Sentencias de esta Sala de 23-2-1998 y 13-5-1997, en supuestos muy similares. De ahí el rechazo del motivo.

(Sentencia de 21 de septiembre de 2001)

## ARTÍCULO 563

### *Los «sprays» de defensa personal no constituyen tenencia ilícita de armas*

Segundo.–El segundo motivo denuncia infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 563 del Código Penal en relación con el artículo 5 del RD 137/1993, de 29 de enero, e inaplicación del artículo 21 del Código Penal. Alega el recurrente que el spray utilizado no tiene el carácter de «arma prohibida», y que en todo caso el acusado lo poseía creyendo de que era legal.

A) El artículo 563 del Código Penal se configura como una norma penal en blanco al contener el concepto normativo de «arma prohibida» que ha de ser integrado con remisión a la legislación de armas, constituida por el RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

B) Desde una perspectiva constitucional en principio cabe el reenvío de una norma penal a otra reglamentaria para la integración de las exigencias típicas. En tal sentido las SSTC de 28-2-1994, 16-9-1992 y 5-7-1990, admiten la validez de 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. No obstante han de cumplirse para ello tres requisitos ineludibles: 1) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido; 2) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; 3) 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.

C) En relación con los «sprays» de defensa personal, el Reglamento de Armas en su artículo 5 establece la prohibición de su tenencia y uso pero exceptuando los que en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas mayores de edad.

De este modo la declaración del «spray» de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de «prohibida», sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo.

Por ello, con relación a los «sprays» de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal.

Esta Sala ya declaró que sólo la infracción de una prohibición tajante o absoluta de un tipo de armas que por su acusada peligrosidad ha determinado al legislador a su exclusión radical del mercado, tiene entidad suficiente para integrar una conducta penalmente sancionable (Sentencia de 6-2-1995). Y la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 declaró que todo ello obliga a excluir, a los efectos del concepto de arma prohibida del artículo 563 del Código Penal, tanto el artículo 4.1.h), como los supuestos del artículo 5 que incluye prohibiciones meramente relativas y condicionadas.

En consecuencia el uso de «spray» carece de significación delictiva, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener en el ámbito administrativo sancionador.

El motivo segundo por todo ello se estima.

(Sentencia de 9 de febrero de 2001)

*Es tenencia de armas prohibidas y no de aparatos explosivos el tener 10 cohetes pirotécnicos agrupados en tres manojos, uno teniendo adherido una esfera de plástico de 4 cm de diámetro conteniendo pequeñas bolas de acero, tuercas y plomos de los usados para pescar*

Primero.—La Sección segunda de la Audiencia Provincial de Alava condenó a Francisco José M. G., como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia de explosivos, con la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, declarando como hechos probados, en síntesis, que el citado acusado fue detenido cuando por-

taba en el interior de una mochila –además de un rollo de cinta adhesiva, una navaja abrebotellas, un mechero, una caja redonda de plástico con plomos de pescar y una braga-pasamontañas–, diez cohetes pirotécnicos de los denominados voladores, de once centímetros de largo por tres centímetros de ancho, con varillaje de madera de unos catorce centímetros y cada uno de ellos con una mecha para su encendido entre tres y cinco centímetros de largura, apareciendo los diez cohetes agrupados en tres manojos, dos de tres y uno de cuatro, uno de los cuales llevaba adherida una esfera de plástico de cuatro centímetros de diámetro, conteniendo pequeñas bolas de acero y tuercas de pequeñas dimensiones. La Sentencia recalca a continuación que tales manojos de cohetes constituyen un artefacto industrial manipulado, con sistema de actuación pirotécnico, potencia explosiva baja, y un peso aproximado de doscientos cincuenta gramos. Hechos ocurridos el día 27-3-1998 en Vitoria-Gasteiz.

En su fundamento jurídico segundo precisa algunos aspectos fácticos de su relato histórico, señalando que el peso de 250 gramos lo es en su conjunto (por lo que su contenido en pólvora será inferior, y cada uno un peso bruto de 25 gramos), que tienen tales artefactos un sistema de activación pirotécnico y de baja potencia explosiva, tratándose de cohetes voladores, los cuales se venden al público mayor de edad; que al prenderse la pólvora lanza el canuto a una distancia entre 100 y 300 metros, produciéndose al final su iluminación característica; al ser agrupados, su fuerza de activación es lógicamente mayor, por lo que pueden alcanzar mayor distancia y fuerza de impacto. También se precisa que la esfera de plástico que se puede adosar al manajo (sea tornillería o plomos de pescar), permite disgregar en todas las direcciones tales elementos con cierta potencia, y que si se lanzara en el centro de la ciudad, sus efectos podrían causar lesiones en las personas, de modo que, como también se recoge en el informe pericial, su disposición en la agrupación reseñada no es el uso pirotécnico, sino como metralla.

La Sala sentenciadora subsume estos hechos bajo los parámetros penales del artículo 568 del Código Penal de 1995, como delito de tenencia de aparatos explosivos sin autorización legal, conceptuándolo como de un verdadero aparato explosivo, en razón del bien jurídico protegido por la potencialidad lesiva que tales aparatos encierra, siendo un delito de peligro abstracto que protege la seguridad ciudadana, frente al riesgo que para la misma constituye dicha tenencia ante el mal uso que puede realizarse del mismo. Y alega, a favor de dicha tesis, la Sentencia de esta Sala de 15-10-1998.

