

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 16

Tentativa de homicidio: disparar a dos miembros de la Guardia Civil con el arma descargada, sin conocimiento del acusado, arrebatada a uno de ellos. Tentativa imposible: evolución doctrinal de la punibilidad; Requisitos; Inidónea: distinción entre absoluta y relativa

Primero.—El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose inaplicación de los artículos 138 y 62 del Código penal, pues la Audiencia Provincial después de relatar cómo el acusado Juan José C. M., arrebató el arma reglamentaria a uno de los Guardias Civiles la montó y accionó el gatillo, apuntando sucesivamente contra cada uno de los Agentes, con evidente ánimo de acabar con sus vidas, absuelve a dicho acusado de los delitos de asesinato, u homicidio, en grado de tentativa, por estimar que al estar la pistola descargada, los hechos deben ser considerados como constitutivos de un supuesto de tentativa inidónea, impune en el Código penal actualmente vigente.

El sentido del recurso, pues, se reduce a determinar si la ya relatada conducta del acusado es susceptible de incardinación en lo preceptuado en el Código penal de 1995 artículos 138 y 139 en relación con el artículo 62 o debe estar desprovista de sanción.

La polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunista, se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa Si los actos no deben producir el resultado objetivamente independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, sólo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente

«excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa o delito imposible no irreal».

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º presencia de antijuridicidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados, la imposibilidad de ejecución o a la inexistencia del objeto, la imposibilidad de producción sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez (sentencias de 24 de mayo de 1982, 11 de octubre de 1983 y 5 de diciembre de 1985).

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, en el anterior Código penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del Derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si éste fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

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

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 de junio de 1999 y 13 de marzo de 2000, según las cuales la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Por último, la de 2 de junio de 2000, ratificando dicha doctrina, afirma que la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Existe pues, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la punición de la tentativa inidónea relativa.

B) Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del autor, en todos sus actos, hubiera llevado inexorablemente a la consumación del resultado criminal propuesto, a no ser por la circunstancia, que desconocía, que el arma no estaba cargada, aunque accionó el gatillo, cuando apuntó sucesivamente a cada uno de los agentes de la Guardia Civil.

El plan del acusado, pues, era racionalmente apto para la consecución del fin propuesto. Cuando la idoneidad de los actos realizados para llegar a dicho fin, son meramente ocasionales o circunstanciales, la tentativa debe ser tomada en consideración, en su categoría de relativamente inidónea.

Partiendo, pues, del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido, dar muerte a los dos agentes, por hechos exteriores, al apuntarles sucesivamente con la pistola reglamentaria que arrebató a uno de los agentes, y accionado el gatillo del arma en ambas ocasiones.

Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente inocua, que pueda reputarse de ningún tipo de inidoneidad absoluta, pues el resultado no se produjo por el hecho de estar descargada el arma.

(Sentencia de 20 de enero de 2003)

Tentativa de asesinato: miembro de ETA que se sitúa cerca de concejal con pistola con bala en la recámara, lo que constituye comienzo de la ejecución de la muerte de la víctima; pena inferior en dos grados al ser detenido el miembro de ETA en la primera fase de ejecución de la muerte de tercero

Tercero.—Se ha alegado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim. en concreto, de los artículos 572.1.1.º (y, dado el contexto, no del 564.1.1.º), 139.1 y 16.1 y 62, todos del Código penal. El argumento es que los hechos probados en la

sentencia carecerían en todo caso de aptitud para integrar el delito de asesinato terrorista intentado, dado que en ella no hay constancia de la realización de hechos exteriores objetivamente aptos para producir el resultado, es decir, que pudieran ser tenidos como principio de ejecución del delito atribuido. En todo caso y subsidiariamente, incluso de rechazarse esta vertiente de la impugnación, tendría que revisarse la condena en cuanto a la pena por el delito de asesinato, para imponer la inferior en dos grados a la del tipo, a tenor del nivel de desarrollo de la acción.

El artículo 16.1 CP, para que pueda hablarse de tentativa punible requiere, en el plano externo, la concurrencia de un principio de ejecución. Esto es, la materialización, siquiera incipiente, de algún acto inequívocamente preordenado a un resultado criminal, de forma que quepa tener a éste por efectivamente querido.

Así las cosas, siendo el imputado un delito contra la vida, lo exigido es el comienzo de una actuación efectivamente encaminada, en concreto, a la realización de ese fin antijurídico, y dotada de potencial aptitud para alcanzarlo.

En el supuesto contemplado, el núcleo de la acción prevista en el tipo habría consistido en disparar sobre un centro vital de una persona, lo que normalmente habría ocasionado su muerte. Y para ello, el ejecutor, además de disponer de un instrumento apto, en este caso el arma corta lista para el uso, debería estar situado en la proximidad de la víctima, para actuar sobre ella con eficacia.

Pues bien, el que recurre, armado con una pistola y ya con una bala en la recámara, había ocupado esa posición. Así, es claro que había llevado a cabo un segmento objetivable de la acción proyectada (de significación sin duda homicida), y claramente idóneo y funcional a la plena realización de la misma. Y, al hacerlo, había invadido de manera actual y efectiva el ámbito de seguridad del sujeto pasivo, generando un peligro grave y real para su vida.

Por tanto, la univocidad de los actos y la evidente preordenación material de los mismos al fin que se les atribuye en la sentencia, obliga a concluir que su calificación jurídica fue correcta, a la luz del precepto invocado.

Ahora bien, sí tiene razón el recurrente al cuestionar la pena impuesta, en función del desarrollo del *iter criminis*; y ello por dos motivos. El primero, que en la sentencia de nuevo, de forma tan difícil de comprender como inaceptable no se argumenta en lo más mínimo el porqué de haber reducido aquella sólo en un grado, cuando lo cierto es que tal modo de proceder, por su relevancia para el derecho del acusado, debería haberse motivado, en la línea de lo que claramente exige el artículo 66.1 CP que, sin embargo, se cita (STS de 18 de julio de 2000). Y, el segundo, porque el artículo 62 CP reclama que la reacción punitiva se adecue al grado de perfección de la acción, que, cuando fue sorprendido el acusado se hallaba en el primer momento de la fase propiamente ejecutiva, y conceptualmente a notable distancia de la consumación. Algo que tendría que haberse valorado para imponer la pena inferior en dos grados.

Por eso, debe acogerse la impugnación en este único aspecto.

(Sentencia de 17 de julio de 2003)

ARTÍCULO 20.7

Eximente de cumplimiento de un deber: requisitos. Eximente incompleta por actuación desproporcionada de policía que dispara tres veces contra portón trasero de vehículo produciendo lesiones

Cuarto.—El correspondiente motivo, formalizado por la vía que autoriza el artículo 849.1.º LECrim., estima indebidamente aplicada la atenuante de eximente

incompleta de cumplimiento de deber del artículo 21.1, en relación al 20.7.º del CP. Por el contrario, dejó de aplicarse, cuando debió haberlo sido, la eximente completa del mismo nombre (art. 20.7 CP).

1. Antes de resolver la cuestión planteada resulta ilustrativo recordar la doctrina seguida por esta Sala, en casos similares, consagrada en innumerables sentencias que resulta ocioso mencionar.

«Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber cuando, como aquí, se trata de la actuación de un agente de la autoridad que tiene no sólo la facultad, sino también, el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas, que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, como dice el apartado c) del artículo 5.4 LO 2/1986, de 13-3, cuyo apartado d) concreta que solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior. Lo que responde al mandato del artículo 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la Declaración de la Policía hecha por el Consejo de Europa de 8-5-1979, y por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-1979. Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2.º que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si faltan cualquiera de esos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta; 4.º que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública».

2. El recurrente sostiene, a pesar de lo doctrina enunciada, que el recurso a la fuerza fue el racionalmente necesario y lo utilizó en una medida proporcionada, es decir, idónea en relación a los medios disponibles y la gravedad de la infracción.

La justificación de la intervención, ciertamente, resultaba incontestable, incluso el recurso limitado a medios violentos, para cumplir con su obligación deteniendo a los fugitivos.

Aunque la sentencia no lo precise, debemos acudir a las actuaciones, por la vía del artículo 899 LECrim, para esclarecer los motivos de la persecución o detención. Se habla en la sentencia de que los ocupantes del turismo perseguido habían rebasado un semáforo en rojo y realizado un giro prohibido, pero de las diligencias también resulta que el vehículo era robado (véase declaración del representante de la Casa Avis, Manuel P.); uno de ellos, el conductor, según su propia declaración sumarial,

estaba quebrantando un permiso carcelario; a ambos, de nacionalidad chilena, se les incoó expediente de expulsión, lo que nos indica que residían irregularmente en nuestro país, etc., datos todos indicativos de que ante la persistente desobediencia (que puede integrar una infracción delictiva) a los requerimientos policiales, los agentes estaban obligados a proceder a su detención.

3. Ahora bien, la obligación de detenerlos no nos conduce a que el único medio posible y práctico de llevarla a cabo fuera hiriendo gravemente a uno de ellos, poniendo en peligro su vida.

En nuestro caso concurrieron los tres primeros requisitos enunciados en la doctrina jurisprudencial, pero no los últimos, en que es indudable que existió una actuación desproporcionada del recurrente.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de enero de 2003)

ARTÍCULO 21.4

Confesar la infracción a las autoridades: por analogía: apreciable: facilitar datos e identificar personas que pertenecen a organización para el tráfico de drogas, sin que tal colaboración dé como resultado la detención de personas, aprehensión de cantidad de droga, ni la apertura de una línea de investigación policial concreta

Primero.—El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.5 del Código penal.

El Tribunal *a quo* entiende que el dato fáctico obrante en los hechos probados, donde se afirma que «al ser ingresado en prisión se arrepintió de lo que había hecho e intentó paliarlo, colaborando con el Juzgado que instruyó la causa al que proporcionó toda la información que estaba en su poder sobre las formas y los modos de actuar de la organización que le propuso el viaje y el transporte de su mercancía» deduce la concurrencia de la circunstancia de atenuación prevista en el núm. 5 del artículo 21 del Código penal, que aprecia además como muy cualificada.

Sobre la reseñada base fáctica se articula la aplicación de la atenuante del artículo 21.5, la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Señala la sentencia que los datos facilitados han sido «muy valiosos para descubrir la forma y el funcionamiento de la organización que le captó y que no se detalla en esta sentencia por prudencia» y que «sus intervenciones permitieron a los miembros de la policía conocer nuevos datos sobre el tráfico de pastillas de éxtasis en una zona de esta capital», lo que, en definitiva, «debe tener reflejo en el reproche penal que finalmente se aplique al acusado».

El acusado fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas el día 3 de agosto de 2001 cuando llevaba consigo una maleta en cuyo doble fondo se alojaban 11.491 pastillas de MDMA con un peso de 1.631,7 gramos al 49,1 por 100 de pureza. El día 4 de septiembre de 2001 firma una carta, cuando se encuentra ingresado en prisión, que remite al Juzgado, carta en la cual señala que ha sido objeto de amenazas por parte de las personas que le encomendaron el transporte de la sustancia que le sería intervenida, describiendo la forma en que fue captado y la dinámica de los acontecimientos que tendrían lugar, añadiendo que está dispuesto a colaborar para el esclare-

cimiento de los hechos si se garantiza su protección. Con su declaración indagatoria el procesado aporta un sobre en el cual se facilitan una serie de datos sobre los cuales la Policía realiza una investigación que concluye con la emisión de un informe incorporado a la causa y en el que se identifican a determinadas personas que al parecer están vinculadas a cierta organización de origen dominicano para la cual se sospecha que tales personas han realizado operaciones de transporte análogas a la efectuada por el acusado, concluyendo como colofón que «las informaciones aportadas por Cosme, si bien pudieran ser ciertas, corresponden al último escalón de la organización, es decir el de la distribución». Los datos que se aportan lo son en relación a otros presuntos delitos contra la salud pública no acreditados y que no guardan relación con el que es objeto de acusación.

Como dice el Ministerio Fiscal, es evidente que la atenuación que ha aplicado el Tribunal *a quo*, no es la correcta, toda vez que no se cumplen los requisitos que exige el artículo 21.5 del Código penal. En todo caso, la que procedería, sería la atenuante analógica del artículo 21.6.º, en relación además no con el núm. 5.º sino con el núm. 4.º, ambos del mismo precepto citado, pues en realidad, lo que verifica el recurrente, es confesar determinados hechos y facilitar la identificación de determinadas personas que al parecer, como se ha dicho, están vinculadas a cierta organización de origen dominicano en relación con operaciones de transporte análogas a las efectuadas por el acusado, sin que su aportación, tenga carácter relevante, al no argumentarse tal conclusión, manifestándose que no se especifican «por prudencia».

Pese a lo expuesto, y aun cuando pueda apreciarse la circunstancia cuestionada, como en su escrito de impugnación *in fine* así se propugna, por el Ministerio Fiscal lo que puede prosperar del recurso de éste, es la aplicación de la misma como muy cualificada.

En efecto, por atenuante muy cualificada entendió la doctrina de esta Sala *ad exemplum*, sentencias de 26 de junio de 1985, 29 de octubre de 1986, 29 de enero de 1988, 21 de diciembre de 1989, 30 de mayo de 1991, 26 de marzo de 1998 y 19 de febrero de 2001, aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado.

Tratándose, además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la sentencia de 24 de octubre de 1994, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la Ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de «duplicada». En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados (Sentencia citada de 29 de octubre de 1986) y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación (Sentencia de 22 de septiembre de 1990), habiendo señalado la Sentencia de 26 de mayo de 1986, que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso: 1.º Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente. 2.º Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás, la más reciente Sentencia de 11 de septiembre de 1996, la negó en la analoga de arrepentimiento espontáneo.

Por otra parte se ha venido entendiendo por esta Sala, que tan sólo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas, de forma tal, que para el caso que nos ocupa, tan sólo en aquellos supuestos en que la

colaboración prestada haya sido especialmente relevante puede acogerse tal cualificación. En el presente supuesto, la colaboración no da como resultado la detención de ninguna persona ni la apertura de ninguna línea de investigación policial concreta, ni la aprehensión de cantidad alguna de droga la propia sentencia, silencia cualquier extremo al respecto «por prudencia», siendo que, además, la presunta aportación de datos, lo es a efectos de otros delitos contra la salud pública no acreditados y que no guardan relación con el que es objeto de acusación.

(Sentencia de 4 de abril de 2003)

ARTÍCULO 21.5

Atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos. No es imprescindible su efectividad. Requisitos

Segundo.—El siguiente y último motivo formalizado, también por la vía del artículo 849.1 LECrim., denuncia la infracción por indebida inaplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP, haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, circunstancia apreciada por el Tribunal del Jurado y que el Tribunal Superior de Justicia dejó sin efecto estimando el recurso de las acusaciones. También en su breve desarrollo aduce el recurrente que el culpable desplegó todos los medios que tuvo a su alcance para aminorar los efectos de su acción, con independencia de la eficacia o éxito de la misma, es decir, lo que se pone en cuestión es el alcance de dicha atenuación en relación a si exige o no la reparación absoluta y efectiva del daño causado o la disminución de sus efectos, como sería el caso.

El hecho probado, intangible en casación, describe que tras el apuñalamiento de la víctima el ahora recurrente «abrió la puerta del apartamento y salió a la escalera a pedir ayuda, volviendo a entrar el solo al apartamento donde cogió a R., la cual no había perdido la conciencia, la sacó del mismo, la bajó hasta el portal y solicitó a la portera del edificio que llamara a la policía y a un taxi o ambulancia. Cogió un taxi en la puerta del edificio que en ese momento pasaba y la trasladó al ambulatorio... se quedó en el Centro de Salud y cuando llegó un coche patrulla, confesó la autoría de los hechos. Los servicios médicos del Centro de Salud no pudieron hacer nada para salvar la vida de R....».

Como se ha señalado con reiteración la atenuante de reparación del daño o disminución de los efectos del delito (art. 21.5 CP) obedece a una decisión del Legislador de política criminal ordenada directamente a la protección de las víctimas, de donde se deduce, por tratarse de un comportamiento posterior al hecho, que la misma no influye ni en la dimensión del injusto ni en la imputación personal de aquél, siendo por ello su fundamento la conveniencia o necesidad de disminuir la pena al sujeto activo del delito cuando con posterioridad a éste objetivamente realiza las conductas previstas en la Ley, siendo por ello irrelevante la motivación que impulse dichas acciones. Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante, pues ello equivaldría en muchas ocasiones a subordinar su apreciación a circunstancias o hechos ajenos al ámbito de disposición del propio sujeto activo y por ello no sería posible individualizar conductas distintas al objeto de disminuir la pena correspondiente. Lo que en todo caso sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibi-

lidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación. Por otra parte, también es claro que en el presente caso no puede considerarse, ni como hipótesis, el supuesto del desistimiento de la tentativa del artículo 16.2 CP puesto que se trata de una tentativa completa que por ello impide dicho desistimiento, pues el delito ya se había consumado, y siendo ello así sólo puede aplicarse la atenuante del artículo 21.5 señalada.

El hecho probado acotado relata suficientemente la conducta desplegada por el recurrente, conforme a sus posibilidades, y también consigna el estado de conciencia de la víctima cuando sale del apartamento para pedir auxilio.

(Sentencia de 21 de octubre de 2003)

ARTÍCULO 21.6

Apreciación de la atenuante analógica de alteración psíquica por adicción prolongada en el tiempo a drogas tóxicas y alcohol

Quinto.—En el cuarto motivo del recurso alega nuevamente error en la apreciación de la prueba, ahora evidenciado, según dice, por los informes obrantes en la causa, a los que se refiere concretamente, que demuestran la existencia de una adicción prolongada a sustancias de efectos severos que, según la doctrina de esta Sala, debería haber dado lugar a la apreciación de una eximente o, en su caso, de una atenuante del artículo 21, números 1 o 2. Aunque no lo plantea correctamente, pues para ello hubiera sido necesario formalizar un motivo más por infracción de ley del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, puede entenderse cuál es su voluntad impugnativa.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo.