Segundo.–Desistido el segundo motivo de contenido casacional, hemos de limitarnos a dar respuesta jurídica al primero que, aunque desarrollado en dos submotivos, como se expuso en el acto de la vista por el Letrado de la defensa, en realidad reconduce toda la problemática que se somete a la consideración de esta Sala, por la vía del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la consideración sobre la correcta aplicación a los hechos enjuiciados del artículo 568 del Código Penal de 1995. El elemento intencional que parece reprochar el autor del recurso en tanto combate la ulterior utilización contra un edificio público, por la vía de la presunción constitucional de inocencia, carece de trascendencia, al haber proclamado esta Sala en Sentencia de fecha 9-3-1999 que en este tipo delictivo se ha eliminado cualquier referencia o exigencia de un ulterior propósito delictivo que se contenía en el antiguo artículo 264, por lo que la simple tenencia ya es suficiente, en el Código Penal actual para la consumación del delito.

Parte el recurrente de no discutir la posesión de los cohetes por el acusado, «ni que, a buen seguro, la utilización que el mismo pensara dar a los mismos fuera diferente a aquella para la que los mismos fueron creados», incluso admite que la finalidad podría ser causar algún tipo de daño patrimonial.

El Título XXII del Libro II del Código Penal se dedica a los delitos contra el orden público, y el concreto Capítulo y Sección primera en donde se integra el pre-

cepto contenido en el artículo 568, se refiere a la «tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos». Para la correcta aplicación del mismo, debemos estar en presencia de una sustancia que pueda calificarse como de explosiva, y por otro lado, que su tenencia no esté autorizada por las leyes o por la autoridad competente. Ambos son elementos normativos del tipo, en razón de la especialidad de la materia y su incidencia en la seguridad ciudadana, y para ello hemos de analizar la norma administrativa que desarrolla el concepto de «explosivo», ya que el acusado carecía de cualquier autorización para su utilización.

El Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos (BOE 61/1998 de 12-3-1998, pg. 8557), no estaba en vigor en la fecha de la comisión de los hechos, toda vez que tuvo una *vacatio legis* de sesenta días desde su publicación (Disp. Final 4.ª), habiendo sucedido aquéllos, como ya expusimos, el día 27-3-1998. De modo que la norma aplicable la constituye el Real Decreto 2114/1978, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos (BOE 214/1978 de 7-9-1978), cuyos preceptos, en la materia estudiada, apenas difieren del actualmente en vigor.

Dispone su artículo 1 que dicho Reglamento será de «general aplicación en materia de explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos», siendo sus preceptos supletorios de cualquier otra disposición que contenga normas referentes a dichas materias. Define el artículo 9 por «explosivo a efectos reglamentarios toda sustancia o mezcla de sustancias que, por liberación súbita de su energía, produce o puede producir en ciertas condiciones una sobrepresión en sus alrededores, acompañada generalmente de llama y ruido, con independencia del mecanismo físico-químico de liberación de energía», y que «igualmente, a efectos reglamentarios, se consideran explosivos los objetos cargados con productos explosivos, siempre que no estén comprendidos en los capítulos III y IV del presente título». Precisamente el capítulo IV se dedica a la pirotecnia, cuyos artículos 17 y 18 describen como tales aparatos pirotécnicos, los cohetes voladores, que son los intervenidos al acusado. En el mismo sentido el Reglamento actualmente en vigor, en tanto considera explosivos, en su artículo 11, aquellas materias y objetos definidos reglamentariamente, con exclusión de la cartuchería y la pirotecnia.

Y si a tal definición legal, le añadimos que su potencia explosiva es baja, por así describirlo el *factum*, conforme se dictaminó por los informes periciales, y que su adquisición es libre por personas mayores de edad, claramente hemos de concluir que no estamos en presencia de un delito de tenencia de aparatos o sustancias explosivas del artículo 568 del Código Penal, por no cumplirse ninguno de los requisitos del tipo objetivo. Igualmente el elemento de la gravedad y proporcionalidad, que se reconduce tras una interpretación armónica de los artículos 563, 564, 565 y 567.4, nos conduce a igual conclusión, en función de la penalidad asignada en el artículo 568 del propio Cuerpo legal, que requiere que se trate de sustancias o aparatos explosivos de cierta consistencia y potencia, con riesgo de peligro a la colectividad. No son asimilables al caso ahora sometido a nuestra consideración, los de otro tipo de sustancias que se contemplaron jurisprudencialmente en las Sentencias dictadas por esta Sala, con fechas 28 de febrero y 24-10-1998 y la citada de 9-3-1999, todas ellas referidas a cócteles «molotov», por su evidente intensidad, no sólo explosiva sino inflamatoria o incendiaria. Tampoco la Sentencia citada por la Sala de instancia, de 15-10-1998, en apoyo de su interpretación, ofrece base suficiente para ser tenida por precedente judicial alguno, pues se refiere igualmente a botellas de gasolina, configuradas como «cóctel molotov», y no por artificios pirotécnicos de bajo potencial explosivo y que no son considerados como «explosivos» por la reglamentación administrativa al respecto, conforme ya hemos analizado.