Los documentos que el recurrente designa son el informe psicosocial y de toxicomanía, de fecha 23 de abril de 2002, en el que se señala como diagnóstico «dependencia a heroína en remisión total temprana; dependencia a cocaína en remisión parcial temprana y abuso del alcohol». El certificado emitido por la Agencia Antidroga en el que se significa que «durante el período de mayo a diciembre de 2000 se produce una recaída en el consumo de cocaína, razón por la cual demanda ayuda y retoma abstinencia a partir de enero de 2001». Y el informe emitido por el médico forense en el que se constata que el acusado refiere consumir habitualmente cocaína y alcohol. Del contenido de estos documentos puede apreciarse la existencia de una adicción a heroína y cocaína, cuya duración temporal e intensidad no pueden precisarse, sin que se haya acreditado la producción de efectos en las facultades del sujeto, combinada con un abuso del alcohol, expresión esta última que denota un alto consumo.

La doctrina de esta Sala en la materia ha establecido que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1.^a será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica a causa del consumo prolongado e intenso de sustancias de graves efectos, como ocurre con la heroína, de forma que no sea capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. Por otro lado, en el artículo 20.2.^a se contemplan los supuestos en los que esos efectos se producen como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse bajo un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias. Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no

sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1.^a, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción prolongada en el tiempo e intensa a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución intensa de la capacidad del sujeto. Y en los casos en los que se acredite una grave adicción a esas sustancias y además que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el artículo 21.2.^a del Código penal.

Ninguno de estos supuestos son aplicables al hecho que resulta de los documentos designados, que no acreditan la existencia de una perturbación total o profunda, ni se desprende de ellos la relación causal entre la adicción al alcohol y el delito enjuiciado, por lo que no es posible apreciar la concurrencia de eximentes completas o incompletas ni tampoco de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2.^a. Sin embargo, no pueden ignorarse algunos efectos atenuatorios por disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto cuando se constata un consumo de heroína, un consumo prolongado de cocaína y además un abuso del alcohol, por lo que será posible estimar el motivo y apreciar una atenuante analógica.

El motivo se estima.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2003)

ARTÍCULO 22.1

Agredir a un escayolado, no implica necesariamente la concurrencia de alevosía. La modalidad de alevosía consistente en atacar a persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego), no es aplicable a quien por tener una pierna escayolada, tiene dificultades en sus movimientos pero no se encuentra imposibilitado para defenderse

Cuarto.-1. Se funda en un solo motivo amparado en el artículo 849.1.º LECrm. Se dice que hubo infracción de ley por no haberse aplicado al caso el artículo 22.1.º CP que define la circunstancia agravante de alevosía.

2. Por lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 22 del CP, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el artículo 139, y siendo definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que tienen como fin asegurar la realización del delito para que no haya riesgo respecto del sujeto activo del hecho que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.).

En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión «tiendan directa y especialmente a asegurarla».

En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91 y 18-10-91, 15-2-93, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 18-3-96, 3-3-97, 9-7-97, 2-12-97, 18-6-98 y 24-4-2000, entre otras muchas).

3. En el caso presente el recurrente pretende que debe aplicarse esta circunstancia agravante porque considera que nos hallamos ante uno de esos supuestos de alevosía en que la indefensión deriva de la particular situación en que se encontraba la víctima, que estaba con una pierna escayolada y, por ello, no podía hacer frente a su agresor.

Esta sala, como acabamos de decir, como uno de esos tres casos en que cabe apreciar la alevosía, la aplica cuando ha habido imposibilidad de defenderse, bien por la propia condición del sujeto agredido: niño, anciano, inválido, ciego, etc., bien por hallarse accidentalmente privada de aptitud para tal defensa, por encontrarse dormido, drogado, ebrio, anonadado, sin conocimiento, etc.

La persona que, por tener la pierna escayolada, tiene dificultades en sus movimientos, para andar, levantarse o agacharse, no se encuentra imposibilitada de defenderse, por más que esta defensa pudiera serle más difícil en algunas ocasiones ante las menores posibilidades de moverse.

Veamos las circunstancias concretas de este caso.

R. había llegado cerca de la casa de su novia y se sentó en un banco para esperar a que ésta bajara con su perro al que iban a sacar a pasear. En tal situación se le acercó J., ambos se insultaron recíprocamente y es entonces cuando éste le golpea a aquél con el puño cerrado en la cara.

Alevosía es claro que no existe. No hubo indefensión total, pues R. pudo defenderse con sus manos o moviendo la parte superior de su cuerpo, dado que se encontraba sentado. Fue atacado con las manos y él con las manos pudo defenderse. Ni siquiera cabe aplicar al caso la agravante de abuso de superioridad del núm. 2.º del mismo artículo 22, que viene considerándose como la frontera inferior de la alevosía o como una alevosía de grado menor. La cojera del agredido, en las circunstancias expuestas, poco tuvo que ver en los hechos descritos. Otra cosa habría podido ser si, al ser agredido, R. se hubiera encontrado de pie. Entonces sí habría podido influir en sus posibilidades de defenderse la grave torpeza en los movimientos que lleva consigo el tener una pierna escayolada.

Por otro lado, tampoco puede hablarse de ataque sorpresivo cuando dos personas se encuentran insultándose y entonces una a otra la alcanza en la cara con un puñetazo.

La Audiencia Provincial actuó correctamente al rechazar esta agravante del núm. 1.º del artículo 22 CP.

(Sentencia de 2 de diciembre 2003)

ARTÍCULO 28

Es autor y no cooperador necesario quien planea, junto con el autor directo, la muerte de la víctima

Quinto.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. (infracción de ley), en su motivo tercero, entiende la recurrente aplicado indebidamente el artículo 28.2.º del Código penal.

1. Es indudable que, en una interpretación técnicamente correcta, la calificación jurídica que debió merecer la conducta de la acusada es la de coautora del párrafo 1.º de ese artículo y no la del apartado b), del párrafo 2.º del mismo artículo, en cuanto participó en la realización del hecho en conjunción con otro u otros. En el hecho probado núm. 4 de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, de acuerdo con el objeto del veredicto (inalterado en apelación), se dice: «Ante la situación creada... los acusados Adela G. V. y Jesús G. B. planearon la muerte del marido de aquella, Felipe Prieto García, para así desembarazarse del obstáculo que suponía en sus relaciones amorosas».

Concurren los elementos para calificar la conducta de autoría, por cuanto al concierto previo (*pactum sceleris*) se añadió una aportación causal o relevante a la realización del hecho punible, concretamente, facilitando una información indispensable para la culminación de los propósitos homicidas, «referida a la indagación de los hábitos de su marido y a la fijación de la hora y del lugar en que debía ejecutarse el hecho», en una población desconocida para los ejecutores materiales. Prueba de ello es que, actuando conforme a esas instrucciones, se consiguió dar muerte a Felipe P. En cualquier caso, en aplicación del principio de «imputación recíproca» la acusada respondería de los actos de los demás, en cuanto fueron consecuencia del cometido o tarea, que en el pacto criminal se les asignó, con plena aquiescencia de todos.

2. La queja, de suyo, carece de finalidad práctica, ya que según el mismo artículo 28 en relación al 61 del Código penal, a los cooperadores necesarios se les considera autores, a efectos de punición.

El Magistrado-Presidente, se planteó el supuesto más favorable a la acusada, y partiendo de la hipotética inexistencia de concierto delictivo, estimó que, individualmente valorada la conducta desplegada por aquella, merecería la consideración de cooperación necesaria.

Es evidente que la modalidad comisiva de la cooperación necesaria implica la intervención o participación en el hecho criminal de otro, y el crimen surgió como algo propio entre la acusada y la pareja con la que mantenía relaciones afectivas (Jesús G.), adhiriéndose después, asumiendo actos ejecutivos nucleares, José G.

Pero la actividad desarrollada por la recurrente en orden a la culminación de los planes ilícitos se reputó necesaria, aplicando la teoría comúnmente admitida para la delimitación conceptual de esta modalidad participativa, cual es, la «teoría de los bienes escasos».

Tan escasos eran que la sentencia, con buen criterio, califica la actividad contributiva de la censurante de insustituible. Es la única persona que podía aportar tal información, y la información era indispensable para llevar a cabo la muerte de Felipe, tal como se planeó. Ya vimos que el Jurado no aceptó ni creyó la explicación ofrecida por Jesús G. al guardia civil núm., prestada con indudable ánimo liberatorio de su «amante», asegurando que él mismo había seguido en dos ocasiones a la víctima.

Acudiendo a la propia definición legal de la cooperación necesaria descrita en el Código («actos sin los cuales no se habría efectuado la ejecución del delito»: artículo 28 CP) que evoca la teoría de la *condictio sine qua non* o bien con base en la doc-

trina del «dominio funcional del hecho», más propia para caracterizar al autor del delito *stricta sensu*, también merecería la conducta de Adela la catalogación de cooperación necesaria.

Hubiera bastado una llamada telefónica suya a los que iban a cometer el hecho homicida para decirles que no era el momento adecuado para materializarlo; bien porque había posibilidades de interferencia de circunstancias capaces de abortar el plan; o bien porque habían sobrevenido acontecimientos nuevos, que aconsejaban suspender lo acordado, para que aquellos Jesús G. y la persona que le iba a auxiliar en la ejecución, José G. desistieran del proyecto criminal.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de febrero de 2003)

ARTÍCULO 29

Participación omisiva: inexistencia: simple acompañante de los autores al lugar de los hechos: aunque supiera la intención de éstos, que no se acredita, no tiene más obligación que la de cualquiera de impedirlos, por lo que, como máximo, sería responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos

Undécimo.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. denuncia infracción de los artículos 139, 140 y 29 del Código penal. Se cuestiona, en suma, la intervención del recurrente en los hechos, que en ningún caso puede calificarse de complicidad.

1. Lo primero que procede proclamar, resultado de una atenta lectura de los hechos probados, es que Rubén desconocía cuál era la razón del viaje de su padre y Jesús a Onda.

En ellos, todas las referencias que se hacen a Rubén G. lo son para no proclamar su intervención en la realización de los actos delictivos, ni siquiera prestando alguna colaboración secundaria (véanse los numerados como 12, 14, 15 y 16) o incluso cuando acompaña a su padre y a Jesús a Onda, éste sólo les indicó que su propósito era «entrevistarse con una persona que no identificó».

No constando que supiera las intenciones de su padre y de Jesús, sólo se limitó a acompañarles a la población vecina, sin que el coche fuera suyo, ni por ende lo condujo, ni consta siquiera que presenciara el hecho delictivo.

Su posible responsabilidad sólo podría derivarse lo que es un absurdo de permanecer esperando en el coche, sin que interviniera de forma alguna, ni siquiera con carácter secundario, en la preparación o realización del hecho delictivo, por haber observado las manchas de sangre que presentaban los asesinos después de su acción criminal.

Ello podría constituir, a lo sumo, un delito de encubrimiento, por el que no ha sido acusado.

2. Las referencias a la posible actuación del recurrente realizadas en el *factum*, deben completarse con una última que merece consideración aparte. Nos dice el hecho probado núm. 19: «Sólo los acusados Jesús G. B. y José G. M. realizaron el hecho conjuntamente, limitándose Rubén G. P. a cooperar con actos anteriores y simultáneos».

La ausencia en todo el relato fáctico, de los actos concretos en que consistió su intervención, dejan vacía e inoperante la afirmación.

Realmente, nos hallamos ante un supuesto de predeterminación del fallo, al referir los hechos probados la descripción de los caracteres jurídicos que integran la

conducta de complicidad (art. 29 CP), pero sin relatar cuáles sean estos actos, para poderles calificar de «actos de cooperación anteriores o simultáneos».

El último inciso del hecho probado núm. 19, no debe tenerse en cuenta, por su inoperancia.

3. Tal orfandad descriptiva no se resuelve en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal de Jurado, como muy bien apunta el Ministerio Fiscal.

En ellos se dice que: «la conducta de Rubén no excede del ámbito de la complicidad porque aunque adoptó una postura pasiva a pesar de que, por lo que sabía, podía esperar que ocurriera lo que ocurrió...» indicándose más adelante como bases de su inculpación el que «sabiendo que su padre había recibido la citada oferta por matar a Felipe, fue con aquél y éste en el coche hasta las inmediaciones del lugar donde iban a matarlo, y sabiendo o por lo menos intuyendo, lo que iban a hacer, se quedó en el coche esperando que terminara el macabro plan, sin tratar de impedirlo. No es ilógica ni arbitraria la convicción del Jurado de que favoreció la realización del delito, porque si los hubiera denunciado a la policía o tratado de disuadirlos lo hubiera podido impedir».

4. El Magistrado-Presidente habla de que podía esperar lo que ocurrió, o también de que sabiendo o por lo menos intuyendo lo que iban a hacer... no trató de impedirlo.

El Magistrado-Presidente podrá desarrollar y estructurar el *factum* sentencial o perfilarlo en detalles secundarios, pero sin apartarse de lo estrictamente afirmado y constatado como probado en el veredicto por el cuerpo de jurados (art. 70.2 Ley de Jurado).

El recurrente, en el motivo 3.º, invoca el derecho a la presunción de inocencia, lo que nos permite indagar en el proceso la existencia de pruebas válidas y suficientes para sostener las afirmaciones de naturaleza fáctica contenidas en la fundamentación de la sentencia.

Ningún dato aflora que permita acreditar que antes de los hechos el censurante supiera el proyecto criminal que ejecutaba su padre y Jesús G. B.

El Magistrado-Presidente en la fundamentación jurídica habla de que el supuesto cómplice se quedó en el coche en las inmediaciones del lugar del crimen.

Sin embargo, al folio 28 del acta del juicio un guardia civil declara que del cuerpo sin vida de Felipe al coche habría 1 km. En el folio 40 de la misma acta se dice por otro guardia civil, que los acusados coincidieron en afirmar que el coche lo aparcaron en la Avda. del Mar; y en el 41, que el plano del lugar del crimen no refleja el punto (exacto o aproximado) en que los acusados dejaron el coche. Estos son los únicos elementos probatorios relativos a la ubicación del lugar de aparcamiento del coche en que se trasladaron a Onda los acusados.

5. En última instancia y si nos atenemos a la base argumental de la sentencia, al impugnante se le condena como cómplice, por no haber impedido la comisión del delito.

Para que esto ocurriera sería preciso partir del hecho no probado de que aquél tenía conocimiento de que su padre y acompañante iban a matar a una persona. No obstante a efectos dialécticos, y en atención a las consideraciones fácticas del Magistrado-Presidente, podemos argumentar sobre hipótesis. Plantea de este modo la sentencia la posibilidad de la llamada «complicidad omisiva».

No es fácil construir por vía omisiva, una colaboración no esencial, en la realización de un hecho delictivo. El artículo 29 CP nos habla de actos anteriores y simultáneos. El término acto en su significación gramatical y etimológica sugiere una actuación de carácter positivo.

No obstante, el artículo 11 del Código penal, previsto para la delimitación de las conductas de comisión por omisión de los autores, evoca una idea, que no puede ser extraña a las demás modalidades participativas en el delito.

La jurisprudencia de esta Sala también ha admitido la responsabilidad por complicidad omisiva en los delitos de resultado, respecto de aquellas personas que teniendo un deber normativo de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para limitar sus consecuencias, sin perjuicio de la dificultad de concretar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no... (véase STS de 13 de octubre de 1999).

La participación omisiva, encuadrable en la complicidad, parte de unos presupuestos que esta Sala ha enumerado del siguiente modo:

- a) de carácter objetivo: favorecimiento de la ejecución;
- b) de carácter subjetivo: voluntad de facilitar la ejecución;
- c) de carácter normativo: infracción del deber personal de impedir la comisión del delito o posición de garante.

Todo ello abrazado por el dolo, según el cual el omitente debe conocer su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible posibilitando el actuar del autor material.

6. Aunque hipotéticamente el recurrente hubiera conocido los propósitos de los ejecutores materiales del crimen, ninguna obligación específica le afectaba para impedir el hecho, distinta a la que todo ciudadano tiene de impedir la comisión de determinados delitos. Ninguna obligación de actuar impuesta por ley o por contrato le afectaba, y ningún riesgo creó para el bien jurídico protegido (posición de garante).

No consta, por tanto, que conociera el macabro plan y de haberlo conocido, pudo haber sido responsable, en el peor de los casos, de un delito del artículo 450 por el que no ha sido acusado.

El motivo debe ser estimado, sin que sea preciso examinar los demás, aunque se haya hecho alguna referencia al tercero (presunción de inocencia).

(Sentencia de 14 de febrero de 2003)

ARTÍCULO 105

Medidas de seguridad: no privativas de libertad: sumisión a tratamiento en centros médicos: enferma con depresión acompañada de brotes psicóticos que atacó a otra paciente dejándola ciega: el tratamiento médico prestado de modo continuado, permite desarrollar una vida sin riesgo para terceros por efecto del control y la observación médica regular

Primero.—La sentencia recurrida consideró que había existido un delito de lesiones, pero hubo de dictar sentencia absolutoria por concurrir en la autora de los hechos exención de responsabilidad criminal debido a la enfermedad mental que padecía, razón por la que se encontraba internada en un hospital psiquiátrico. Precisamente los hechos ocurrieron cuando, en ausencia de la persona que estaba encargada de su custodia, dicha enferma se abalanzó sobre la señora que tenía como compañera de habitación y la agredió causándole el estallido de un globo ocular y la avulsión del otro lo que produjo la ceguera total y permanente de esta última.

La mencionada sentencia acordó, como medida de seguridad, el tratamiento externo en un centro médico por un período de cinco años.

La acusación particular de la referida lesionada y una hija suya recurren ahora en casación por diez motivos que hemos de rechazar de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y con la impugnación realizada por la representación del referido centro médico que fue condenado en calidad de responsable civil subsidiario.

El letrado de la señora causante de las lesiones ha presentado escrito manteniendo la misma posición mostrada a lo largo del proceso: no entrar a valorar los motivos relativos a la cuantía de las indemnizaciones acordadas, dado que su defendida es insolvente y, en definitiva, quien habrá de pagarlas será el citado responsable civil subsidiario.

(...)

Cuarto.—En el motivo 3.º, por la vía del artículo 849.1.º LECrim., se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 105 CP.

Como son varias las cuestiones que aquí se plantean, hemos de contestarlas de modo separado a cada una de ellas:

A) Ante todo hay que decir que la sentencia recurrida no infringió el citado artículo 105.

El artículo 101, como norma general aplicable a los casos en que se aprecia la exigente completa de anomalía o alteración psíquica del núm. 1.º del artículo 20, prevé la aplicación de la medida de seguridad consistente en el internamiento para tratamiento médico o educación especial, medida privativa de libertad que puede ser sustituida «razonadamente» desde un principio o durante la ejecución de la sentencia por alguna de las no privativas de libertad que se relacionan en el artículo 105, siendo la primera de ellas precisamente la adoptada en la sentencia recurrida: sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos sociosanitarios por tiempo no superior a cinco años.