Sin embargo, los hechos no son atípicos, aspecto éste en el que incluso conviene el propio recurrente, sin embargo, por un camino que esta Sala juzga equivocado. Dadas las características de los artefactos intervenidos, su configuración morfológica y su potencial utilización, estamos en presencia de un arma, que tendrá, como argumentaremos seguidamente, la configuración tipológica de un arma prohibida, cuya posesión y tenencia sanciona el artículo 563 del Código Penal. En efecto, el artículo 563 sanciona la tenencia de armas prohibidas (además de la tenencia de aquellas armas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de las armas reglamentadas), con pena de prisión de uno a tres años. Del *factum* de la Sentencia de instancia, así como de los elementos fácticos que se describen en el segundo de los fundamentos jurídicos de aquella, puede decirse que nos encontramos en presencia de un arma, quizá rudimentaria o de fabricación casera, pero de poder lesivo suficiente, potencialmente letal. Se trata de unos cohetes en manojo, a uno de los cuales se le ha adosado una carga de metralla, consistente en unos plomos de pescar, que pueden ser disparados a distancia, poseen capacidad de trazar una trayectoria en forma de proyectil –bien que con escasa precisión–, con capacidad lesiva frente a las personas por el impacto de una especie de perdigones de fabricación artesanal, como son los plomos de pescar, que llegan a alcanzar unos trescientos metros de distancia, conforme determinó el informe pericial. Veamos ahora si tal arma está dentro del concepto de «prohibida» en la regulación administrativa. El Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Armas (BOE 55/1993 de 05-03-1993), que traspone al derecho interno la Directiva 91/477/CEE, del Consejo, de 18-6-1991, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, cuyo contenido coincide sustancialmente con el capítulo sobre Armas de Fuego y Municiones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en su artículo 4.1 e), considera como tales «las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto». En el caso sometido a nuestra consideración, se trata de un arma de fuego indudablemente, activada por pólvora, simulada bajo un proyectil pirotécnico, con perdigones de plomo obtenidos de los utilizados para pescar. Y como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1998, el mencionado artículo 563 del vigente Código Penal recoge como primera modalidad de tenencia ilícita de armas la de armas prohibidas, considerándose como tales aquellas cuya tenencia no puede ser autorizada y que aparecen relacionadas en el artículo 4 del Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 enero, modificado en parte por RD 540/1994, de 25 marzo) y en concreto en el inciso final del apartado 1, h) se incluye, con fórmula de cierre, «así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas».

En definitiva, el proyectil confeccionado por el acusado constituye un arma prohibida, que, como dice la jurisprudencia de esta Sala, entraña un serio peligro para la vida e integridad de las personas creando, indudablemente, una situación objetiva de riesgo, por lo que deben los hechos ser subsumidos bajo dicho tipo penal, sin que se resienta el principio acusatorio, dada la evidente homogeneidad de tales tipos penales, y la menor entidad punitiva del precepto que aplicamos. No pueden calificarse los hechos, como pretende el recurrente, como constitutivos de un delito de desórdenes públicos en grado de tentativa, pues nos encontraríamos en una fase meramente interna del *iter criminis*, sin haberse dado principio a la ejecución delictiva por hechos exteriores, ni hay vestigio alguno de grupo.

Por las razones expuestas, procede estimar este único motivo de contenido casacional, dictando a continuación la Sentencia precedente.

(Sentencia de 18 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 564.1

*Requisitos de la tenencia ilícita de armas: tomar la pistola del lugar donde la guardaba su padre y hacer uso de ella*

Séptimo.—(...) La tenencia ilícita de armas, como se trasluce de las sentencias de 26 de noviembre de 1998 y 3-4-1995, 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 aquella 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 detentación se persiga (STS de 11-5-1999).

En el caso examinado se dan cita tanto los requisitos de naturaleza subjetiva como los de índole objetiva o material. En cuanto al primero, la actuación del acusado que describe la sentencia no deja lugar a la duda, pues, conociendo la existencia de la pistola en su casa, acude al domicilio para hacerse con ella, tomándola del lugar donde el padre la tenía depositada, lo cual indica una actividad consciente, voluntaria y de propósito que abarca también la conciencia de la ilicitud de la posesión, puesto que, como expone la STS de 15-4-1996, es difícilmente apreciable en la sociedad española el error de derecho en este punto «por la proscripción notoria de la posesión libre de armas de fuego».

En cuanto al elemento material, la doctrina de esta Sala ha perfilado el concepto de «tenencia» contenido en la descripción típica excluyendo del mismo la detentación fugaz o pasajera o aquella que tiene como finalidad la mera contemplación o examen del arma, precisando que no es necesaria una perduración posesoria sobre el arma a través de un cierto período temporal, bastando la detentación y disponibilidad de la misma con plena autonomía (véase, *ad exemplum*, STS de 15 de noviembre de 1996) siendo suficiente una posesión que, permitiendo esa disponibilidad, haga factible su utilización merced a la libre voluntad del agente (STS de 3-2-1991), pues el tipo se consume «por la posesión, no meramente instantánea, que permite la disposición de la que se detenta como posibilidad de uso» (STS de 22-9-1995).

En fin, por la nitidez de la declaración, no podemos dejar de recordar la STS de 18-9-1998, acertadamente invocada por el recurrente: «cuando la posesión deviene en utilización agresora, el poseedor comete el delito de tenencia ilícita, y no por la temporalidad de la tenencia sino por la cualidad de la misma, es decir, no existe una tenencia del arma, tan efectiva y rotunda que cuando se utiliza con afán agresor y letal, pues es entonces cuando la agresión adquiere toda su virtualidad, por breve que hubiera sido su tenencia».

(Sentencia de 31 de enero de 2001)

*Tenencia ilícita de armas: elementos de este delito. Tenencia de armas cortas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios: no existe en el caso de revólver de más de cien años de antigüedad sin aptitud para disparar tanto por las deficiencias mecánicas como por la inexistencia en el mercado de proyectiles adecuados*

Único.—(...) 3.—La jurisprudencia de esta Sala ha determinado la finalidad, caracteres y elementos del delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el artículo 564 del CP.