Este artículo 105 permite tal sustitución como facultad del Tribunal de Instancia («podrá», dice el artículo 105 en su encabezamiento), si bien, como no podía ser de otro modo, tal facultad la limita en el sentido de que obliga a argumentar sobre este acuerdo de medida no privativa de libertad cuando manda que se adopte «razonadamente», lo cual quiere decir dos cosas: 1.ª que ha de explicarse en el texto de la propia sentencia el porqué de tal acuerdo y 2.ª que, si esta explicación no se encuentra debidamente argumentada, puede ser objeto de modificación por vía de recurso, que es lo que solicita aquí la recurrente.

Pues bien, en el caso presente, aunque de modo sucinto, queda suficientemente explicado el acuerdo referido en el fundamento de derecho 5.º de la sentencia recurrida, y hemos de añadir que a esta Sala la razón expuesta le parece convincente: de acuerdo con las pruebas periciales practicadas, el tratamiento, posterior a los hechos referidos, de la enfermedad padecida por Inmaculada, una depresión acompañada de brotes psicóticos (fundamento de derecho 4.º), prestada de modo continuado, permite desarrollar una vida sin riesgo para terceros por efecto del control y la observación médica regular que se viene practicando y habrá de permanecer. Acuerdo que está en la línea de la psiquiatría actual que patrocina el tratamiento de las enfermedades psiquiátricas en régimen de libertad, siempre que ello sea posible, como forma de asistencia médica más acorde con la dignidad de la persona, fuente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 10.1 CE).

Por tanto, no cabe decir que en el caso presente haya sido infringido el artículo 105 CP.

B) En cuanto a la alegación del recurrente de que «parece aconsejable, dados los antecedentes personales y fácticos del caso, establecer un mayor control sobre el tratamiento ambulatorio que rige por un período de cinco años» y sobre la conveniencia de que «el Tribunal sea informado puntualmente de las visitas que efectúe la señora Inmaculada (la enferma) al psicólogo y/o psiquiatra que la trate, así como de

advertir cualquier pauta que pueda significar un aumento de peligrosidad (...)», hay que decir simplemente que nos encontramos ante un recurso fundado en infracción de ley conforme al artículo 849.1.º LECrim., y tales mayores controles no aparecen impuestos por el legislador, que sólo prevé tal control de una manera genérica en el artículo 32 CP. Parecen razonables y podrían haberse adoptado en el caso los reclamados ahora por la recurrente, pero su no adopción no constituye infracción legal alguna, ya que el CP nada concreta sobre estos extremos. Tales precisiones caen dentro de una discrecionalidad no reglada ajena al ámbito del recurso de casación.

C) Y en cuanto a la cita que hace aquí el recurrente del artículo 106 CP y a su solicitud concreta relativa a determinada información periódica, sólo hemos de decir, ahora en este recurso, que la concreción de la medida complementaria de la específicamente acordada conforme al artículo 105, medida que ordena este artículo 106 («dispondrá»), al no haberse dispuesto en la sentencia, podrá hacerse en el trámite de su ejecución. Parece lógico que, una vez concretada «la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad» a prestar por los «servicios de asistencia social competentes», que es lo que manda este artículo 106, se ordene al respecto un informe periódico al Tribunal por parte de ese servicio de asistencia social.

(Sentencia de 9 de junio de 2003)

ARTÍCULO 120

Responsabilidad civil subsidiaria: Personas titulares de vehículos: omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en su custodia: podría servir de fundamento para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del propietario: no es lógico que se derive la responsabilidad del uso de vehículos y no de instrumentos mucho más peligrosos; improcedencia: propietario de arma utilizada por un tercero: no se demuestra negligencia alguna en su custodia

Sexto.—El sexto motivo de recurso, por infracción de ley, interesa se declare la responsabilidad civil subsidiaria del hermano del condenado, propietario del arma utilizada para cometer el delito. Estima la parte recurrente que la sentencia infringe el artículo 120 del Código penal de 1995 en relación con el artículo 144 del Real Decreto 137/1993, por el que se regula el Reglamento de Armas pues el propietario del arma no la tenía guardada en lugar seguro ni había adoptado las medidas de precaución necesarias para evitar su pérdida, robo o sustracción. Como sustrato fáctico de su pretensión se apoya la parte recurrente en las modificaciones del relato fáctico que pretendía introducir a través del motivo segundo por error de hecho en la valoración probatoria, concretamente en que el arma se guardaba sin protección alguna y en que el acusado la había cogido en ocasiones anteriores con la autorización de su hermano.

Esta Sala ha apreciado en ocasiones la responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios de un arma utilizada para cometer un determinado hecho delictivo. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 2.ª de 14 de octubre de 2002, se considera que esta responsabilidad civil subsidiaria puede tener un doble fundamento.

En primer lugar el párrafo tercero del artículo 120 del Código penal de 1995 que establece la responsabilidad civil subsidiaria de 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 relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

En la citada Sentencia de 14 de octubre de 2002 se utiliza un concepto amplio de establecimiento, aplicable por ejemplo a un molino propiedad de la familia, que se considera como un establecimiento de tipo agrícola. Y asimismo se señala que en realidad los requisitos exigidos por este apartado quedan limitados a que se trate de un establecimiento y a la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se refiere a ninguna clase de relación personal entre el autor del delito y el titular del establecimiento, por lo cual no se excluye que la relación se establezca entre familiares. En consecuencia la omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en la custodia de la escopeta, podría efectivamente servir de fundamento, conforme a esta doctrina, para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del propietario que incurre en negligencia en la custodia de la misma.

En segundo lugar el apartado quinto del mismo artículo 120, se refiere a la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. En principio podría sostenerse que este apartado debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización se pueden crear riesgos incluso superiores.

Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no sólo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de la utilización de vehículos, sino también de los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros (Sentencia de 14 de octubre de 2002).

La titularidad de un arma de fuego, bien para la caza o bien para otras finalidades, supone la asunción de toda una serie de obligaciones establecidas en el Reglamento de Armas y en otras normas, que se imponen en atención al peligro que puede suponer para terceros una utilización indebida o descuidada de la misma. El peligro inherente al uso de un arma de fuego es evidente, y cuando esa utilización es constitutiva de delito o falta, además de la responsabilidad penal y de la civil directa de quien ejecuta la conducta ilícita, es razonable exigir responsabilidad civil subsidiaria al titular que ha permitido su uso, sobre la base del riesgo creado con la utilización de un objeto de su pertenencia por sus dependientes, representantes o por personas autorizadas (Sentencia de 14 de octubre de 2002).

En consecuencia, cabría apreciar responsabilidad civil subsidiaria del propietario del arma, tanto en el supuesto de que se estimase acreditada la vulneración de la norma reglamentaria que ordena la adopción de medidas para su custodia (art. 120.3.º) como en el supuesto de que constase igualmente acreditado que el condenado estaba autorizado por su hermano para el uso de la misma. Pero ninguno de dichos datos fácticos esenciales consta en el relato fáctico, y, como ya hemos expresado, este relato no puede ser modificado en casación a partir exclusivamente de pruebas de carácter personal, pues las declaraciones testificales deben ser interpreta-

das por el Tribunal de instancia, que es el que dispone de inmediación. El artículo 849.2.º únicamente admite variaciones fácticas fundadas en pruebas documentales. En consecuencia, la desestimación del motivo segundo por error en la valoración de la prueba determina necesariamente la desestimación del presente.

(Sentencia de 27 de junio de 2003)

ARTÍCULOS 120 y 121

Responsabilidad civil subsidiaria: Relación existente entre el responsable civil subsidiario y el responsable civil directo; no puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria no pedida por nadie. Renuncia de acciones frente a dos responsables subsidiarios: se hace extensiva frente a un tercer responsable subsidiario dada la solidaridad existente. Personas dedicadas a industria o comercio: requisitos; principio de creación del riesgo; existencia: sindicato respecto de las actuaciones realizadas por persona vinculada al mismo. Del Estado y demás entes públicos: no cabe pedir la condena del Estado no habiendo sido parte en el proceso; inexistencia: gestor de cooperativa acusado de apropiación indebida que no mantiene ninguna relación con el Estado

Decimoquinto.—En el sexto de los motivos (por error no se formula 5.º) se alega infracción de ley, por la vía del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar aplicado indebidamente el artículo 22 del CP de 1973.

1. Considera la parte recurrente que se ha producido la aplicación indebida del citado precepto penal porque se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria del sindicato UGT, sin que concurren las circunstancias que en aquel precepto se establecen para la procedencia de tal declaración.

Y alega que la Sentencia no define una vinculación entre el acusado y el sindicato como responsable civil subsidiario, sino entre éste y las entidades IGS y PSV, lo que nos traslada a un supuesto de vinculación indirecta que no es admitida por la jurisprudencia de la Sala. Además, la sentencia no aclara en que consistía esa vinculación entre el sindicato y aquellas entidades.

Sobre la relación de UGT con Carlos Miguel indica la sentencia que UGT eligió a aquél para el desarrollo de PSV e IGS, permitiéndole tan amplio ejercicio de poderes y facultades que, de facto, ponía en sus manos toda la actividad con los resultados ya conocidos.

Sin embargo, señala la recurrente que esta afirmación constituye un juicio de inferencia que carece de todo apoyo probatorio, argumentando que la relación del acusado con PSV se inicia con la formalización del contrato de gestión de 16 de junio de 1998, entre la cooperativa e IGS como sociedad a la que la entidad cooperativa encomienda la administración y dirección técnica de su proyecto de construcción de viviendas, lo que ni lo realiza el sindicato, ni se concreta en la persona de Carlos Miguel, ni en su virtud se produce una situación de dominio sobre la actuación del mismo.

En definitiva entiende, referido a IGS y a PSV, que ni la actividad de una entidad ni la actuación de la otra tienen nada que ver con la satisfacción de los intereses del sindicato ni con el desarrollo de su actividad de carácter político e institucional, de

todo lo cual se desprende que la posición real de UGT en la relación societaria no es de dominio, efectivo o potencial, dado el juego de las mayorías.

2. Planteado así el motivo es oportuno recordar los requisitos o exigencias jurisprudenciales para que entre en aplicación el artículo 22 del CP de 1973 (equivalente a la regla 4.^a del artículo 120 del Código vigente), que resumen adecuadamente, entre otras, las Sentencias de 22 de septiembre de 2000 y de 29 de mayo de 2003. Esta última señala las dos condiciones siguientes:

«a) la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla. Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica; o al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

b) que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor».

3. Según la doctrina expuesta, la responsabilidad civil subsidiaria dimanante de delito no aparece ya basada en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, propia de la responsabilidad civil *stricto sensu*, sino en el principio de creación del riesgo, que se genera cuando el responsable criminal actúa con la anuencia del presunto responsable civil subsidiario.

Es, pues, la utilidad potencial que a favor del *dominus* puede generarse con la actividad del sujeto, al que se imputa el hecho delictivo, la que fundamenta la responsabilidad civil. Se responde responsabilidad *in re ipsa* porque quien obtiene beneficios de un servicio que otro le presta, también tiene que soportar los daños que tal actividad puede ocasionar a terceros.

Siendo esto así, si el *factum* expresa que los proyectos de UGT le fueron encomendados a Carlos Miguel por el propio sindicato, es obvio que deberá responder por él, ya que según precisa la fundamentación jurídica, con valor fáctico (p. 210), él es «la persona que planea, planifica y desarrolla el proyecto de economía social del sindicato; dirige, administra y ejecuta el mismo de modo presidencialista. Nada se decide o hace sin que Sotos dé su visto bueno. Es el máximo ejecutivo de todas y cada una de las sociedades que conforman el grupo, y en el único supuesto en el que no puede legalmente asumir la presidencia de una de ellas (la cooperativa) tiene el cargo de director, con tal amplitud de competencias que vacía de contenido al resto de los órganos de la misma».

4. Perfilada en tales términos la doctrina jurídica que establece los cimientos de la responsabilidad civil subsidiaria, corresponde ahora analizar los hechos probados al objeto de comprobar si de ellos se desprenden las conexiones fácticas y jurídicas que determinarían la exigencia de tal responsabilidad.

En ese sentido resulta oportuno resaltar los pasajes más relevantes del *factum*, habida cuenta de que la naturaleza del motivo obliga a partir de la inalterabilidad del mismo.

a) En las páginas 62 y 63 de la Sentencia se dice que:

«el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) siguiendo el ejemplo de otras organizaciones sindicales europeas, decide patrocinar e impulsar la prestación de servicios y actividades distintas y más amplias que las estrictamente vinculadas a

la defensa de los derechos de los trabajadores («actividad sindical inmediata») y se recoge la conclusión aprobada en el 34.º Congreso celebrado en 1986, añadiéndose que «tal idea se concretó en el estudio y desarrollo de proyectos para la intervención, entre otros, en el sector financiero, el ocio y el tiempo libre y en lo que se denominó como economía social, y se articuló a través de distintas sociedades mercantiles, una para cada tipo de negocio, controladas por una sociedad matriz que las participaba mayoritaria o totalmente (sociedad dominante) según la recomendación efectuada por el congreso confederal. La ejecución se encomendó a Carlos Miguel».

«Para realizar ese proyecto único, impulsado y respaldado por el sindicato UGT, pero con autonomía respecto de las organizaciones de éste, se constituyó el 15 de junio de 1988. Iniciativas y Gestión de Servicios Urbanos, Sociedad Anónima» (IGS, S. A.).

b) En la página 75 se sigue afirmando que:

«Promoción Social de Viviendas, PSV, Soc. Coop. (nombre adoptado en escritura de 26 de julio de 1989) se constituyó el 1 de junio de 1988, otorgándose a tal efecto documento público ante el Notario de Madrid... Su objeto social era, básicamente, la construcción de viviendas de protección oficial destinadas a familias de renta media y baja», y tenía su domicilio social en la calle Fuencarral, núm. 121 de Madrid, que fue también el domicilio social de IGS, S. A. hasta el 28 de septiembre de 1990, añadiéndose que «la dirección efectiva de la cooperativa se realizó siempre desde las oficinas de IGS, S. A.».

c) La designación del acusado condenado se expresa en la p. 76, en estos términos:

«nombró director de la cooperativa a Carlos Miguel, confiéndose funciones tan amplias que le permitían tener el control exclusivo, permanente y directo de la gestión empresarial, ejerciendo funciones como la representación de la sociedad en juicio y fuera de él».

d) El mecanismo para actuar en la cooperativa se describe en la p. 78, en donde se manifiesta que «al ser PSV una sociedad cooperativa y no poder ser participada y dominada por IGS se ideó un sistema de control consistente en encomendar la gestión integral de aquélla a ésta, lo que se hizo constar en los estatutos, de modo que, *de facto*, la cooperativa carecería de autonomía traspasando inmediatamente la totalidad de sus ingresos y fondos a cuentas de IGS, que los aplicaba según requiera el proyecto global mediante un sistema de caja única, si bien luego se confeccionaban por ella misma contabilidades separadas. Para dar cobertura legal a tal sistema de funcionamiento, Carlos Miguel y Leonardo, en nombre y representación, respectivamente, de la sociedad anónima y la cooperativa, suscribieron al día siguiente de la constitución de IGS, S. A. un contrato en el que se encomendaba a ésta la gestión, asesoramiento y prestación de los servicios siguientes...»:

e) Asimismo en la p. 83 nos dice el *factum*:

«la participación del sindicato Unión General de Trabajadores en el proyecto impulsado, creado y patrocinado por él, se efectuó mediante la continua presencia de altos cargos del mismo en el Consejo rector de la cooperativa y en el Consejo de administración de IGS, S. A.».

Y en el apartado 5.2 (Relaciones económico-financieras con UGT) de la misma página se expresa que «además de su vocación social, el proyecto del sindicato buscaba el saneamiento económico del mismo y la rentabilidad... Para ello se usaron básicamente dos procedimientos: el primero, transitorio, incidental, consistía en liberarse de empresas deficitarias o cuya gestión gravaba o lastraba sus cuentas; el otro, de carácter más estable, consistió en la creación de una fuente de ingresos por la pres-

tación de determinados servicios, especialmente por la promoción de la actividad inmobiliaria de la cooperativa PSV».

Después describe la Sentencia, en sus hechos probados las relaciones económicas entre PSV y IGS, articulándose mediante el contrato de 24-junio-1988, en el que no fue parte la cooperativa, firmándolo Leonardo en su condición de apoderado de UGT, y el director de la cooperativa, Carlos Miguel, aunque como apoderado de IGS, S. A.

f) Y sigue diciendo la narración histórica de la Sentencia (p. 84) que «en virtud del mismo (del contrato) UGT ponía a disposición de la IGS, S. A. toda su infraestructura, locales y demás medios materiales y humanos en todo el territorio nacional para la difusión, información y comercialización de las viviendas que promociona PSV. A cambio IGS pagaría a UGT la cantidad de 80.000 pesetas por cada vivienda que promocionara PSV».

«En total UGT recibió por esta vía unos 1.723 millones de pesetas» (p. 85).

g) De las relaciones económicas entre IGS, S. A. y UGT se ocupa también la descripción fáctica de la sentencia en sus páginas 85 y ss. y allí se consigna que «...tales relaciones alcanzaron entre 1988 y 1993 un volumen superior a los 4.000 millones de pesetas, comprendiendo préstamos, anticipos de dinero, desembolsos de capital por la participación en sociedades del grupo, compraventa de acciones y edificios, repercusión de gastos financieros, facturaciones, etc.» describiéndose pormenorizadamente dichas operaciones en las páginas 86 a 88 de la Sentencia, siendo de destacar que en lo referente a la adquisición por IGS, S. A. del edificio del sindicato de calle Hortaleza, núm. 88 de Madrid, por 1.600 millones de pesetas, obtenidos por la compradora mediante un préstamo con garantía hipotecaria concedido por el Banco Español de Crédito con un tipo de interés variable (entre 12,5 y 16,16 por 100), los ingresos que el comprador obtendría por el arrendamiento del bien adquirido eran inferiores (seis millones de pesetas mensuales pagaderos por años vencidos) al coste de la operación de compra por lo que se dice en la Sentencia «fue una forma de financiar al sindicato».