Se ha considerado que el tipo delictivo protege la seguridad, no sólo la del Estado, sino la comunitaria, tratando de restringir el peligro que comportan las armas de fuego, sometiénolas a un control administrativo y sancionando la tenencia de las mismas si se prescindía de tal control, y se ha caracterizado el tipo de tenencia ilícita de armas de delito de mera actividad o formal —en cuanto no exige la producción de lesión o daño— permanente en cuanto su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre el armas, y de peligro abstracto (STS de 15-4-1996 y 21-1-2001).

Por la jurisprudencia se han señalado también los elementos del delito:

a) El elemento dinámico estriba en la mera posesión, bastando una relación entre la persona y el arma que permite una disponibilidad de ésta y su utilización a la libre voluntad del agente para los fines propios de tal instrumento. La tenencia debe superar lo que es un pasajero contacto, a efectos de examen, o la ocupación fugaz propia de un servidor de la posesión, como sucede en el caso de reparador o transmisor. Puede distinguirse en la posesión el componente físico o *corpus possessionis* y el subjetivo o *animus possidendi o detinendi*, sin que sea exigible el *animus domini o rem sibi habendi*.

Se recoge tal doctrina en las ya citadas sentencias de 15-4-1996 y 21-1-2001.

b) El elemento material u objetivo consistirá en el arma de fuego, caracterizado como instrumento apto para disparar proyectiles, mediante la deflagración de la pólvora. Requisito necesario del elemento es que el arma se halle en condiciones de funcionamiento, no apreciándose tal capacidad en aquellas armas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. Se ha estimado que el arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo, y se ha señalado que la aptitud debe ponderarse más que en los mecanismos de carga, en los de percusión. La idoneidad del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial que debe ser acreditado por la Acusación (SS. de 10-6-1988, 4 y 15-2 y 18-9-1991, 6-3-1992, 30-9-1992, 31-3-1993, 29-5-1990, 25-4-1996, 20-2-1998 y 18-2-1999). El carácter más o menos remoto del peligro que el arma suponga, por su antigüedad, deficiencias de mecanismos o ausencia de la munición, adecuada en el mercado debe ponderarse para concluir si la tenencia del arma sin permisos es o no ilícita.

c) El elemento jurídico extrapenal consistirá en la falta de habilitación administrativa de la posesión del arma; y

d) El elemento subjetivo estribará en el conocimiento de que el arma poseída es de fuego, con idoneidad para disparar y de que no puede poseerse lícitamente sin guía de pertenencia y licencia de armas, habiendo excluido la jurisprudencia el error de prohibición que contempla el artículo 14 del CP en los supuestos de tenencia de aparatos con capacidad de perpetrar proyectiles, no aceptando que pueda creerse que

no se exige control administrativo para la posesión de tales instrumentos (STS de 23-3-1993, referente a un bolígrafo pistola y sentencia de 15-4-1996; y

4. Partiendo de la doctrina expuesta, y con apoyo en las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida y por las razones desarrolladas en el Fundamento segundo de la misma, el recurso del Ministerio fiscal debe desestimarse:

a) La tenencia del revólver «Eibarres de cinco tiros» por Juan Manuel A. sin guía y licencia, no comportaba un peligro para la integridad física de los conciudadanos ni merecer de sanción penal, ya que se trataba de un arma fabricada a principios del pasado siglo, con cerca de cien años de antigüedad, con muy limitada aptitud para propulsar proyectiles, tanto por su funcionamiento mecánico incorrecto –«A lo sumo permitiría disparar alineando manualmente el cañón con el tambor», expresa el relato fáctico–, como por la dificultad de obtención de los cartuchos de pólvora negra, que son los adecuados para el arma, y que en la actualidad están absoletos.

b) Por ello, aunque concurrió en el supuesto enjuiciado el elemento dinámico del delito, al haber mediado una posesión del revólver por parte de A. durante tres días, tras haberlo sustraído a su dueño Manuel I. R., faltó el elemento objetivo, de la aptitud del arma para disparar, ineptitud ocasionada tanto por las deficiencias mecánicas del arma, como por la inexistencia en el mercado de los proyectiles adecuados.

c) En todo caso, faltaría el elemento subjetivo, de conciencia de la antijuridicidad en cuanto a la falta de habilitación administrativa del revólver –no en cuanto a la sustracción ilícita del mismo, investigada en otro procedimiento–, ya que los mismos Agentes Policiales estimaron que el arma, por su antigüedad, mal estado de conservación y deficiencias de funcionamiento, integraba pieza de coleccionista, y no arma de fuego, necesitada de permisos administrativos.

(Sentencia de 7 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 568

*Tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes: no es necesario acreditar que se vayan a usar con fines ilícitos*

Primero.–El inicial motivo de casación tiene su sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por interpretación errónea del artículo 568 del vigente Código Penal cuando condena con la pena de cuatro a ocho años de prisión «la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte... no autorizado por las Leyes o la autoridad competente».

Para defender su pretensión el recurrente parte de la base de que esa tenencia de sustancias explosivas sólo puede ser delito si a ello se añade el propósito de utilizarlas con fines no meramente ilícitos, sino delictivos, entendiéndose que la exégesis del precepto ha de hacerse poniéndole en relación con el artículo 264 del derogado Código Penal en el cual se exigía ese requisito subjetivo de la intencionalidad delictiva pues, según su tesis, tal requisito ha desaparecido actualmente porque el legislador ha entendido la dificultad de su prueba, pero no porque no sea necesario para integrar el tipo.