5. Del amplísimo resumen del relato fáctico, se puede concluir, sin mucho esfuerzo, lo siguiente:

a) La actuación del señor Carlos Miguel se enmarca en la esfera del servicio o beneficio para el principal (UGT).

b) La unidad del proyecto tenía no sólo como objetivo la prestación de servicios con vocación social sino, y sobre todo, la de una rentabilidad económica, financiera y política del sindicato.

c) Se producía un nexo de ocasionalidad como se desprende de que fue UGT quien ideó el proyecto de intervención en diversos sectores en el que se enmarca PSV y que puso a disposición de IGS, S. A. toda su infraestructura, locales y personal para la promoción y publicidad de las viviendas, en virtud del contrato suscrito el 24-6-88.

d) El sindicato atribuye competencias y facultades a Carlos Miguel, pues él lo eligió, le asignó los dos cargos más importantes de la cooperativa y de IGS; el acusado es el que personalmente celebraba los contratos, con el logotipo de UGT.

e) El Sindicato UGT prestó su aquiescencia o anuencia, puso su patrimonio como garantía de la obtención de 8.000 millones concedido a IGS para llevar a buen fin los procesos de segregación de la Cooperativa.

f) Apariencia externa de legitimidad, evidenciada por la publicidad de la cooperativa con el anagrama, frases y logotipo de «con la garantía de UGT», hasta el punto de conocerse la cooperativa como la de UGT.

6. Con todo lo que acabamos de relatar no es posible afirmar que la Sentencia no defina la vinculación entre el sindicato y las entidades PSV e IGS, así como la existente entre el acusado y el sindicato.

La elección de Carlos Miguel, realizada por el sindicato, para el desarrollo del amplio proyecto con los mayores poderes y facultades, permite afirmar que la tarea, actividad, misión, servicio o función que el acusado realizaba contaba con el beneplácito, anuencia y aquiescencia de la entidad sindical, suficiente para poder derivar la responsabilidad civil subsidiaria de la misma, en virtud del principio de derecho, ya reiterado, de que quien obtiene beneficios de un servicio que otro le presta, debe soportar los perjuicios que tal servicio o actividad produce.

El motivo debe rechazarse.

Decimosexto.—Al amparo del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el séptimo de los motivos (según enumeración dada en el recurso) se alega la inaplicación del artículo 1.156 en relación al 1.145 del Código civil, al no tomar la Sentencia en consideración, en cuanto a la declaración de responsabilidades civiles, los efectos extintivos realizados por los actos de los perjudicados. La invocación de los preceptos sustantivos debe ponerse en relación con el artículo 22 del Código penal de 1973.

1. La parte recurrente basa su argumentación en los siguientes puntos:

a) La causa de excluir la indemnización civil subsidiaria de IGS y PSV, no se halla en que la renuncia de los perjudicados lo haya sido por las relaciones societarias o contractuales de la sociedad con los perjudicados. La recurrente distingue perfectamente el origen, aunque entiende, que no se expresó adecuadamente en la instancia.

b) Por ello considera que partiendo de que las indemnizaciones patrimoniales son como dice la Sentencia restitutorias de las de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad ilícita de Carlos Miguel (fuente de obligaciones distinta a las deudas y créditos entre sociedad y cooperativistas: artículos 1089 y 1092 Código civil) en esa obligación extracontractual concurren, en su lado pasivo, tanto IGS, PSV, como la propia UGT es perfectamente factible que en la misma obligación incidieran simultáneamente diversos obligados, aunque fuera con fundamento u origen distinto (art. 1140 Código civil).

c) Así resulta según el recurrente que el efecto extintivo de la obligación producido por los actos llevados a cabo entre la sociedad responsable y los perjudicados, de naturaleza convencional, ha de extenderse y beneficiar a los restantes responsables civiles subsidiarios, ya que éstos se encuentran situados frente a los perjudicados en régimen de solidaridad pasiva.

d) Consecuentemente sigue razonando el pago o cumplimiento y la remisión o condonación, por parte de la sociedad agente a los perjudicados, producirá efecto extintivo sobre las obligaciones de carácter civil que beneficia a todos los responsables, que se hallen en el mismo nivel de vinculación.

e) Por último, no se han producido otros actos del imputado, Carlos Miguel, que directamente y sin mediación societaria le hayan relacionado con los afectados.

2. Para resolver la compleja cuestión planteada hemos de partir del principio del respeto a los hechos probados, y en base a tal principio es oportuno destacar:

1) La Sentencia, en su fundamentación jurídica (p. 222) fija la cuantía indemnizatoria en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la cooperativa y de la sociedad gestora. Y así, los cooperativistas que cedieron su crédito a I.C.O. tuvieron una pérdida del 25 por 100 del importe de sus aportaciones, cantidad en la que la sentencia dice han de ser indemnizados.

En igual porcentaje se redujo el crédito de los cooperativistas incluidos en la suspensión de pagos, por lo que también sufrieron una merma del 25 por 100 de lo satisfecho, que también ha de ser pagado por vía de responsabilidad civil.

Existe un tercer grupo de aquellos que se integraron en promociones independientes o separadas suscribiendo acuerdos en tal sentido, los que no perdieron parte de sus aportaciones sino que tuvieron que incrementarlas con una derrama del 7 por 100, al tiempo que se recalculó el valor de la gestión hasta entonces devengada, compensando en parte el incremento. Para éstos la indemnización se ha de calcular disminuyendo de ese 7 por 100 el tanto por ciento en que se calculó la gestión devengada respecto de la que consta en el hecho probado.

2) En la fundamentación jurídica (p. 228) se expresa que el ejercicio de acciones civiles frente a IGS, S. A. y PSV ha sido renunciado por los perjudicados y en concreto se dice que aquellos socios que vendieron su crédito al ICO suscribieron un contrato cuya cláusula séptima establecía que «... el cedente renuncia a cualquier reclamación contra PSV o IGS, renuncia que expresamente extiende al ejercicio de acciones judiciales civiles directas o indirectas, derivadas del ejercicio de acciones penales contra las citadas entidades».

3) En igual sentido, la aprobación y el cumplimiento del convenio de la suspensión de pagos de PSV e IGS opera como causa extintiva de las acciones frente a las mismas (no frente a terceros) para todos aquellos que no ejercieran su derecho de abstención (arts. 16 y 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922. Lo mismo cabe decir de la transacción que representa la firma de los acuerdos conciliatorios de saldos de las promociones separadas o acuerdos de separación (arts. 1815 y 1816 del Código civil).

4) No estamos ante créditos o deudas de las sociedades y los cooperativistas, sino ante indemnizaciones patrimoniales restitutorias de los daños y perjuicios sufridos por la actividad delictiva, lo que la Sentencia expresa al consignar (p. 226) que «ahora se les reintegra la pérdida de sus aportaciones económicas como consecuencia de la crisis» y se fija en esos porcentajes de pérdidas de sus aportaciones.

3. Partiendo de las anteriores consideraciones, es oportuno analizar ahora la valoración entre la renuncia de los acreedores al ejercicio de las acciones referidas a las indemnizaciones pendientes frente a dos de las entidades que podían resultar responsables civiles subsidiarias (IGS y PSV) por una parte, y los preceptos sustantivos que se dicen infringidos por otra.

Partiendo, como es preceptivo, del más absoluto respeto a los hechos probados, dado el cauce procesal que se utiliza, de ellos se extrae una idea inconcusa, según la cual, la renuncia a indemnizaciones sólo se refería a dos de las entidades societarias (las antes referidas) y a ninguna otra más, lo que constituye la base para condenar en el fallo al sindicato UGT, como único responsable civil subsidiario.

Resulta patente que una renuncia *stricto sensu* a la percepción del crédito indemnizatorio sólo se produce respecto a las cantidades percibidas (75 por 100).

Ello tiene relevancia, en orden al mantenimiento y exigibilidad de las cantidades pendientes de percibir, frente a los posibles responsables directos, en otro plano o nivel de exigencia obligacional.

Entre el responsable civil directo y los subsidiarios no existe solidaridad, sino simple subsidiariedad, como el propio nombre indica. Los responsables civiles subsidiarios sólo responderán, en la hipótesis de que los acreedores no hayan sido resarcidos de los perjuicios ocasionados por el delito (o en la medida en que no lo hayan sido) a través de los autores y cómplices, que responden directamente y en primer término, del daño.

Planteado así el problema es obvio que no resulta de aplicación el artículo 1145 del Código civil, que se dice infringido, pues ningún deudor solidario ha hecho pago de los daños y perjuicios no percibidos.

4. Ahora bien, avanzando un paso más resulta que la renuncia expresa de los acreedores a reclamar por el resto no pagado (una vez percibido el 75 por 100) frente a dos responsables civiles subsidiarios (IGS y PSV) si llegase el caso de responder, es tanto como una remisión o condonación (o si se quiere transacción o novación) de la deuda hecha a esos dos deudores solidarios, que a su vez se hallan en el mismo nivel de solidaridad que el sindicato recurrente UGT, lo que determina la aplicación del artículo 1143 del Código civil, que no se invoca, en relación al 1156 p. 3 del mismo Texto legal, que sí se cita, operando la remisión del crédito indemnizatorio también respecto al sindicato con los consiguientes efectos extintivos pretendidos en el motivo.

La aplicación del precepto tiene su razón de ser en la *ratio jurídica decidendi* concurrente en UGT. En efecto, resulta de todo punto lógico que sea así, pues IGS y PSV no son otra cosa que el sindicato UGT interviniendo a través de aquellas formas jurídicas, en la actividad delegada por las mismas, desencadenante del delito y de los perjuicios de él derivados.

El motivo debe ser acogido.

Decimoséptimo.—También por corriente infracción de ley (art. 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal) se impugna, en el octavo motivo, en la aplicación del artículo 3-2 del Código civil en relación con los artículos 1156 y 1145 del mismo cuerpo legal, al no tomar la Sentencia en consideración, en cuanto a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de UGT, los efectos extintivos de los actos realizados por los perjuicios con IGS y PSV.

1. Arguye el recurrente que, admitiendo a los solos efectos del motivo el carácter instrumental de aquellas sociedades, tal tesis debería ser mantenida en toda su extensión por aplicación, a sensu contrario, del principio *cuius commoda*. Por ello, si los actos que realizaban dichas sociedades vinculaban al sindicato, de igual modo los actos beneficiosos de aquéllas y, entre ellos, los que produjeron la extinción de la responsabilidad contraída, debieran comportar la extinción de esa misma responsabilidad para el sindicato, máxime cuando todos esos actos han supuesto un desplazamiento patrimonial correlativo a favor de los perjudicados, esto es, no son renunciaciones gratuitas, sino actos de verdadero cumplimiento, enmarcados en un ámbito de sacrificios económicos.

2. La argumentación del motivo es del mismo tenor que el precedente, únicamente que el resultado final pretende alcanzarlo a través de fundamento distinto, que dada la cita del Código civil, sería la equidad.

Debemos insistir una vez más que IGS y PSV al caer en suspensión de pagos fueron intervenidas por organismos oficiales que arbitraron unos mecanismos financieros para dar salida a la situación de crisis económica creada, cuyos beneficiosos efectos recayeron en los cooperativistas, que vieron minorados sensiblemente los daños esperados.

Pero los acreedores no fueron reintegrados en la totalidad del perjuicio ocasionado por el delito. Las responsabilidades civiles *ex delicto* se hicieron efectivas por vía penal, circunstancia que hace que su régimen jurídico deba acomodarse a principios, criterios y normas de naturaleza civil, en cuanto no exista alguno especial en el ámbito penal, previsto para armonizar las dos pretensiones simultáneamente ejercitadas (penal y civil).

Entre estos principios o normas figura el principio dispositivo, al socaire del cual los perjudicados pudieron renunciar y renunciaron a hacer efectiva la deuda indemnizatoria pendiente frente a IGS y PSV, y en aplicación del artículo 1143 en relación al 1156, p. 3.º, ambos del Código civil, debe extenderse a UGT, unida a las anteriores entidades en relación de solidaridad.

Ésa es la base jurídica que determinaría la estimación del motivo, y no la difusa referencia a la equidad.

En definitiva, reiterándose la misma razón impugnativa que en el anterior motivo, es procedente la estimación del mismo.

Decimotavo.—En el noveno motivo de los que articula UGT y sirviéndose del mismo cauce procesal que en los precedentes, aduce la falta de aplicación del artículo 1101 del Código civil, en relación al artículo 22 del Código penal de 1973, al no declarar la Sentencia de instancia la responsabilidad civil subsidiaria de Iniciativas de Gestión y Servicios Urbanos, S. A.

1. En síntesis, el recurrente explica que al haberse expuesto en el motivo anterior las razones por las que estima que IGS ha de responder por los actos realizados por su administrador, en razón a lo establecido en el artículo 1101 del Código civil, del que se desprende la obligación de aquella entidad de indemnizar a los perjudicados por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones, por la misma razón debe declararse la responsabilidad civil de la entidad que, a juicio del recurrente, debe ser directa y no subsidiaria. Y ello sin perjuicio de que, por efecto de la aplicación de las bases contenidas en la Sentencia, dicha responsabilidad hubiera quedado extinguida frente a todos los perjudicados, lo que no es óbice para la declaración de su existencia.

La cuestión que se formula en su opinión no es intrascendente, pues en el caso de que algún perjudicado acreditara la inexistente extinción de su obligación, las consecuencias de la resolución judicial perjudicarían la posición de responsable de la recurrente.

Por ello procede y así se solicita que se declare en el fallo, para el caso de no absolver al condenado, la responsabilidad civil subsidiaria de Iniciativas de Gestión y Servicios Urbanos, S. A. con los efectos que resultan de lo antes expuesto.

2. No puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria no pedida por nadie (principio dispositivo) y menos por el recurrente, que carece de legitimación. Por este solo hecho el motivo debe desestimarse. No obstante, a efectos dialécticos, podemos afirmar que de poco sirve como pretende el sindicato recurrente manifestar que IGS fue responsable civil subsidiario por los actos de su ... condenado, hasta que los perjudicados transigieron y acordaron no reclamar nada a tal sociedad, en el ejercicio de su facultad dispositiva.

El argumento, por lo demás, carece de sentido a la vista de la estimación de los dos precedentes motivos.

Por otra parte los tribunales penales están obligados a pronunciarse sobre las responsabilidades civiles si no se renuncian o reservan para ejercitarlas fuera del proceso penal. Si existió algún acreedor en la suspensión de pagos, que hizo uso de su derecho de abstención, podrá ejercitar la reclamación por la vía civil, como establece la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y el artículo 111 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Salvo estos supuestos, los perjudicados comparecidos o no, que no hayan renunciado a las indemnizaciones civiles, si las mismas son solicitadas por el Ministerio Fiscal que les representa, están sometidos a los términos de la sentencia (art. 110, p. 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Y siendo ello así, es lo cierto que ninguno ha recurrido poniendo en entredicho los pactos transaccionales de renuncia a reclamar contra determinadas personas jurídicas por las compensaciones recibidas.

El motivo no debe merecer acogida.

(Sentencia de 9 de octubre de 2003)

ARTÍCULO 121

Responsabilidad civil subsidiaria: del Estado por delitos de lesiones y contra la integridad moral cometidos por policías al detener a una persona, extralimitándose en sus funciones; responsabilidad civil no atenuada al no haber contribuido la víctima a la contribución del daño producido en delito de lesiones de policías a detenido

Sexto.—En su primer motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo permitido en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción del artículo 121 del Código penal, sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

En su desarrollo, argumenta que si los policías nacionales condenados se ven obligados a actuar en el ejercicio de sus cargos y funciones, es evidente que no procede tal declaración de responsabilidad civil subsidiaria, porque su actuación inicial es absolutamente legítima.

El repetido artículo 121 del Código penal ha introducido y regulado de forma expresa la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos (de los que se citan la Comunidad Autónoma, la Provincial, la Isla y el Municipio) acabando así con la necesidad de referirse a un precepto penal, como lo era el del artículo 22 del Código penal anteriormente vigente, que se refería a personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, entre las que, desde lejana fecha, la jurisprudencia de esta Sala venía incluyendo la del Estado. Requieráanse ahora como exigencias para que tal responsabilidad subsidiaria surja: 1.º que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo a los que se ha entendido también como asimilables las faltas haya de responder por la causación de daños; 2.º que esa persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos; 3.º que, al actuar, estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones; 4.º siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Si la segunda de estas exigencias presenta un carácter expansivo al incluir a todas las personas que puedan tener una relación subordinada al Estado y demás entes públicos, incluyendo a las personas meramente contratadas, las exigencias tercera y cuarta tienen una finalidad de restringir cuando esa responsabilidad subsidiaria se produce, condicionándola a que la persona dependiente del ente público esté en el ejercicio de sus funciones y a que la actividad de desempeño de servicio público que realizaba determine directamente la lesión como consecuencia (STS de 5 de julio de 2002).

La doctrina de esta Sala ha presentado una tendencia, calificada de progresiva y expansiva, de los casos en que la responsabilidad civil subsidiaria surge, ya en tiempos en que para definirla se recurría al derogado artículo 22 del Código penal precedente. Y así, considerando que la demanda de las realidades sociales lo aconsejaba, se comenzaron a dictar sentencias en que se sobrepasaban los viejos criterios de la culpa *in eligiendo e in vigilando* para acoger, con interpretación extensiva, el más progresivo de la doctrina de la creación del riesgo, llegándose a una responsabilidad cuasi objetiva (Sentencias de 6 de abril de 1990, 2 de junio y 16 de septiembre de 1992, 13 de octubre y 21 de diciembre de 1993, 29 de septiembre de 1994, 21 de octubre de 1997 y 29 de mayo de 2001).

Con estos parámetros interpretativos, el motivo tiene que ser desestimado, en tanto que se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para declarar tal responsabilidad civil subsidiaria, pues la extralimitación del cometido de

los policías acusados actuantes fue de tal evidencia que resultaron condenados como autores de un delito de lesiones y otro contra la integridad moral; únicamente por el primero, ya se deduce la declaración de responsabilidad del Estado, por encontrarse de servicio practicando un detención inicialmente legítima, que acabó con un acto de extralimitación tan ilícitamente intolerable que resultó ser delictivo, dadas las lesiones sufridas por el perjudicado Luis Andrés...

(Sentencia de 16 de abril de 2003)

ARTÍCULO 132.2

Interrupción de la prescripción: interpretación del término «el procedimiento se dirige contra el culpable» en orden a la interposición o admisión de la querrela: corrientes doctrinales. No existe prescripción en el caso de querrela presentada el último día del plazo de prescripción, con ausencia de poder suficiente, repartida y ratificada posteriormente: vale como denuncia y existe procedimiento judicial pues se anotaron en el registro general del juzgado

Primero.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. (LEG 1882/16) el Fiscal y las acusaciones estiman infringido por aplicación indebida el artículo 114 del Código penal de 1973, en relación a la prescripción de los delitos imputados a Alberto C. y Alberto A.

Entienden éstos que la presentación de la querrela efectuada cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción produjo la interrupción de la misma, por lo que no debieron haberse estimado prescritos los delitos por los que se les acusaba.

1. Antes de resolver el problema, bueno será que delimitemos el supuesto fáctico.

Los hechos que se declaran probados se estimaron constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528 y 529.7.º del Código penal de 1973 y otro delito de falsedad documental, de los artículos 303 y 302.6.º del mismo texto legal. La pena a imponer no excedería de 6 años, a pesar de que la sentencia omite la expresa estimación de la agravación específica apreciada como muy cualificada. En el fondo partía de su acogimiento, lo que hacía que, conforme a los artículos 113 y 114 del Código penal, los delitos estuvieran prescritos tomando como base, según es preceptivo en estos casos, el castigado con mayor pena.

No existe, pues, controversia entre partes acusadoras y acusadas, ya que arrancando de la calificación de la Audiencia Provincial, el término prescriptivo era de 5 años, y por tanto concluía el día 7 de enero de 1993.

La querrela, acompañada de un poder cuyo alcance jurídico se discute, fue presentada en el Juzgado de guardia el día 6 de enero (festivo en toda España) en donde se tomó nota de dicha presentación, remitiéndola al Juzgado Decano para reparto, lo que se produjo el día 7 de enero de 1993, correspondiendo el conocimiento del asunto al Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, que, en fecha 20 de enero, incoó y registró las Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado) núm. 1079/1993, no admitiendo a trámite la querrela hasta tanto se produjera la ratificación de la misma, hecho lo cual se acordaría. Los querellantes se ratificaron dos meses y dos días después de ser rebasado el límite temporal de la prescripción.

2. Sobre ese sustento fáctico la Audiencia Provincial, Sección 7.ª, a quien correspondió enjuiciar el asunto, estima que los hechos están prescritos, haciendo una

interpretación formalista del artículo 114 CP/1973, al enfocar exclusivamente al análisis de la naturaleza de la querella, desde su condición de instrumento procesal de parte, iniciadora del proceso, y a su vez, interruptora del término prescriptivo.

Se pregunta el Tribunal de origen si el procedimiento puede ser abierto o no por el Juez Instructor a partir de la simple presentación física del documento ante el Juzgado competente.

No se acompaña a la querella el preceptivo poder especial, ante cuya omisión el Juez no pudo considerarla como tal, absteniéndose de todo pronunciamiento sobre su admisión o inadmisión hasta tanto no se hubiesen subsanado las deficiencias esenciales de que adolecía. Cuando fue ratificada, el 9 de marzo de 1993, pasaban ya dos meses y dos días del término de prescripción.

Tampoco el Tribunal consiente atribuir el carácter de denuncia, a la querella defectuosa, ya que al igual que la querella sólo tiene existencia legal y eficacia cuando se presenta personalmente o por medio de mandatario con poder especial (art. 265 LECrim.).

El apoderamiento notarial que se adjuntaba a la querella, aun intitulándose de especial, sólo concreta que se otorga para presentar denuncias y querellas por delitos de estafa, apropiación indebida o maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

EL Ministerio Fiscal, ante tal decisión considera que la querella sin poder especial es susceptible de sanación, y en cualquier caso, podría operar como denuncia. A ello se añade la doctrina sostenida por esta Sala en los últimos tiempos, al reputar la simple presentación de una querella o denuncia en el Juzgado una actuación procedimental, susceptible de subsumirse en la expresión legal: «dirigir el procedimiento contra el culpable» (el legislador debió decir inculpado, ya que nadie es culpable antes de ser condenado por una sentencia firme).

3. Con carácter previo al análisis del tema prescriptivo que nos ocupa, debemos preguntarnos sobre el alcance y consecuencias de la deficiencia formal de la querella.

Los argumentos de los querellantes y el Ministerio Fiscal pueden resumirse en los siguientes:

- a) Existía poder especial.
- b) Aun no existiendo, se produjo la ratificación posterior sanadora, con efectos de *ex tunc*, enjugando el vicio padecido (art. 11.3 LOPJ).
- c) No obstante esos defectos formales, pudo y debió operar como *notitia criminis*; y por consiguiente con aptitud para iniciar de oficio el proceso penal.

4. Como respuesta a la primera cuestión es obvio que a pesar de la declaración notarial calificando de especial el poder, no lo es. El apoderamiento bastante a que se refiere el artículo 277 LECrim. no es otro que el poder «especialísimo», que en términos de nuestro Código civil, sería aquel que «se otorga para un negocio determinado» (art. 1712 Código civil).

Hubiera sido preciso delimitar el objeto de la imputación delictiva y las personas concretas contra quien la dirige.

Poder especialísimo según es definido por la doctrina científica más cualificada, es «el poder otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querella precisamente por ese hecho».

La querella se hallaría, pues, huérfana de poder especial. Tampoco serviría ese mandato o poder para calificarla de denuncia, ya que ésta exige la firma personal del denunciante y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial (art. 265 LECrim.).

5. Respecto a los efectos de la ratificación, que los recurrentes pretenden extenderlos desde la presentación, una vez sanadas las deficiencias formales, debemos

precisar que la retroacción de efectos, a lo sumo, tendría lugar en «las relaciones internas entre poderdante y apoderado, pero no frente a terceros». En el ámbito procesal la ratificación del querellante otorgaría al mismo las posibilidades de actuar en el proceso, perdidas o no utilizadas, desde la presentación de la querella, permitiendo hacer uso de las mismas en la medida de lo posible, si no lo impedían exigencias impuestas por el nivel de la instrucción.

La ratificación realizada por el querellante, no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable. Entender otra cosa, sería tanto como atribuir a dicha ratificación efectos modificadores sobre el artículo 113 del Código penal de 1973 (tiempo de prescripción).

6. Por último, sí es posible otorgarle a la querella la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (*notitia criminis*).

La querella cumple una doble finalidad, que no alcanzó a perfilar la sentencia combatida en sus argumentaciones:

por un lado, es un medio de poner en conocimiento de las autoridades judiciales la *notitia criminis*, conforme al artículo 312 LECrim., al igual que la denuncia (art. 269 LECrim.) y el atestado (art. 297 LECrim.).

Por otro lado, constituye un medio a través del cual los querellantes se convierten en parte procesal (art. 270 LECrim.).

Consecuentes con ese dúplice aspecto, resulta que la querella sin poder especialísimo no es óbice para que el proceso penal se inicie en averiguación de los hechos narrados en la misma contra las personas a quienes se atribuye su comisión.

El Procurador, aun careciendo de poder especial para querellarse y denunciar, actúa como mandatario (poder general) de otro que le encomienda la comunicación al Juzgado de unos hechos presuntamente delictivos, que imputa a personas determinadas.

7. Recurrentes y recurridos sobre esta particular confrontación dialéctica traen a colación innumerables sentencias de esta Sala, alguna de las cuales en lugar de clarificar, oscurece la decisión del problema, al dirigirse su doctrina a la precisión de otros aspectos de la prescripción, distintos a la capacidad legal de la denuncia o querella para interrumpirla.

Nos estamos refiriendo a los siguientes fenómenos:

a) La identificación nominal de los presuntos responsables. No puede afirmarse el efecto interruptivo, ni de la denuncia ni de la querella ni de la investigación, si en tales modalidades de incoación del proceso penal no aparecen nominadas una o unas personas determinadas o fácilmente determinables.

b) Ello debe ser complementado por la delimitación fáctica de los hechos que se imputan al inculcado o inculpados, que permitan conocer el alcance genérico de la infracción que se pone de manifiesto.

c) Determinación de la naturaleza de la actuación judicial necesaria en un proceso ya abierto para que la paralización del procedimiento se entienda alzada. Es el supuesto contemplado en el último inciso del parr. 2.º del artículo 114 («se paralice el procedimiento»).

Tampoco las características de esta incidencia procesal deben confundirse con la interrupción de la prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable».

Cuando el proceso en marcha se paraliza sólo tienen virtualidad interruptiva de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis.

Las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos interruptivos.

8. Delimitado así el problema, hemos de partir, en nuestro caso, de que la querrela defectuosa contenía la descripción precisa de los hechos considerados delictivos y la concreta identificación de los presuntos autores.

Sobre la concreta interpretación de cuando se considera que «el procedimiento se dirige contra el culpable» existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querrela o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querrela.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La Ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional (Sentencia TC núm. 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querrela y entenderse dirigida contra los querrelados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente reflejada en Sentencias de 21 de enero y 26 de febrero de 1993; 30 de septiembre de 1994; 31 de mayo y 16 de octubre de 1997; 25 y 29 de septiembre de 1999 y 25 de enero de 2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en las Sentencias de 3 de febrero y 6 de noviembre de 1995; 11 de febrero y 13 de junio de 1997; 25 de abril y 29 de julio de 1998; 23 de abril y 26 de julio de 1999; 6 de noviembre de 2000 y 30 de octubre de 2001.

Son de destacar de forma especial, por lo reciente, las de 4 y 5 de febrero de 2003.

9. La Sala, a la vista de la inequívoca tendencia prevalente, últimamente mantenida, debe acogerla en su integridad. Es evidente que los supuestos contemplados en las sentencias antes reseñadas no coincidirán exactamente con el que a nosotros nos atañe, en cuanto éste es un caso de querrela defectuosa, pero ello no empece para que la doctrina proclamada se acomode plenamente a nuestra hipótesis.

La querrela tuvo la virtualidad de integrar una denuncia, que aun carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v. gr. denuncia falsa), bastó con la firma o suscripción del mandatario, con poder general, para

trasladar al Tribunal la *notitia criminis* que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querrela permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa, al querellante.

Existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (Sentencia de 4 de febrero de 2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 CE).

El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo Partido Judicial (el día de la presentación de la querrela era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ése no fue el caso.

Por todo lo expuesto, procede estimar el motivo que analizamos, simultáneamente formalizado por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras y actoras civiles, estimando no prescritos los hechos denunciados.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

ARTÍCULO 139

Provocar incendio con el fin de acabar con la vida de su marido sin conseguirlo: aplicación de asesinato con alevosía en tentativa. Concurso de leyes con incendio

Sexto.-1. En este motivo denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al aplicar indebidamente el artículo 139.1 del Código penal y el artículo 77 también del Código.

A la argumentación que expresa hay que restarle todo el contenido referido a la no acreditación de los hechos probados, extremo ajeno a la vía impugnatoria elegida que, sabido es, parte del respeto al hecho declarado probado.

2. Desde la perspectiva del relato fáctico ningún error resulta en la subsunción. El hecho de que fuera intervenida quirúrgicamente no supone la ausencia de dolo, pues cuando los hechos se ejecutan éstos son realizados con evidente intención y conocimiento de lo que se realizaba, sin que en ningún momentos se refiera en el hecho probado una situación de dolo eventual que, por otra parte, en nada alteraría la calificación realizada.

3. Discute la presencia de la alevosía típica del asesinato, al argumentar que desde la pobreza del hecho probado no es posible determinar si el golpe en la cabeza fue de espaldas o de frente y tampoco queda acreditada la cantidad de gasolina que se empleó en la causación del incendio.

El relato fáctico es claro en la descripción de una situación de indefensión, provocada por la víctima, y el empleo de medios tendentes a asegurar el resultado evitando las posibilidades de defensa del perjudicado. Así se relata que la acusada aprovechando la situación de somnolencia del perjudicado, provocado por la ingesta subrepticia que sobre él había realizado de metanol y de medicamentos, «llegando incluso a tambalearse» le hizo bajar al garaje de la casa donde había producido un fuego y le golpeó en la cabeza «dejándole allí junto al coche para que la acción del fuego y el humo acabaran con su vida».

La alevosía, hemos afirmado reiteradamente, tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distin-

guido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación se perfila, poco a poco, en los pronunciamientos jurisprudenciales.

En la 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. Así en la STS de 11 de marzo de 1996, se recuerda que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS de 7 de marzo de 2000, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor».

Resulta patente, desde el hecho probado, la declaración de una situación de previa indefensión del perjudicado, propiciada por la ingesta de sustancias que aminoraban sus reflejos y le aturdieron hasta el punto de tambalearse. Además, le propina un golpe en la cabeza, «obteniendo su inconsciencia» asegurando que el fuego producido por ella misma acabe con la vida del perjudicado. El empleo de un incendio es un miedo esencialmente alevoso en cuanto asegura el resultado sin riesgo para el autor, a lo que hemos de añadir el estado de inconsciencia que produjo la recurrente en la víctima, tanto por la ingesta de sustancias químicas, como por el golpe en la cabeza.

4. Denuncia, también, la indebida aplicación del concurso ideal entre el delito de asesinato y el de incendio. Para el estudio del motivo recordamos que el relato fáctico declara probado que la acusada con intención de matar prendió fuego al garaje de la vivienda en el que estaba inconsciente el perjudicado para que el fuego y el humo acabaran con su vida.

En la argumentación que desarrolla reproduce una Sentencia de esta Sala, dictada para un supuesto absolutamente distinto. En ésta se discutía la existencia de concurso ideal respecto a unos resultados producidos por una única acción un artefacto explosivo que produce una pluralidad de resultados contra la integridad física y en el que se discute la concurrencia de la alevosía. Esa doctrina no guarda relación alguna con los presentes hechos en los que el concurso de delitos por el que se condena a la recurrente es un delito contra la vida, en su modalidad de asesinato, y otro de incendio que pone en peligro a las personas.

No obstante lo anterior, la voluntad impugnativa del recurrente que discute la existencia del concurso ideal será aprovechada para que, desde una perspectiva distinta a su planteamiento, estimar la impugnación.

El relato fáctico describe el siguiente hecho: empleo de incendio además de otros medios para acabar con la vida de una persona. Ese hecho admite dos posibilidades de subsunción: artículo 139.1, muerte de una persona mediante incendio subsumido en la alevosía, de una parte, y artículo 351 delito de incendio con peligro a la vida y artículo 139.1, homicidio más alevosía. La redacción del tipo penal era la vigente al tiempo de los hechos, anterior a su modificación por LO 7/2000 que añadió un segundo párrafo que tipifica el delito de incendio sin peligro para la vida o integridad física.

Para la sentencia impugnada, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, el asesinato intentado y el incendio con peligro para la vida e integridad física.

Por el contrario, comprobamos que el hecho intentar matar a una persona mediante incendio, agrede un bien jurídico cuya protección penal aparece recogida en toda su dimensión antijurídica y culpable por el tipo penal del asesinato del artículo 139.1 del Código penal. Desde esta perspectiva la aplicación, además, del artículo 351 del Código penal supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*

lo que haría incompatible la aplicación simultánea de ambos preceptos. La aplicación del concurso ideal de ambos delitos sería posible si advirtiéramos en el hecho una pluralidad de bienes jurídicos atacados y para responder penalmente a ese hecho sea necesario la aplicación de los tipos penales en concurso para contemplar en su total dimensión la antijuricidad de la conducta.

En el supuesto objeto del procedimiento el tipo penal del asesinato con alevosía comprende la totalidad del injusto de la muerte dolosa mediante incendio. La punición, además, por el delito de peligro, artículo 351 en la redacción vigente al tiempo de los hechos, vulneraría el principio *non bis in ídem*.

Nos encontramos, pues, ante un concurso de normas a resolver por las normas contenidas en el artículo 8 del Código penal toda vez que el potencial peligro que previene el tipo del incendio del artículo 351 queda absorbido por la previsión del resultado muerte en el delito de asesinato, la intención de matar y su realización tiene su específica tipificación en el artículo 139 del Código penal, reputando alevoso la utilización del fuego como medio de producir la muerte.

En el concurso de normas lo existente es un hecho único que es objeto de una única valoración jurídica, al entenderse que el hecho lesiona del mismo modo las normas concurrentes en su aplicación, por lo que el contenido del reproche queda cubierto en su integridad por una de las normas concurrentes en la aplicación. Cual sea la norma aplicable la proporcióna el artículo 8 del Código penal. En el concurso ideal de delitos, por el contrario, nos encontramos ante un único hecho que agrede dos bienes jurídicos con dos posibles subsunciones, de modo que para cubrir todo el injusto previsto en la norma es preciso a su doble punición con una regla específica en la aplicación de la pena.

El hecho probado, al declarar la intención de la mujer de dar muerte a su marido para lo que, tras diversas vicisitudes, prende fuego al garaje donde se encontraba inconsciente, admite, en principio, la doble subsunción del delito de incendio con riesgo para la vida y el delito de asesinato, pero es este último el aplicable pues la previsión del resultado que presenta el delito de resultado frente al potencial peligro hace que éste quede absorbido por el asesinato.

Procede, consecuentemente estimar parcialmente este motivo y conformar un nuevo título de condena por delito de asesinato del artículo 139 del Código penal a la pena prevista para el delito intentado en su mitad superior por la concurrencia de la circunstancia de agravación de parentesco. Procede imponer la pena de 14 años de prisión, atendiendo a la gravedad del hecho probado la escenificación del crimen proyectado y el grado de ejecución alcanzado, y la culpabilidad que en el mismo se declara.

(Sentencia de 20 de marzo de 2003)

Animus necandi: criterios para su inferencia; existencia: ataque de varias personas en grupo propinándole numerosas patadas en la cabeza y partes más sensibles del cuerpo. Autoría conjunta

Tercero.—Una vez examinados los motivos que han sido formalizados por quebrantamiento de forma, se examinarán los demás, por infracción de preceptos constitucionales o infracción de ley, siguiendo el orden de los respectivos recursos, comenzando por los interpuestos por los condenados.

Recurso de Gaspar:

En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., alega la aplicación indebida del artículo 139 del Código penal, pues entiende que no

concorre la alevosía, pues las víctimas se percatan de que va a producirse una acción violenta y porque las manifestaciones de la víctima al iniciarse los hechos demuestran que aceptó una posible riña.