Esta interpretación de la parte, que podríamos denominar «correctora», carece de toda viabilidad por las siguientes razones: *a)* Si así se aceptara, el juzgador rebasaría el marco de sus propias competencias jurisdiccionales para adentrarse en labores legislativas. *b)* Precisamente es el legislador el que ha suprimido intencionadamente ese requisito del querer delictivo del sujeto activo de la acción, suprimiendo a su vez la facultad atenuatoria de la conducta, y creando así un tipo delictivo de «mera actividad» y de carácter «formal», que tiene sede en la idea del «peligro abstracto», y cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública genéricamente considerada en cuanto se proyecta sobre los riesgos para los bienes, la vida y la integridad personal, el patrimonio y el orden público (Sentencia de 15-10-1998). *c)* Ello no quiere decir que se suprima sin más la necesidad de un dolo específico, sino que hoy día, al igual que sucede con figuras delictivas afines como la tenencia ilícita de armas y el depósito de explosivos, la intencionalidad delictiva como elemento subjetivo del injusto que antes se requería, ha quedado reducido o concretado a sólo «la conciencia de que la tenencia de esas sustancias supone un riesgo prohibido y a la voluntad de realizar la conducta pese a ese conocimiento», voluntad que se infiere lógicamente de la simple tenencia, según razona acertadamente el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación. Por ello únicamente cabría exonerar de responsabilidad cuando pudiera apreciarse la existencia de un error de prohibición, pero ésta es cuestión que desborda el contenido del recurso al no haberse planteado y que, además, fue tratada en profundidad por la Sala sentenciadora al rechazar en la instancia esa alegación.

Por otra parte, el argumento de que la intención del legislador al suprimir ese elemento subjetivo del ilícito fue la de evitar su difícil averiguación, no se sostiene, pues tal averiguación de su existencia devendría con la misma o mayor dificultad si se entendiera que, no obstante su supresión literal, permanece en el espíritu de la norma.

Se desestima el motivo.

(Sentencia de 1 de marzo de 2001)

## ARTÍCULO 572

*No puede condenarse por pertenencia a banda armada si en el momento de los hechos ésta todavía no existía*

Trigesimotercero.—Recurso de la Acusación Particular.

Aparece formalizado a través de nueve motivos, todos por el cauce del «error in iudicando» —art. 849-1.º LECrim—, en denuncia de haberse inaplicado o aplicado indebidamente diversos preceptos del Código Penal.

El primer motivo, según el orden propuesto por la parte recurrente y que se va a mantener, lo es por indebida inaplicación del artículo 174 bis *a)* del Código Penal de 1973 al no estimarse los hechos constitutivos de un delito de pertenencia a banda armada.

La queja casacional se centra en que la sentencia recurrida absuelve a todos los condenados del delito de pertenencia a banda armada por estimar que no concurren sus elementos, habiéndose incurrido en confusión —según la tesis de la parte recurrente— al equiparar el concepto de banda armada con los de integración o pertenencia a banda armada, estimando que el delito de pertenencia a banda armada, como delito eminentemente formal y de mera actividad se consuma con esa pertenencia sin exigir que la afiliación vaya seguida de la efectiva realización de actos violentos.

Tal diferenciación en cuyo apoyo cita precedentes jurisprudenciales, descansa –descansaría– en la acreditación de la propia existencia de la banda armada *ex ante*, que el recurrente relaciona con la existencia de los Grupos Antiterroristas de Liberación –GAL–, lo que permitiría distinguirse tal pertenencia de los concretos actos delictivos realizados por grupos o personas integradas en aquellas siglas.

En el presente caso es precisamente la falta de ese presupuesto la que hace inviable el motivo.

En efecto, una cosa es que en el tiempo en que ocurrieran los hechos enjuiciados existiese una difusa idea de ejecutar acciones violentas contra miembros de ETA en Francia –como se reconoce en el apartado 3 del *factum*–, y cuestión distinta es que dicha idea tomase cuerpo, se vertebrase y se constituyese en banda bajo las siglas GAL, lo que tiene un nacimiento histórico que se puede situar en el momento de dejar abandonado en territorio francés a Segundo M. el 14 de diciembre de 1983, después de su secuestro con un comunicado firmado por el GAL, lo que así se contiene en la Sentencia de 29-7-1998 de esta Sala, siendo esa la primera vez que se usa el nombre y las siglas GAL. –Hecho Probado apartado decimotercero de la referida sentencia–.

La secuencia de los hechos descrita evidencia la imposibilidad de estimar a los condenados como integrantes de la banda armada GAL porque ésta se constituyó meses después de los hechos enjuiciados, por otra parte estos son la única actividad delictiva imputable a los condenados, apareciendo como un hecho aislado –Fundamento Jurídico tercero 1.º)–, y finalmente porque es éste el criterio sostenido en la propia sentencia sometida al rigor casacional que excluye por la razón indicada el delito de pertenencia a banda armada, no apareciendo ninguna conexión entre los que aparecen dando vida al GAL con las personas aquí condenadas, razón por la cual, y como argumento adicional, el motivo no respeta el *factum* de la sentencia –integrado éste con los datos de hechos deslizados indebidamente en la fundamentación de la sentencia, Fundamento Jurídico primero letra B– por lo que se incurre en la causa de inadmisión tercera del artículo 884 de la LECrim.