Dispone el artículo 22.1.^ª del Código penal que es circunstancia agravante «ejecutar el hecho con alevosía» y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS de 7 de noviembre de 2002).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señalábamos en la STS de 19 de octubre de 2001, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS de 13 de febrero de 2001). De manera que así puede ocurrir tanto cuando la situación de indefensión se crea por el agresor para asegurar la ejecución e impedir la defensa, como cuando una situación de objetiva indefensión se aprovecha deliberadamente para el mismo fin de asegurar la ejecución, en la confianza de que será imposible o muy difícil que el agredido se defienda (STS de 4 de febrero de 2000).

Una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS de 13 de marzo de 2001 y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. También reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (STS de 13 de febrero de 2001, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho.

Especial consideración merecen los supuestos de ataques realizados por un grupo de personas, más o menos numeroso, contra otra u otras, que no tienen motivos razonables para esperar el empleo de una tal clase de violencia contra ellos, haya habido o no algún contacto previo, visual, verbal o de otro tipo. En estos casos, y sin perjuicio del examen de cada supuesto en particular, aun cuando la víctima hubiera podido apreciar algún indicio de la acción agresora, es precisamente la absoluta irracionalidad del ataque lo que lo hace inesperado, de tal forma que se anulan las posibilidades de defensa, ya limitadas por las propias características del ataque en grupo, lo que es aprovechado conscientemente por los agresores. En algunas ocasiones (STS de 11 de julio de 1991) se ha hecho mención a un principio de confianza, refiriéndose a situaciones en las que no hay razón para que la víctima deba esperar un

ataque que pudiera precisar de la organización de alguna clase de defensa; lo cual, aunque está más relacionado con la modalidad llamada proditoria o de traición, no es ajeno al ataque por sorpresa, ni tampoco a estos supuestos de ataques realizados en grupo contra otra u otras personas que circulan por las vías públicas confiadas en la inexistencia de motivos para ser gravemente agredidas. En otras (STS de 2 de enero de 2003), se ha considerado alevoso un ataque realizado por un grupo contra una persona que caminaba por la calle, acercándose a él en actitud provocativa, a pesar de lo cual el Tribunal entendió que la víctima no pudo prever que iba a ser objeto de una agresión que, por ello, fue calificada de súbita e inesperada. Y, en otras, la Sala afirmó que es «el propio carácter irracional, absurdo e inmotivado del ataque lo que refuerza el efecto sorpresa, provocando la absoluta indefensión de la víctima, e integrando la alevosía» (STS de 29 de diciembre de 1995).

En todos estos supuestos, la víctima no puede reaccionar ante el ataque al verse sorprendida por el agresor, lo que éste conoce y aprovecha, y es esta situación de indefensión lo que hace que la acción pueda ser calificada como alevosa.

En los hechos probados de la sentencia, que deben ser respetados en su integridad dada la vía casacional elegida, se describe precisamente un suceso de esta clase, en el que tiene lugar un ataque del grupo integrado por algunos de los procesados contra otras tres personas, las cuales, después de salir de la discoteca al cerrar ésta, se disponían a subir a su coche con la intención de abandonar el lugar, sin que hubiera mediado entre ellos enfrentamiento alguno. El ataque, caracterizado por la inexistencia de motivos previos, se describe en el relato fáctico como «súbito e inesperado», de tal manera que Álvaro, mientras sus dos amigos conseguían introducirse en el vehículo, «sólo tuvo tiempo de gritar qué más queréis, encima que os devolvemos la cazadora, instantes antes de que el menor Marcelino propinara al citado Álvaro un fuerte puñetazo en la cara». «A partir de ahí» sigue diciendo el relato fáctico de la sentencia, «en una secuencia rápida, formando cerco alrededor de Álvaro, el grupo integrado por Jesús Manuel, Sergio, Gaspar, Javier, Diego y el propio Marcelino, la emprendieron a puñetazos y patadas con Álvaro, en secuencia ininterrumpida, al que dichos procesados, una vez abatido y en el suelo, en posición de cúbito supino, manteniendo el cerco, siguieron golpeando con gran intensidad por diversas partes de su cuerpo, incluso pisándolo en algún momento, dirigiendo deliberadamente los golpes hacia zonas sensibles del mismo, tales como la cabeza, el cuello, el abdomen y testículos, con intención de acabar con su vida, tal como aconteció».

Con independencia de las inferencias o juicios de valor contenidos en el anterior relato, cuya razonabilidad se desprende de los propios términos de la relación de hechos además de aparecer correctamente explicadas en la fundamentación jurídica de la sentencia, de la descripción anterior puede fácilmente extraerse, no sólo el carácter brutal de la agresión, sino además su carácter gratuito, carente de cualquier explicación mínimamente aceptable, lo que hace que desde cualquier punto de vista haya resultado inesperado y sorpresivo para quienes son agredidos, los cuales de ninguna forma podían esperar un ataque por parte del grupo de los procesados y, menos aún, de la intensidad y bestialidad del realmente ejecutado por éstos.

Es cierto que en el hecho probado se relata un mínimo incidente inmediatamente anterior. Uno de los procesados había sustraído en la discoteca una cazadora que depositó junto a las ruedas de uno de sus vehículos (habían llegado al lugar distribuidos en varios coches). Al llegar al aparcamiento el grupo de los agredidos, uno de ellos, Raúl, al observar la cazadora en el suelo junto a un vehículo cercano al que ellos ocupaban, la cogió y miró en los bolsillos. En ese momento se acercaban los procesados y al apercebirse de que la cazadora estaba en manos de Raúl, uno de ellos dio la voz de «nos roban» o «nos están robando», ante lo cual la mayoría echó a correr hacia el punto donde se encontraba Raúl, quien, «sin mediar ningún tipo de pelea o forcejeo

previo» se desprendió de la cazadora lanzándola hacia uno de ellos al tiempo que se introducía en el coche.

El recurrente se basa en estos elementos del hecho para sostener que los agredidos estaban prevenidos ante el ataque subsiguiente y que, por lo tanto, no es posible apreciar la alevosía.

Sin embargo, la situación descrita y el limitadísimo intercambio de palabras habidas entre los integrantes de ambos grupos, no pueden considerarse como suficientes para entender que los agredidos debieran o, al menos, pudieran esperar cualquier ataque de los procesados y que por ello no estaban desprevenidos, pues, como ya hemos señalado, en las circunstancias descritas, sin ninguna clase de enfrentamiento previo, ni siquiera verbal, no es razonable esperar una agresión física de entidad, como a pesar de ello ocurrió. El primer golpe, «un fuerte puñetazo en la cara», y los que le siguen resultan inesperados en la forma en la que se producen, de la que cabe destacar, una vez más, además de su rapidez, su carácter especialmente brutal.

La sentencia impugnada sigue describiendo los hechos probados, ahora en relación a otro de los jóvenes agredidos, y declara que «en ese mismo contexto y dinámica de ataque mortal contra Álvaro, sin que se fraccionara esa rápida secuencia muy poco antes iniciada, coordinadamente, dentro de esa misma mecánica de actuación intensamente agresiva, ágil y súbita, se dirigieron también contra Luis Francisco, rodeándole, cuando en esos momentos intentaba salir de su vehículo».

A los efectos de apreciar la alevosía también en esta segunda fase del ataque es determinante la no interrupción de la agresión, que, una vez iniciada, progresa sin solución de continuidad y en un breve lapso temporal, desde uno de los atacados hasta el otro, cuando este segundo intenta salir del vehículo en el que ya había conseguido introducirse al acercarse los procesados. La indefensión que hemos apreciado en el joven en quien se concreta inicialmente la agresión, debida a las características del ataque, inesperado, rápido, especialmente brutal y ejecutado conjuntamente por un grupo de personas, es igualmente extensible al segundo joven en esta fase de los hechos.

Por lo expuesto, el motivo se desestima.

Cuarto.—En el segundo motivo de su recurso, también al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la infracción, por aplicación indebida de los artículos 139 y 16 del Código penal, en relación a los hechos que afectan a la agresión realizada contra Luis Francisco, pues entiende que no está acreditado el ánimo de matar. Afirma el recurrente que ningún dato objetivo puede conducir al juzgador a la certeza de la concurrencia del citado ánimo, y resalta la escasa entidad de las lesiones.

Como ya hemos dicho en algunas ocasiones (STS de 1 de julio de 1997), «la intención pertenece al mundo personal, subjetivo e interno» y, por ello, salvo los casos muy excepcionales, por otra parte en que el propio interesado lo confiese y su confesión deba ser aceptada tras su examen crítico, debe ser puesta de relieve por medio de una operación mental compleja sobre las bases de unos datos plurales, objetivos, externos y debidamente probados en la causa, que a través de normas de experiencia llevan a la certeza moral de la concreta intención, elemento finalista de la conducta.

El ánimo de matar, como elemento interno, es por lo tanto difícil de acreditar mediante prueba directa. Lo habitual es tener que acudir a distintos elementos externos, debidamente probados, para, a través de un razonamiento lógico, inferir su existencia. Esos elementos pueden ser variados, aunque su valoración ha de partir de la existencia de una conducta agresiva, cuyas características puedan suscitar alguna duda en orden a la intención atribuible al sujeto en el momento en que actúa. Entre ellos se han señalado el arma o instrumento empleado; la intensidad de los golpes o la fuerza con que son ejecutados; el lugar o zona del cuerpo al que van dirigidos, y su

reiteración. Datos todos ellos de especial trascendencia para construir la inferencia acerca del *animus necandi*.

Al lado de ellos, las relaciones anteriores entre agresor y agredido, especialmente la existencia de amenazas; los actos simultáneos a la agresión, concretamente, las expresiones proferidas; la conducta posterior a la agresión, entre otros, constituyen otros tantos aspectos a tener en cuenta. En este sentido, en la STS de 26 de septiembre de 2000, decíamos: «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».

En el caso actual, el recurrente no discute la existencia del ánimo de matar en cuanto a los hechos calificados como constitutivos de un delito de asesinato consumado, sino exclusivamente respecto al asesinato intentado. Respecto del primero, los hechos consisten, en síntesis, en una agresión perpetrada por un grupo de personas que tras golpear a otra y tirarla al suelo, continúan propinándole patadas en todo el cuerpo hasta causarle lesiones que le producen la muerte.

No existe diferencia sustancial entre una y otra agresión. El hecho probado describe cómo los procesados, cuando Luis Francisco trataba de salir del automóvil, sin solución de continuidad con la agresión ejecutada contra Álvaro, «manteniéndose esa forma de maniobra atacante combinada, sin darle tiempo a reaccionar, justo cuando abría la puerta del conductor por la que salía, se abalanzaron sobre él los que contra su persona directamente acometieron, dándole puñetazos en la cabeza y en la cara, hasta el punto de que cuando intentaba huir por la parte delantera del coche, aprovechando que cayó al suelo, también con intención de acabar con su vida, continuaron dándole patadas en la cabeza. No obstante, Luis Francisco logró incorporarse rápidamente y salir huyendo en dirección a la playa, siendo entonces perseguido...».

Es evidente, y el propio recurrente lo admite implícitamente, que en el primer hecho los procesados asumieron la producción de un resultado mortal que aparecía como seriamente probable dadas la intensidad y las características del riesgo creado con su acción, por lo que el mismo les es totalmente imputable. En el segundo hecho, la acción en nada se diferencia cualitativamente de la primera, pues la agresión progresa desde los golpes iniciales hasta que el agredido cae al suelo, y entonces continúa mediante patadas dirigidas a la cabeza, que sólo son interrumpidas a causa de la huida del agredido, que no llega a perder la conciencia a pesar de los golpes recibidos. De haberse producido un resultado mortal, les habría sido igualmente imputable, pues el riesgo creado es similar al del primer caso.

En atención a estos datos, nada hay de irrazonable o arbitrario en la inferencia realizada por el Tribunal, que, por el contrario, se ajusta perfectamente a las exigencias de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia.

El motivo se desestima.

(...)

Noveno.—En el primer motivo de su recurso denuncia la aplicación indebida del artículo 29 del Código penal, pues entiende que su conducta no es la propia de un cómplice, afirmando en el motivo segundo que, en todo caso sería constitutiva de un delito de encubrimiento, que al no ser de un delito de homicidio, sería atípico. Afirma que se limitó a meterse en el coche esperando a que subieran los otros dos con los que había venido. Únicamente pudo apreciar un dolo genérico de agredir a los otros sin que hubiera ningún elemento que hiciera pensar en intenciones homicidas. Cuando alguien da la voz de alarma advirtiendo que se acercan otras personas, consumadas ya las agresiones, se aprestó a ayudar a sus amigos para abandonar el lugar. No hubo un acuerdo previo a las agresiones ni consta que los agresores actuaran sabiendo que les esperaba para huir. Su conducta es posterior a las agresiones, y al no resultar imputable el conocimiento de la intención homicida, los hechos serían atípicos.

Plantea el recurrente si su conducta puede ser calificada como complicidad o si, por el contrario, es una aportación posterior a la consumación de los hechos, lo que merecería una valoración diferente. En este segundo caso, niega que el dolo del recurrente abarque la intención homicida y por lo tanto, al no ser un encubrimiento de homicidio sería un acto atípico.

Según el artículo 29 del Código penal son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros.

Dejando a un lado la compleja distinción entre complicidad y cooperación necesaria, que no es preciso examinar aquí a los efectos del presente motivo de casación, y que delimita, diríamos que en su límite superior, el concepto, la doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad.

Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriadad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriadad (STS de 28 de junio de 2002); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS de 13 de diciembre de 2001); de una participación accidental y no condicionante (STS de 10 de julio de 2001); o de carácter accesorio (STS de 29 de julio de 2002). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS de 24 de julio de 2002); de un auxilio eficaz (STS de 28 de junio de 2002), o de una contribución relevante (STS de 29 de julio de 2002).

Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS de 27 de septiembre de 2002, afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resul-

tado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

De otro lado, es necesario un concierto de voluntades, que, eso sí, puede ser coetáneo o sobrevenido, y puede adoptarse expresa o tácitamente (STS de 19 de febrero de 2001).

La sentencia impugnada, tras establecer que la persecución a Luis Francisco resultó frustrada, entre otras razones porque los acusados fueron advertidos de que se aproximaba al lugar algún posible testigo, declara probado que «concretamente, el procesado Augusto, quien no llegó a formar parte del grupo atacante por haberse introducido en su propio coche al inicio de los hechos más arriba descritos, fue uno de los que facilitó tal aviso mientras esperaba a que su amigo Marcelino y, el también conocido suyo, Jesús Manuel, volvieran al coche para poder marcharse del lugar».

Estos hechos probados deben valorarse teniendo en cuenta otros datos fácticos igualmente establecidos en la sentencia como probados, muy especialmente que el recurrente se encontraba en el lugar junto con los agresores materiales y que su vehículo se encontraba estacionado muy próximo al que ocupaban los agredidos, donde se desarrollan exactamente los ataques a éstos.

De estos hechos se desprende con claridad que el recurrente presenció el ataque desde una escasa distancia, y que permaneció en el lugar hasta su finalización en una actitud vigilante, como lo demuestra el hecho de que al aparecer otras personas da la voz de alarma tocando el claxon de su vehículo y procediendo a recoger a aquellos atacantes que se habían trasladado hasta el lugar ocupando el vehículo que él conducía, dándose entonces a la fuga. No se trata de una mera actitud pasiva que sólo sufriera modificación para ayudar a huir a los autores una vez consumadas las agresiones, sino que su actitud supone una aportación simultánea al hecho delictivo, orientada a asegurar a quienes lo ejecutan un medio útil de huida. Tal clase de conducta, en cuanto aporta un elemento de seguridad a los autores de los hechos durante la ejecución de éstos, ha sido considerada por la doctrina de esta Sala como suficientemente relevante para dar lugar a responsabilidad criminal a título de autor por cooperación necesaria o de complicidad, en función de las características del hecho.

Por otra parte, el recurrente presenció desde el lugar donde se encontraba, a escasa distancia, tanto el inicio como la ejecución completa de ambas agresiones, de las que destacan por su brutalidad los momentos en los que las víctimas, ya en el suelo, son rodeadas y pateadas fuertemente por el grupo de agresores. Esa clase de ataque no puede excluir, sino al contrario, un resultado como el producido y, por lo tanto, la aportación del recurrente, que en ningún momento interviene para interrumpir o moderar la agresión, se realiza aceptando implícitamente el resultado probable de la acción de los autores del hecho, al cual no puede después considerarse ajeno.

El motivo se desestima, lo que da lugar por las mismas razones a la desestimación del motivo segundo, en el que se sostiene que la calificación correcta sería la de encubrimiento, que a su vez, sería impune al no alcanzar al delito de homicidio. La calificación de la conducta del recurrente como complicidad excluye la posibilidad de considerarla propia de un delito de encubrimiento.

Décimo.— En el tercer motivo del recurso, alega vulneración de la presunción de inocencia. Entiende que no se ha probado el doble dolo del cómplice. Examina la posible prueba indiciaria y concluye que los indicios no avalan la existencia de un pacto o acuerdo anterior o simultáneo a los hechos.

El dolo es un elemento interno que debe resultar acreditado por la vía de una inferencia del Tribunal construida sobre datos fácticos suficientemente acreditados. La impugnación de su existencia permite comprobar la prueba sobre los datos fácticos

de apoyo y la racionalidad del proceso intelectual que ha concluido en la afirmación del aspecto necesitado de prueba.

Como ya se desprende de lo anteriormente afirmado, es perfectamente racional afirmar que el recurrente conocía no sólo la realidad del ataque, sino sus características concretas, pues llegó al lugar junto con los agresores materiales; inició la carrera con ellos hacia el lugar donde se encontraban los agredidos; se introdujo en su vehículo que estaba estacionado muy cerca del lugar de la agresión, y permaneció en el mismo mientras la agresión se ejecutaba, en una actitud lo suficientemente vigilante como para percatarse del peligro que para los agresores suponía la presencia de posibles testigos, dando la voz de alarma y recogiendo a dos de los atacantes para darse rápidamente a la fuga con ellos.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 8 de septiembre de 2003)

Asesinato (concurrancia de ensañamiento) con agravante de abuso de superioridad. Existe abuso de superioridad cuando se da una situación objetiva de prepotencia, al aprovechar el autor su poder físico y anímico, el uso de un arma muy peligrosa y el hecho sorpresivo de sacar la navaja que llevaba escondida en el calcetín, produciendo de ese modo, un evidente desequilibrio entre el atacante y las tres mujeres atacadas

Primero.—El inicial motivo de casación se ampara en el artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba y por indebida aplicación del artículo 139 del Código penal.

En realidad, más que impugnar a través de un error de hecho en su conjunto el referido artículo 139 del Código, lo que aquí se pretende es tratar de demostrar la inexistencia de la agravante específica del ensañamiento que en este caso califica la muerte de la víctima como un delito de asesinato y no de simple homicidio.

Para ello se alegan los informes periciales de los médicos forenses doña C. B. y don S. G., ya que la primera, en su declaración prestada en el acto del juicio oral, manifestó que la muerte de la señora L. se produjo de forma rápida, tardando en morir pocos minutos. El segundo afirmó, también en el plenario, que el acusado presentaba un trastorno adaptativo y que podría darse un breve episodio psicótico que podría prolongarse días o una semana.

Obvio es decir que estos dos informes periciales, aunque los entendiésemos con la naturaleza documental que requiere el pretendido error, no sirven para desvirtuar el acuerdo del Jurado al responder a la alternativa e) del Hecho Primero del cuestionario del Objeto del Veredicto cuando por unanimidad (9-0) se dice que «D. G. P. propinó a doña G. L. once cortes o puñaladas y multitud de golpes violentos, entre ellos una patada que causó a ésta el arrancamiento de un diente incisivo central y del diente incisivo lateral superiores izquierdos, buscando con todo ello, además de la muerte, aumentar innecesariamente el dolor de la víctima». Y decimos que esos dos informes carecen de virtualidad para desvirtuar este acuerdo porque el primero, el de la señora B., amén de que está sacado de contexto, nos viene a indicar que la muerte se produjo al cabo de pocos minutos, tiempo éste suficiente para poder el acusado causar a su víctima padecimientos que aumentasen su dolor. El segundo, el del señor G., en esta parte de su dictamen nada tiene que ver con el problema de si en la acción existió o no ensañamiento, al referirse a la situación psíquica del procesado que, por cierto, dio lugar a la aplicación de una atenuante analógica.

En contra de la pretensión recurrente hemos de decir lo que sigue:

a) El problema principal que siempre surge cuando trata de determinarse la existencia de la agravante de ensañamiento, ya sea en su vertiente de genérica del artículo 22.5.^º del Código penal, ya sea en su acepción de específica (una de las calificadoras del asesinato) del artículo 139.3.^º del mismo texto, es el de poder concretar si las acciones que componen esa agravación fueron realizadas con anterioridad a la muerte de la víctima, pues si lo fueron con posterioridad no puede aplicarse habida cuenta que como tradicionalmente se ha dicho de forma muy expresiva en el ámbito médico-forense, «el cadáver no sufre». En el caso concreto, de la prueba pericial forense a que antes hemos hecho referencia examinada en su conjunto (y no parcialmente como hace el recurrente) así como de una prueba tan trascendente en estos casos como es el informe de autopsia, se llega a la evidencia de que la única acción mortal consistente en un navajazo que penetró en la cavidad torácica seccionando de forma completa la arteria pulmonar, fué la última de las causadas a la víctima, de tal manera que las múltiples cuchilladas y golpes que le fueron propinados con gran violencia y deterioro físico lo fueron con anterioridad, lo que necesariamente, y en pura lógica, tuvo que producir gran sufrimiento al sujeto pasivo de la acción aunque fuera por corto plazo de tiempo.

b) El elemento subjetivo de la intencionalidad, hay que inferirlo necesariamente, según lo hicieron la Sala de instancia y el Tribunal Superior de Justicia, de la actividad depredadora desarrollada por el acusado con tantos golpes y cuchilladas inicialmente innecesarios para causar la muerte y que según descripción reflejada en la narración fáctica consistieron nada menos en once cortes de arma blanca y multitud de golpes que propiciaron el «arrancamiento del diente incisivo izquierdo central y del diente incisivo lateral».

Se desestima el motivo.

Segundo.—El correlativo tiene su sede en el artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 22.2 del Código penal en cuanto define la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

En defensa de esta pretensión se alega, en primer término, que los hechos se produjeron con motivo de una discusión que desembocó en una pelea en la que, además, intervinieron las dos hijas del matrimonio, ambas adultas. En segundo lugar se dice que al condenar al acusado como autor de un delito de asesinato, se deben englobar los elementos típicos sin que se puedan aplicar doblemente, entendiéndose que no cabe una agravante que ya está penada en el tipo delictivo.

Respecto a esto último, el argumento carece de una mínima posibilidad impugnatoria, ya que:

a) El abuso de superioridad, aunque tenga la naturaleza jurídica de una alevosía incompleta o menor, no está comprendida en ninguno de los apartados del artículo 139 del Código penal, y la sentencia recurrida lo que apreció no fue una agravante específica calificadora del asesinato, sino simplemente una agravante genérica del artículo 22.

b) Aunque pudiera entenderse a efectos puramente dialécticos que estemos en presencia de alevosía, la conclusión sería la misma, pues el artículo 140 del Código admite expresamente la posible existencia de más de una de las tres agravaciones que definen el asesinato, con la consecuencia perjudicial para el reo de poder elevarse la pena hasta los veinticinco años de prisión.

En cuanto a lo primero, el abuso de superioridad nace de una situación objetiva de prepotencia del agresor respecto de sus víctimas si tenemos en cuenta su mayor complejión física, el uso de un arma muy peligrosa y también el hecho sorpresivo de

sacar la navaja que llevaba escondida en su calcetín, todo lo cual debilitó necesariamente, aunque no la anulase, la defensa que pudo hacer la víctima a quien se colocó en un evidente plano de desigualdad y, por ende, de prepotencia al agresor. Así lo entendió el Jurado al declarar probado que el acusado se aprovechó de su poder físico y anímico que produjo un evidente desequilibrio entre el atacante y las tres mujeres atacadas.

Se rechaza el motivo.

(Sentencia de 22 de diciembre de 2003)

ARTÍCULO 142

Homicidio por imprudencia grave. Existencia: portero de discoteca con fuerte complejión física que empuja brutalmente a persona casi inerte, provocándole caída y golpe en la cabeza contra el suelo. Relación de causalidad: la tardía asistencia médica no interrumpe el nexo entre la acción y el resultado; existencia de imputación objetiva

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Se dice que las lesiones se produjeron por una simple caída al suelo del luego fallecido, provocada por el estado de embriaguez en que se encontraba, se aduce que no hubo prueba alguna del empujón por parte del acusado, se razona sobre la prueba pericial practicada respecto de las causas de la muerte se pretende que ha de prevalecer el informe emitido por los dos peritos de la defensa y se añade que, en todo caso, tenía que haberse excluido la imputación objetiva de dicho fallecimiento respecto de la conducta de David como consecuencia de la tardía asistencia médica que se le prestó.

En realidad todas estas cuestiones quedaron resueltas, y con prueba razonablemente suficiente, por el veredicto del Jurado, junto con la sentencia del Magistrado-Presidente, luego ampliada en sus razonamientos por la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Veámoslo:

A) La cuestión más importante es la relativa a si David empujó o no a Juan Antonio. En este trámite no tenemos otra opción que la afirmativa, a la vista del contenido del veredicto y de la prueba utilizada por los jurados como respaldo de su pronunciamiento de culpabilidad.

Según consta en el acta correspondiente (folios 288 y ss. de las actuaciones del Tribunal del Jurado) sólo fueron votados a favor con la mayoría necesaria los hechos 6.º, 7.º y 8.º del apartado I del objeto del veredicto, por siete votos contra dos, los que luego tuvo en cuenta el Magistrado-Presidente para confeccionar el relato de los hechos probados.

El objeto del veredicto quedó conformado tal y como lo propuso inicialmente el Magistrado, pues una leve corrección propuesta por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras fue denegada, mientras que las defensas nada objetaron al respecto.

Así pues, aprobado el veredicto por el jurado, nada podía ya objetarse sobre el contenido de los hechos probados, salvo lo relativo a la presunción de inocencia, precisamente lo que constituye el objeto de este motivo 1.º.

Pero las objeciones aducidas aquí por el recurrente y por el responsable civil que se adhirió al recurso, que fueron ya debidamente rechazadas en la sentencia dictada en apelación, también han de serlo en este trámite de la casación.

Bastaría simplemente con remitirnos a lo que nos dicen las sentencias del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia para fundamentar la desestimación de este motivo 1.º. Pero algo hay que decir aquí.

Sobre el empujón de David a Juan Antonio no hay prueba directa. Aunque allí había tres personas, la víctima nada pudo decir por el estado precomatoso y luego comatoso en que quedó tras el golpe; Jorge, el compañero del acusado no vio el momento de la caída al suelo de la víctima, pues se había desentendido del asunto al considerar que ya no le necesitaba David y caminaba algo delante; y el acusado siempre negó tal empujón.

Hubo una prueba de indicios que se articula por el Magistrado-Presidente y por el Tribunal de Apelación sobre la base de lo que consta en el acta del veredicto, en su apartado final, donde los jurados concretan la prueba utilizada para formar su convicción, que explicamos a continuación:

1.º Sin duda alguna, el indicio fundamental para acreditar la realidad de ese empujón lo constituye la prueba pericial consistente en las declaraciones hechas en el juicio oral por las médicas forenses doña Amparo Arroyo Fernández y doña Claudina Vidal Gutiérrez, quienes dejaron claro su criterio de que una caída simple, como la pretendida por las defensas, con embriaguez o sin ella, no habría podido producir unas lesiones de tanta gravedad como las que llevaron al fallecimiento de Juan Antonio: tuvo que existir un empujón u otra fuerza importante. Así lo dijeron en tal acto solemne.

Cierto que, como dicen el recurrente y la parte adherida, en el mismo acto pericial del juicio oral declararon también los médicos propuestos por la defensa, quienes afirmaron y razonaron sobre la posibilidad de que esas lesiones de Juan Antonio se hubieran producido por la mera caída de éste contra el suelo sin necesidad de que nadie utilizara fuerza alguna contra su persona.

Hay, pues, una diversidad de criterios entre los peritos; pero ello no ha de conducir al supuesto del *in dubio pro reo* como pretende el escrito del recurrente (p. 18), de modo que el Tribunal tuviera que acoger de las dos peritaciones formuladas aquella que fuera más favorable al acusado. En tales supuestos el órgano encargado de valorar la prueba, en este caso el Jurado, es quien tiene que decir qué dictamen considera más adecuado para resolver el problema. Y sólo si el propio órgano manifiesta sus dudas sobre el hecho sometido a la pericial, es cuando opera el mencionado principio *in dubio pro reo*. En las presentes actuaciones tal no ocurrió. El Jurado, que pudo valorar las manifestaciones prestadas ante él, las del propio acusado, las de su compañero y los demás testigos que declararon sobre lo visto dentro de la discoteca y el comportamiento allí de David con Juan Antonio, así como la fuerza física de aquél, etcétera, teniendo en consideración, sin duda, el carácter de médicos forenses de las dos que como tales informaron en el juicio oral, habida cuenta de su inmediatez en relación al conjunto de la prueba practicada, no sólo de la pericial, el Jurado, repetimos, con todo este bagaje de elementos probatorios, sin duda difíciles de concretar siempre, y más aún cuando se trata de juzgadores no profesionales, estaba legitimado para conceder su crédito, como lo hizo, al dictamen de dichas señoras médicas, como podían habersele concedido a los propuestos por la defensa, o haber manifestado sus dudas al respecto.

Desde luego, nosotros ahora en casación no podemos hacer otra cosa que no sea el decir que nos parece razonable lo que hizo el Tribunal del Jurado y luego ratificó en apelación el Tribunal Superior de Justicia.

2.º Si a este indicio fundamental acreditado por la prueba pericial (una caída simple no puede producir lesiones tan graves), unimos el derivado de las declaraciones de Jorge, quien dijo que cuando oyó el fuerte golpe volvió la cabeza y vio que estaban los dos de frente, uno caído en el suelo (Juan Antonio) y el otro allí delante

(David), queda cerrado el razonamiento propio de la prueba indiciaria. Allí no había ninguna otra persona, fuera de David, que pudiera haber ejercido sobre Juan Antonio esa fuerza física importante que era necesaria para que la caída pudiera causar lesiones tan graves.

3.º Y si a todo esto unimos el dato de la fortaleza física de David, por éste reconocida (iba 4 o 5 días al gimnasio, hacía Tai-jitsu con categoría de cinturón azul y también pesas), queda plenamente justificada la suficiencia de esta prueba indiciaria como medio apto para acreditar que David empujó a Juan Antonio con la intensidad propia de tal fortaleza física.

En conclusión, con relación a este extremo, que es el esencial, hay que entender que hubo prueba de cargo justificadora de la afirmación que se hizo en el veredicto sobre la existencia de un empujón violento de David contra Juan Antonio.

B) Nos queda por ver aquí la serie de alegaciones que formulan el recurrente y la parte adherida en este motivo 1.º respecto de que transcurrieran dieciséis horas sin asistencia al lesionado desde que se produjeron los hechos iniciales hasta el traslado al hospital para el debido tratamiento facultativo.

Como ya hemos dicho al principio, también la cuestión quedó resuelta por el jurado al rechazar el punto 10.º del apartado I del veredicto. El Jurado rechazó por unanimidad el que tal tardanza en prestar la asistencia médica pudiera excluir la atribución del resultado de la muerte al empujón de David.

En las presentes actuaciones no estamos juzgando a Lourdes V. J., la compañera del fallecido que, creyendo que se iba a recuperar, lo llevó a casa en lugar de trasladarle al hospital, y allí le tuvo muchas horas dormido hasta que se dio cuenta de que ya no reaccionaba, siendo entonces cuando llamó a la ambulancia.

No sabemos lo que habría pasado si la asistencia médica hubiera sido inmediata, pero sí podemos afirmar que el hecho del fallecimiento de Juan Antonio se ha de imputar objetivamente al golpe recibido contra el suelo. Una tardía asistencia médica no puede, en el presente caso, eliminar la relación de causalidad entre aquel golpe inicial y el desenlace final. Esa acción peligrosa de David produjo la muerte. Dentro del ámbito del riesgo creado por tal conducta del acusado se produjo la muerte. No existió ninguna acción posterior que pudiera excluir tal imputación objetiva. La tardanza de Lourdes en llevar al lesionado al hospital carece de eficacia a los efectos de interrumpir el nexo entre el empujón de David y la muerte de Juan Antonio.

Ya dijo esta Sala en Sentencia de 17 de enero de 2001 lo siguiente:

«En los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condicio sine qua non*, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado (Sentencias de

esta Sala de 5 de abril de 1983, 1 de julio de 1991, y más recientemente la de 19 de octubre de 2000).

Cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento».

Tercero.—En el motivo 2.º, por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim., se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 147.1 (delito de lesiones dolosas) y 142.1 (homicidio por imprudencia grave), al tiempo que inaplicación del artículo 621.2 (falta de homicidio por imprudencia leve).

Pese a la amplitud de los términos de tal encabezamiento, nada se dice en el desarrollo de este motivo 2.º sobre la existencia de delito de lesiones ni tampoco se pone en duda la realidad de una imprudencia en cuanto al homicidio. Tampoco se impugnan estos extremos en las alegaciones del responsable civil al adherirse al recurso del condenado. Sólo se refieren los dos escritos al tema de la imputación objetiva por el retraso en la prestación de la asistencia médica, ya tratado en el fundamento de derecho anterior, y a la cuestión de la gravedad de la imprudencia que es lo único que hemos de tratar aquí.

Tiene razón el recurrente en cuanto a que en nuestro Derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal Código de 1973). Afortunadamente ya ha desaparecido esa categoría intermedia de «simple con infracción de reglamentos» del artículo 565 CP/1995, que tantos problemas suscitaba y permitía que imprudencias de rango menor pudieran castigarse como delitos.

Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades.

La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no previsibles.

Se dice, y es cierto, que el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada «culpa con previsión», cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos.

En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito.

Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave.

Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve. Y en este suceso que estamos ahora examinando entendemos que la cuestión está correctamente resuelta en la sentencia recurrida, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en su fundamento de derecho 5.º funda su calificación como grave en que el acusado, por su compleción atlética y acostumbrado como estaba a repeler ataques, no calculó ni controló como debía el potencial lesivo del empujón que dio a Juan Antonio F., sujeto de compleción delgada. Ni siquiera el más descuidado de los vigilantes de seguridad habría actuado con esa violencia, nos añade. Tales apreciaciones aparecen corroboradas luego en el fundamento de derecho 9.º, cuando se razona sobre la necesidad de no imponer la pena en el mínimo legal permitido dos años y seis meses de prisión para elevarla a los tres años. Se habla de una víctima prácticamente inerte y sin capacidad de respuesta por su compleción y estado etílico, lo que revela una prepotencia consciente y un abuso deliberado y desproporcionado de su fuerza física, aludiendo finalmente a la irracionalidad, brutalidad y gratuidad del hecho.

Ciertamente, ya en la calle ambos, agresor y agredido, para la finalidad de la expulsión del local no era precisa violencia alguna a agregar a la ya utilizada para el traslado a la fuerza desde el interior de la discoteca donde fue cogido hasta la puerta de salida de emergencia. No era necesaria ya otra violencia, y menos realizarla con la brutalidad que quedó luego de manifiesto por las características de las lesiones sufridas que lo llevaron a la muerte.

Entendemos que con lo expuesto queda razonado que fue bien aplicado al caso el artículo 142.1 CP que sanciona el homicidio cometido mediante imprudencia grave.

También hay que desestimar este motivo 2.º.

(Sentencia de 4 de julio de 2003)

ARTÍCULO 147.1

Lesiones psíquicas producidas por acoso sexual de Alcalde a Concejala: Inexistencia. Votos particulares en contra

Octavo.—Daremos ahora respuesta casacional al recurso de N. F. , constituida como acusación particular en esta causa. Se formaliza por dicha acusación particular dos motivos de contenido casacional, ambos viabilizados por el cauce autorizado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero que plantean un mismo tema: la aplicación del artículo 147.1.º del Código penal, considerando que las lesiones psíquicas sufridas por la querellante son constitutivas de un delito tipificado en el precepto invocado, que se penalizaría en concurso ideal con el delito de acoso sexual por el que fue condenado I. A. en la instancia.