No se ignora la existencia de una reivindicación de este hecho para el GAL, en llamada anónima a la Cadena Ser-Alicante el día 20-1-1984 –hecho también reconocido en el *factum*–, pero evidentemente y dentro de la clandestinidad que es el hábitat de toda actividad terrorista, y por lo tanto opuesto a todo protocolo de acreditación propio de una actividad legal, es lo cierto que aquella llamada carece de virtualidad a los efectos de retrotraer la aparición de la banda GAL a épocas anteriores.

En este control casacional se verifica el ajuste a la legalidad de la sentencia recurrida en relación al motivo del recurso.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 20 de julio de 2001)

## ARTÍCULO 620.2

*Falta de amenazas: «la próxima vez te pego dos tiros», sin que se manifieste un propósito de cumplirlo*

Primero.–El Motivo Primero de este recurso se formula por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la aplicación indebida del artículo 620.2 del Código Penal y la inaplicación también indebida de artículo 169 del citado Código.

Alega el recurrente que la frase «la próxima vez te pego dos tiros» pronunciada por el acusado cuando se retiraba del lugar de los hechos, tiene la suficiente gravedad como para integrar la figura del delito de amenazas, especialmente teniendo en cuenta que en el momento en que se pronunció la víctima había sido violentamente atacada con un vehículo y permanecía postrada en el suelo.

El Tribunal de instancia, tras relatar en el párrafo primero de los Hechos Probados la agresión que el acusado José Antonio G. T. había realizado contra Juan Luis M. D. T., añade en el párrafo segundo que «tras ello, se introduce la hermana de José Antonio en el vehículo conducido por éste, y abandonan el lugar, previamente decirle José Antonio G. a Juan Luis M. que la próxima vez le pegaría dos tiros».

El Tribunal, tras resaltar en el Fundamento de Derecho Primero de su sentencia que «el auto de apertura del juicio oral lo fue, véase su parte dispositiva, por falta y no por delito de amenazas» (folio 106), afirma que los hechos indicados no son constitutivos de delito «pues si la intención real del acusado fuera la de matar, habiendo estado el perjudicado en el suelo inmóvil, con el empleo del coche hubiera podido ejecutar tal intención el acusado, al tener a su disposición al sujeto pasivo. Aquél abandona el lugar y profiere la amenaza, y vistas las circunstancias que concurren en los hechos, tal amenaza tiene entidad de falta y no de delito».

Conviene destacar ante todo que conforme al principio de consunción recogido en el artículo 8.3.<sup>a</sup> del Código Penal, las amenazas quedan absorbidas por el delito amenazado si éste llegara a realizarse. Pudiendo entenderse que sin encontrarnos ante esta situación jurídica, la inmediatividad de la amenaza a la agresión ha sido lo que ha movido al Ministerio Fiscal a no calificar de forma separada e independiente la frase intimidatoria reseñada.

Es doctrina de la Sala que para que una amenaza sea constitutiva de delito debe ser grave, seria y creíble; debiendo atenderse para poderla calificar de esta forma a los actos del acusado anteriores; simultáneos y posteriores a los hechos (ver sentencia de 23-4-1990).

Aduce el Fiscal en su Informe que el acusado no tenía intención de cumplir su amenaza, sino de dejar zanjada la cuestión y evitar males mayores, vista su actitud de ausentarse del lugar de los hechos estando la víctima inmóvil en el suelo.

Ciertamente la conducta del acusado en esta especie de epílogo de su acción no muestra la persistencia en su propósito a la que se refiere la sentencia de 10-2-1999.

Por todo ello hay que entender que la posición de la Sala de instancia incluyendo la conducta del acusado ahora examinada en la falta prevista en el artículo 620.2 del Código Penal, adoptada tras percibir la prueba bajo la vigencia de los principios de inmediación y contradicción y con la perspectiva que le ofrecía el valorar los hechos año y medio después de su comisión, es razonable y lógica, por lo que debe ser respetada en casación; lo que implica que el Motivo Primero del recurso sea desestimado.

(Sentencia de 25 de mayo de 2001)

## ARTÍCULO 621.2

*Grados de imprudencia: es leve la muerte ocasionada por invadir el sentido contrario por velocidad inadecuada y dado que la calzada estaba mojada*

Tercero.–(...) 2. El Código Penal de 1995 ha variado sustancialmente la naturaleza de la imprudencia. Al adoptar el sistema de *crima culposa* determina que «son

delitos o faltas las acciones y omisivas dolosas o imprudentes penadas por la ley» (art. 10 CP) y que «las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley».

La exigencia de responsabilidad por imprudencia parte de comprobar que existió una acción, u omisión, que crea un riesgo, o supera el riesgo permitido, produciendo un resultado que sea concreción de la acción realizada. Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado.

3. Desde la perspectiva expuesta, el motivo se desestima. Los criterios para la calificación de grave o leve de la imprudencia no pueden ser entendidos de una forma categórica como el recurrente sugiere, sino que se hace preciso su análisis y ponderación dependiendo de los hechos probados y circunstancias concurrentes.

En la fundamentación de la sentencia se valora que la ocupación del sentido contrario no se debió a una maniobra de adelantamiento imprudente, sino al hecho de la velocidad inadecuada y a que la calzada estaba mojada. Expresamente la sentencia rechaza la existencia de una maniobra imprudente grave consistente en un adelantamiento refiriendo la imprudencia en la velocidad inadecuada lo que permite, en los términos señalados en la sentencia, la calificación de leve.

En este sentido, forzoso es reconocer que no se ha llegado a concretar criterios claros en la determinación de los grados de la imprudencia y suele atenderse a la inobservancia, mayor o menor, de deberes elementales de cuidado que deben ser exigidos al hombre menos diligente (STS de 20 de diciembre de 2000). Por ello se ha declarado que es grave cuando se ha actuado con un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, elementos que no concurren en el supuesto enjuiciado donde la infracción del deber de cuidado tiene lugar por una circulación inadecuada.

(Sentencia de 15 de marzo de 2001)

*Imprudencia leve que causa la muerte: determinación del sujeto pasivo: la fase de dilatación y comienzo de la expulsión pone fin al estadio fetal. Médico ginecólogo que en parto utiliza ventosa para extraer niño, lo que favoreció presión del cordón umbilical en su cuello causando hemorragia, siguiendo el médico una técnica equivocada, que motivó la muerte del niño a las pocas horas de su nacimiento. Requisitos de la imprudencia y diferencias entre imprudencia grave y leve, y profesional: determinación de la imprudencia médica*

Tercero.-1. Rechazada la pretensión alternativa procede examinar ahora la pretensión principal (lesiones culposas al feto del artículo 157 en concurso con homicidio imprudente del art. 142.1 y 3.º) y la subsidiaria (-homicidio por imprudencia leve del art. 621.2-), lo que obliga a recordar la doctrina de esta Sala sobre los requisitos

para estimar el concepto penalmente relevante de imprudencia, que se pueden resumir así: 1.º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2.º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3.º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente; 4.º) causación de un daño, y 5.º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14-2-1997 entre otras).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala «que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy cualificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia», como estableció la S. de 25-5-1999 y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación.

2. En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el artículo 12, la configuración genérica de la imprudencia («crimen culpae»), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley («crimina culposa») y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10-10-1998. La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente.

3. La sentencia recurrida establece con claridad la causa de la muerte del recién nacido, las circunstancias del parto y la técnica utilizada para resolver la situación creada y, finalmente, su valoración jurídico-penal.

a) La causa de la muerte del feto, como se adelantó en el motivo anterior, fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto.

b) El embarazo había sido normal y el parto, en principio, también lo era, porque la única circunstancia de alto riesgo era la de ser la parturienta primípara de 38

años de edad. Sin embargo la dilatación incompleta de ésta y la situación alta del feto, que se encontraba en el primer plano de Hodge, pusieron de manifiesto la existencia de un riesgo concreto que planteó al médico ginecólogo de guardia –acusado en esta causa– el dilema de tener que optar por el alumbramiento manual mediante vacuoextracción o por la cesárea, decidiéndose por utilizar la ventosa como mecanismo de extracción del feto, derrapando la ventosa, al menos una vez, al tener que vencer una fuerte resistencia, lo que produjo la hemorragia causante, en definitiva, de la muerte del niño que tuvo lugar a las 22 horas y 30 minutos del día dos de noviembre de 1996, transcurridas doce horas y cincuenta minutos de su nacimiento, que ocurrió a las 9.40 horas del mismo día.

c) La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha estimado que no existió en el caso enjuiciado imprudencia grave, siguiendo la doctrina de esta Sala antes referida y recordando correctamente la diferencia jurisprudencial entre la culpa del profesional y la culpa propiamente profesional, que descansa en una impericia crasa, fuera de lo común, para concluir que la intervención y vigilancia de la matrona fue correcta mientras que la del médico ginecólogo merecía el reproche como imprudencia leve y no grave, fundándose en, síntesis, en dos razones. La primera porque dos peritos manifestaron, a la vista de la gráfica de la monitorización, que al ingreso de la parturienta en la clínica la realización de la cesárea era totalmente impropio. Y la segunda porque en el informe del médico forense, se sostuvo, desde luego, que el sistema empleado de vacuoextracción no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, coincidiendo expresamente con él otro perito en la poca ortodoxia de utilizar la ventosa cuando el feto está alto, de lo que discreparon, sin embargo, otras opiniones, como la sostenida en una revista médica especializada que afirmaba que no era insólito, en estos casos, utilizar la ventosa aunque lo normal y frecuente es que se utilice en tercer y cuarto plano.

La Audiencia, concluye razonablemente, con rigor jurídico y ponderación equilibrada de todas las circunstancias, que la actuación del ginecólogo no era constitutiva de imprudencia grave pero sí leve lo que esta Sala asume pero no puede asumir el criterio de la Audiencia de que «tal imprudencia leve no puede ser castigada penalmente porque se trata de un hecho atípico», dado que el artículo 621.2 del CP sólo comprende como resultado la muerte de otra persona y en este caso, el que había nacido no lo era.

La cuestión es ardua y se examina en el fundamento siguiente.

Cuarto.–1. La sentencia de esta Sala de 5-4-1995 dictada en el recurso de casación 2/1994, bajo la vigencia del CP/1973 condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del artículo 158 del Código vigente de 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma.

Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los artículos 29 y 30 del Código Civil se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, 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 pretendida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas.

Negaba la sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aun desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, «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».

2. Esta doctrina la retoma y profundiza la sentencia de 22-1-1999—en la que se recuerda que el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985 había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del 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.

En dicha sentencia se dice en el Fundamento Jurídico 1.º que 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, de tal manera que 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.

Se reitera y precisa, en el mismo fundamento, que «el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto» y se añade que 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, pero no cabe duda que la concepción 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.

La sentencia proclama, en suma, que 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. De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desafortunada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del artículo 621.2.º del Código Penal, porque ya era una persona, penalmente protegible. El motivo ha de ser estimado.

3. La acusación particular, como se dijo, calificó los hechos provisionalmente como constitutivos, entre otros, de un delito consumado de lesiones dolosas al feto, en concurso ideal con un delito consumado de homicidio imprudente.

En el antecedente quinto de la sentencia impugnada consta que al elevarlas a definitivas las modificó «en lo relativo al acusado Antonio R. A., al entender que los hechos eran constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 158 del Código Penal», precisando el acta del juicio oral que la acusación particular «modifica tan sólo en el extremo referente a la consideración de que las lesiones han de estimarse

como culposas del artículo 158 del Código Penal», lo que implica que las elevó a definitivas en todo lo demás y, por tanto, del homicidio imprudente del artículo 142.1 y 3 del CP lo que le permitía, como hizo, mantener en este recurso de casación subsidiariamente, la acusación por la falta del artículo 621.2 del mismo texto legal, lo que salva y garantiza en esta sede el cumplimiento de las exigencias del sistema acusatorio.

### (Voto Particular)

Que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 2252/2001 de 29 de noviembre, dictada en el recurso número 1501/2000.

Mi discrepancia es con el punto de vista manifestado en las siguientes afirmaciones de la sentencia. Una primera, que, recogiendo otra de la de esta misma Sala de 22-1-1999, dice: «El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era feto». Y otra, en la que se concluye: «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». Para, finalmente, entender que, puesto que se dan las exigencias típicas del artículo 621,2.º Código Penal, la conducta enjuiciada es típica, en contra de lo que mantiene el tribunal de instancia, y, por tanto, debe casarse la sentencia.

Mi criterio difiere, pues, a la hora de determinar el sentido que debe atribuirse al pronombre indefinido «otro» empleado por el Código Penal en los artículos citados, y también en el artículo 138 cuando se tipifica el homicidio. Con ese término se expresa el objeto material del delito. En una primera aproximación éste es un ser humano vivo. Pero el sintagma «vida humana» designa un proceso (STC 53/1985), integrado por diversos momentos, que, como es notorio, tienen distinta consideración en el orden cultural y, también, en el plano penal. Dentro de éste, el tratamiento diferencial se traduce, sustancialmente, en la existencia de distintas figuras de delito aplicables: las de homicidio/lesiones a «otro» y las de aborto/lesiones al feto. Por eso, la interpretación que se haga de aquel pronombre tendrá el alcance de precisar la línea de demarcación entre ambas modalidades delictivas.

Para el Diccionario de la Real Academia, «otro» es «persona o cosa distinta de aquella de que se habla». Y «distinto» quiere decir «que no es lo mismo, que tiene realidad o existencia diferente de aquello otro de que se trata».

En filosofía y en psicología «el otro» cumple una función especular: cada ser humano depende de él para la constitución de su imagen. Ese interlocutor otro ha de ser, pues, una realidad autónoma. Y una realidad sólo es autónoma cuando excluye lo que ella misma no es.

Por tanto, la alteridad, como atributo, reclama la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada; lo que trasladado al campo que aquí interesa remite al ser humano vivo, en cuanto dotado de vida independiente.

El feto, incluso a término, que se encuentra todavía dentro del claustro materno no responde conceptualmente a tal exigencia. Ni siquiera en el supuesto de que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido.

El delito de aborto protege la vida del nasciturus (STS 27-6-1992), comprendida la del que ya ha comenzado a nacer (SSTS 23-10-1996). Para que éste pueda llegar a ser considerado «otro» ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido

espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda.

Pertenecer a la categoría «ser vivo» es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de «otro» a los efectos de los artículos 138 y 157 CP/1995. Un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como «otro» respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biológicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad. Pues ese concepto se satisface sólo por la concurrencia de dos clases de datos, unos de carácter biológico (en ese momento, el único realmente existente) y otros de naturaleza socio-cultural (que no se dan). El Código Penal derogado contenía un precepto, el del artículo 410, relativo al infanticidio, que aportaba claridad a esta materia, puesto que el valor vida humana independiente allí protegido tenía su referente en el «recién nacido». Verdad es que se ha dicho que con tal expresión se quería señalar el momento-límite de posible incidencia del honor para determinar una reducción de la pena. Pero no es así: «matar al hijo recién nacido» quiere decir hacer objeto de la acción letal a un sujeto cuyo estado actual se puede denotar mediante el uso del participio del verbo nacer («nacido») y no de otro modo (es decir, con el gerundio «naciendo», por ejemplo). La realización del tipo objetivo requería como objeto de la acción criminal un individuo (ya «nacido» y nacido muy poco tiempo antes. Tal es la determinación que ejerce ese adverbio de tiempo sobre el participio al que precede.

Pues bien, es obvio que la destipificación del delito de infanticidio no tuvo por finalidad introducir una modificación en la materia que nos ocupa, sino que respondió a otras exigencias, relacionadas con la cuestionable particularidad del citado precepto, que constituía un estado anímico en el núcleo del tipo. Por eso, la modificación legislativa no puede ser significativa de cambio alguno en esta materia.

Es más, el momento de concreción del comienzo de la vida humana independiente, en el Código Penal vigente, ha perdido relevancia a la hora de determinar la posibilidad de sanción o la impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones en el caso del feto (por la previsión de tipos específicos, los de los artículos 145 y 157-158). De este modo, la decisión de la sentencia que motiva este voto, de adelantar el umbral de la protección de aquél mediante la reconsideración extensiva del objeto material del homicidio, es ahora todavía más difícil de apoyar con argumentos de derecho positivo. De ahí que entienda que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia tendría que haberse confirmado.

(Sentencia de 29 de noviembre de 2001)