En función del cauce impugnativo elegido por la recurrente, es obligado el respeto más escrupuloso a los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora. En los mismos, se describe la situación psicológica de N. F. , tras la primitiva comisión

delictiva, como de ansiedad y depresión, que forman un cuadro de trastorno adaptativo mixto de la personalidad, lo que le origina una baja laboral que se produce el día 22 de septiembre de 2000 y se prolonga durante 187 días. Ahora bien, el Tribunal de instancia termina por consignar en el *factum* lo siguiente: «*la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció Nevenka F.*».

Tal expresión fáctica no permite, en consecuencia, la estimación del motivo; primeramente, porque no se ha determinado con la suficiente exactitud ni el diagnóstico de su ansiedad, ni su duración, ni siquiera el tratamiento médico necesario para su curación: en ningún momento la resolución judicial recurrida se refiere a ese tratamiento, con una mínima especificación, por lo que al preguntarnos por dicho tratamiento, la respuesta negativa nos debe llevar inexcusablemente, como así sucedió en la sentencia de instancia, a la absolución del acusado al faltar tan ineludible componente fáctico, que no puede ser «recreado» en contra de reo; en segundo lugar, porque tales consecuencias psíquicas son ordinariamente secuelas derivadas de la acción delictiva, indemnizables como tales como responsabilidad civil inherente al delito, y en el caso, se cifró el alcance cuantitativo por dicho concepto en la suma de 12.000 euros. Recientemente esta Sala, reunida en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 10 de octubre de 2003, trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas en delitos relacionados contra la libertad sexual, cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, que se penalizaría en concurso delictivo, o bien podría ser considerado una consecuencia directa de la acción del autor, en tanto que un ataque de esas características conlleva ya de ordinario una lesión etiológicamente inmersa en el mismo que quedaría englobado en el propio desvalor de la acción, no siendo sus consecuencias más que indemnizables por la vía de responsabilidad civil. Esta última posición fue la dominante en citada Sala General que acordó que «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que *ordinariamente* quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3.º del Código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». El mencionado acuerdo es traspolable, *mutatis mutandi*, al caso que ahora resolvemos, en tanto que la Sala sentenciadora en su fundamentación jurídica, completando el relato factual de su resolución, vuelve a insistir sobre la poca consistencia probatoria con la que construir un delito de lesiones psíquicas, y así dice: «Necesitaríamos saber con certeza cuál ha sido el mismo [se refiere al resultado típico correspondiente a un delito de esa clase de lesiones] y además tener seguridad sobre la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido», y ni siquiera aparece claro el mismo tratamiento médico, en tanto que dicho Tribunal se interroga por su verdadero alcance y existencia: «es *importantísimo* saber *cuál fue en concreto el tratamiento médico*, pues el tipo penal excluye los supuestos de pura y simple prevención u observación, ya que precisa la constancia con plena seguridad, de una intervención médica activa que objetivamente sea procedente, pues de otra forma quedaría en manos de la víctima la calificación del hecho». De forma, pues, que tales párrafos incluidos en la fundamentación jurídica, pero con plena y absoluta vocación fáctica, completan el relato histórico de la sentencia recurrida, e impiden tener por probado uno de los requisitos del tipo penal descrito en el artículo 147.1.º del Código penal, en tanto que ni siquiera el tratamiento médico (ni su relación causal) aparecen para la Sala sentenciadora como plenamente acreditados.

En definitiva, solamente resulta concluyente una secuela que ha sido correctamente indemnizada por la Sala sentenciadora en la suma de doce mil euros, a favor de la víctima, que aquí debemos mantener, y que no ha sido cuestionada.

En consecuencia, el recurso de la acusación particular no puede prosperar.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2003)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SEÑOR D. JOSÉ M. MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en cuanto a la íntegra desestimación de los recursos formulados en las presentes actuaciones, tanto por el condenado en la instancia como autor de un delito de acoso sexual, como por la acusación particular en su pretensión de que los hechos constituyen un delito de lesiones de carácter psíquico, pues considero que procedería la estimación de ambos recursos y, por consiguiente, la absolución del primero de los referidos ilícitos así como la condena por el segundo, criterio que paso a fundamentar, con la brevedad propia de un voto particular unido a sentencia resolutoria de un Recurso de Casación, en los siguientes razonamientos:

Primero.—No me cabe duda alguna, como al resto de los integrantes de este Tribunal, acerca del acierto de los Jueces *a quibus* en su estricta tarea de valoración de los medios de prueba de los que dispusieron en el enjuiciamiento de la conducta del primer recurrente, el condenado en la instancia como autor de un delito de acoso sexual del artículo 184 del Código penal, en especial respecto de la credibilidad que les merece la versión ofrecida por la denunciante, y, por ende, coincido en el rechazo de todos los motivos del recurso de aquel que, directa o indirectamente, tienden a cuestionar el relato fáctico contenido en la Resolución de instancia.

Es, por lo tanto, a partir del respeto a la intangibilidad de esa narración y, en definitiva, a propósito de la subsunción de los hechos que la integran en la norma jurídica aplicada, en donde se ubica mi tan radical como respetuosa discrepancia con mis compañeros de Sala.

En efecto, he de iniciar señalando la importancia que me merece una cuestión como la que en este momento se somete a nuestro conocimiento, tanto por la oportunidad que ofrece al Tribunal, en su principal misión nomofiláctica y de unificación doctrinal, de pronunciarse sobre los criterios interpretativos de un tipo delictivo de tan difícil acceso a la casación, dada la entidad de su sanción, como por la complejidad que, sin duda, su regulación presenta en nuestra norma sustantiva, unido todo ello a los perfiles de grava tacha social que el castigo, sin duda con toda justicia cuando en realidad se hubiere cometido, comporta para su autor, a pesar de la relativa levedad punitiva consecuente al mismo.

Es por ello que debería comenzarse precisando que nos hallamos ante una figura delictiva de carácter pluriofensivo que si, de una parte, integra un verdadero ataque a la dignidad de la persona, al exigir que el autor con su «...*comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante...*», también requiere la significación de un atentado a la libertad sexual, aun cuando protegida en este caso con el adelantamiento de las barreras punitivas derivado de su caracterización como mero delito «de tendencia», no precisándose la producción de resultado alguno consumativo de la intención libidinosa, y por tanto de contenido sexual, ya que, en semejante supuesto, nos desplazaríamos hacia otras previsiones legales como las contenidas en los artículos 178 y siguientes del texto punitivo.

Así, mientras que para el resto de los ilícitos contra esa libertad sexual deviene, en general, bastante obvia la intención del autor de la conducta desde el mero examen de los contenidos de la misma, concretados en una determinada y explícita finalidad, en el caso del tipo que analizamos se impone un análisis más preciso de los verdaderos propósitos del sujeto activo, dados los significados equívocos que, en el terreno de las relaciones interpersonales, teñidas de un componente subjetivo, más o menos admisible, de afectividad, ciertas pretensiones o solicitudes pueden llegar a comportar.

Que la denunciante fue tratada de modo hostil por el recurrente no cabe duda alguna ante la lectura de los hechos declarados como probados por la Audiencia, aunque resulte más discutible la consideración de gravemente intimidatorio o humillante de ese trato, desde el punto de vista objetivo que la norma exige. Si bien sólo con la referida hostilidad, en los términos alternativos en los que el precepto está redactado, bastaría para tener por integrado este elemento típico. Que la finalidad de ese trato hostil, o más bien su causa, era la ruptura de una relación sentimental previa y el deseo de reanudación de la misma, parece que es algo que se desprende también del relato fáctico de la Resolución recurrida tanto como de la Fundamentación Jurídica que en ella se contiene.

Dentro de esos deseos de retorno a la situación anterior no puede tampoco discutirse que se encontraban los del mantenimiento de las relaciones sexuales interrumpidas. Y así, la Sentencia de instancia llega a afirmar literalmente que se producen entre el acusado y la querellante tensiones «... derivadas de la negativa de N. a continuar las relaciones sexuales...».

Pero igualmente es cierto que ésa es la única alusión a la posible concurrencia de ánimo libidinoso en la conducta del recurrente que, por otra parte, se ve incorporada a toda una serie de datos y manifestaciones que claramente indican que semejantes deseos se enmarcaban en un designio más amplio de regreso a una relación sentimental, en la que se inscribirían los contactos de contenido sexual.

Resulta por ello discutible, a la vista de tal narración de lo ocurrido, que estemos ante la mera solicitud «de favores de naturaleza sexual» a que se refiere el artículo 184 del Código penal para describir el tipo delictivo examinado.

Más aún cuando advertimos referencias a declaraciones de la propia querellante en las que unas veces alude a que el Alcalde la manifestaba que podían seguir manteniendo relaciones sexuales como amigos y, en otras, se dice que en realidad lo que tan sólo pretendía era volver a la vinculación sentimental.

Duda que nada aclara, por otra parte, la Audiencia en su Resolución, al omitir un estudio riguroso, en realidad ni tan siquiera el más elemental, de la concurrencia de los elementos típicos de la figura del acoso, lo que incluso podría haber conducido a la devolución de la Sentencia a ese Tribunal para su adecuada motivación en este extremo esencial, con acogimiento del motivo Cuarto del Recurso, en cuanto que plantea, por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la Constitución española, en relación con el 120 de la Carta Magna, ante la falta de motivación suficiente sobre la que se asienta la conclusión condenatoria alcanzada por el Tribunal *a quo*.

Considero, por consiguiente, inadecuado conforme a Derecho e incompatible con la literalidad del precepto penal, así como con el espíritu que guió al Legislador en la elaboración de la norma, extender el carácter punible de la conducta, en el supuesto del delito de acoso sexual, a quien pretende no la mera obtención de una satisfacción sexual, sino el restablecimiento de unas relaciones afectivas rotas, en las que se integra el elemento sexual junto con otros componentes de naturaleza afectiva y relacional.

Ello no significa, por supuesto y como más adelante comprobaremos, que la pre-existencia de esa relación, o la búsqueda de establecerla, haya de justificar cualquiera clase de comportamiento dañoso para la persona destinataria del deseo, pero sí el que nos hallamos fuera de los comportamientos reprochables desde la formulación del artículo 184 del Código penal.

Recordemos, a este respecto, que la simple agresión a la dignidad de una persona, sin la concurrencia de intencionalidad de naturaleza sexual ni de resultado lesivo concreto y siempre que sea realmente grave, se encuentra ya castigada, con pena de prisión de seis meses a dos años, en el artículo 173 del texto punitivo vigente, al referirse a quien «... *infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral...*».

Todo lo anterior máxime cuando tampoco, a mi juicio, se cumple, en el supuesto de autos, no sólo la vinculación jerárquica entre el querrellado y la querellante, miembros electos ambos de un órgano democrático municipal, sobre la que se sustenta la aplicación del supuesto agravado del artículo 184.2 que aplicó la Audiencia y ahora desautoriza esta Sala, sino ni tan siquiera el requisito legal, necesario para la presencia del tipo delictivo básico, relativo al ámbito de actividades en el que el delito, para ser tal, forzosamente ha de cometerse, cual es el de la «... *relación laboral, docente o de prestación de servicios...*».

Obviamente excluidas las vinculaciones laborales o docentes, se asienta la condena en la existencia de una relación «*de prestación de servicios*». Y afirmar que entre una Concejala electa y el Alcalde regidor de la Corporación municipal se dé esa clase de vinculación, de nuevo, en mi opinión, supone un forzamiento del recto sentido de los términos del precepto, incompatible con el debido respeto al principio de legalidad penal.

Todas las opiniones doctrinales al respecto, de las que tengo conocimiento, tienden a identificar esa mención legal con relaciones tales como las existentes entre los vinculados por cualquiera clase de arrendamientos de servicios, los empleados de hostelería con los huéspedes del establecimiento, los profesionales con sus respectivos clientes, los médicos con sus pacientes, etc., e, incluso, como algún autor llega a admitir, los voluntarios de ciertas organizaciones con los beneficiarios de las mismas, es decir, todas aquellas hipótesis que supongan asistencia de un sujeto a otro. Tan alejadas, evidentemente, del caso que nos ocupa, en el que querellante y querellado tan sólo se deben al servicio a los ciudadanos que les eligieron, en ningún caso a prestarse servicios recíprocamente.

Afirmar que una Concejala se encuentra vinculada al Alcalde por una «*relación de servicios*» es algo que, desde mi punto de vista, pugna con el sentido mismo de esa expresión, con la realidad, con la naturaleza de las relaciones propias de los miembros de la Corporación municipal, con lo que entiende, y ha entendido hasta hoy, cualquier lector de la norma, desde el simple ciudadano lego en Derecho hasta el profesional estudioso o comentarista del precepto, y, lo que es aún más importante, con la finalidad que el Legislador ha querido dar a esa frase, referida a un ámbito concreto de verdadera vinculación y dependencia entre los protagonistas del ilícito.

En definitiva, considero, en coincidencia por otra parte con el miembro del Tribunal *a quo* que emitió voto particular en discrepancia con la conclusión condenatoria de la Audiencia, que debería haberse estimado el motivo sexto y último del recurso del condenado en la instancia, formulado al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 184.1 y 2 del Código penal, procediendo, en consecuencia, su absolución por dicho delito.

Segundo.—Pero así mismo, al igual que hubiera debido estimarse el recurso del condenado en la instancia, con base en los argumentos dichos y con el alcance ya

expresado, también considero que merecería estimación el recurso de la acusación particular, cuando interesa la condena por un delito de lesiones psíquicas, del artículo 147 del Código penal, sufridas por la persona de la querellante.

Concurren para ello todos los elementos establecidos en la norma, a saber:

a) El empleo de medios o procedimientos por parte del acusado, hábiles para la causación de la lesión, en el amplio sentido en el que el propio precepto permite tener en consideración, cuando se refiere a «*cualquier medio o procedimiento*» y que, en el presente caso, consistieron en las actitudes y comportamientos, públicos y privados, tenidos por el querellado contra la recurrente, con desprecio reiterado a su dignidad y al respeto personal que merecía.

b) La indudable intención lesiva de esa conducta, motivada por la frustración causada por el rechazo manifestado por la víctima a proseguir la relación sentimental interrumpida y apoyándose además en el conocimiento, por su autor, de la fragilidad psíquica de la mujer, anteriormente puesta de manifiesto ante él.

c) El resultado consistente en menoscabo de la integridad mental de la querellante, debidamente constatado por los informes médicos obrantes en las actuaciones.

d) La necesidad objetiva de tratamiento médico-psiquiátrico dispensado a la lesionada para su curación, más allá de la primera asistencia o de la simple vigilancia o del mero seguimiento facultativo del curso de la lesión, al que igualmente se refirieron los peritos médicos.

e) La relación de causalidad, también pericialmente afirmada, entre la conducta del querellado y ese resultado lesivo padecido por la querellante.

Elementos todos ellos que no aparecen como consecuencia de nuestro examen del material probatorio, actividad que, como ya se dijo, no resultaría en ningún caso propia de este Tribunal de Casación, sino con la lectura de la literalidad de la intangible narración de los hechos probados contenida en la resolución de instancia, en especial cuando en ella se dice que: *«En la actualidad N., recuperada de la depresión sufrida como consecuencia de los hechos expuestos, se encuentra trabajando en Inglaterra con total normalidad, ha remitido por completo el cuadro clínico diagnosticado y no persisten secuelas. El facultativo que ha informado expresamente sobre su sanidad manifiesta además, para el caso de que se consideren probados los hechos, un tiempo de tratamiento de 187 días, mismo tiempo que habría estado impedida para sus ocupaciones habituales. Dicha lesión habría requerido para su curación, primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico posterior (folio 1.403). Sin embargo, la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció N. F.»*

Ante los confusos razonamientos y descripción de la Sentencia recurrida para concluir en la absolución de este ilícito, el texto de la Resolución de la mayoría de este Tribunal se apoya, para desestimar la pretensión condenatoria deducida en el recurso, como delito en relación con esas lesiones, en la falta de constancia de la necesidad de tratamiento médico del resultado, así como en la aplicación del principio de consunción, entendiéndolo que el delito de acoso sexual, objeto de condena, englobaría ya, a causa de su menor entidad, el resultado lesivo en todo caso ocasionado, que no llegaría a constituir el delito invocado.

No puedo compartir semejante pronunciamiento al entender que los términos de la Sentencia de los Jueces *a quibus*, literalmente transcritos, son expresivos, con claridad, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito, incluida la necesidad de tratamiento médico, aun cuando exprese dudas acerca de la duración del mismo, lo que tan sólo podrá tener repercusión en el aspecto indemnizatorio de los resultados de la infracción, que evidentemente también habrían de cuantificarse.

Es evidente que un trastorno diagnosticado, sin duda, como «depresión», que cursa durante meses, ostenta la suficiente entidad para requerir verdadero tratamiento psiquiátrico.

Teniendo ello como consecuencia, en todo caso, la aplicación del principio de consunción, en consonancia, por otra parte, con el reciente acuerdo alcanzado en esta materia en el reciente Pleno no Jurisdiccional de la Sala, de fecha 10 de octubre del presente año, en el sentido de englobar el delito, más leve, de acoso sexual, para el caso de que se considere también cometido, en el de mayor gravedad punitiva que no es otro que el de lesiones, inicialmente sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a tres años.

Y debiendo salir al paso, igualmente, a la afirmación contenida en el voto particular unido a la Resolución recurrida, cuando su autor, a este respecto, sostiene que «... dado que del delito de lesiones, artículo 147.1, no se acusó de forma autónoma, sino como consecuencia del delito de acoso sexual, del que se ha negado su comisión, no es preciso, teniendo en cuenta lo expuesto, debamos pronunciarnos sobre el mismo», pues, como hemos intentado evidenciar, la ausencia típica del acoso no excluye la comisión del delito de lesiones.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SEÑOR D. DIEGO RAMOS GANCEDO

Por el presente expreso mi respetuosa discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala en relación con la desestimación del recurso interpuesto por la acusación particular que imputaba al acusado un delito de lesiones del artículo 147.1 CP. Y ello por las siguientes razones que expongo brevemente.

I.—Considero que en el caso objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, concurren todos los requisitos subjetivos y objetivos que tipifican la figura delictiva del mencionado precepto penal. Así, en la declaración de hechos probados se deja constancia de que la víctima de la conducta del acusado que tanto la sentencia de instancia como la de esta Sala de casación califican como delito de acoso sexual, sufrió una depresión psíquica «como consecuencia de los hechos expuestos» y que a la fecha de la sentencia «ha remitido por completo el cuadro clínico diagnosticado...» que la propia resolución especifica en la resultancia fáctica en los siguientes términos: «a finales de septiembre de 2000, la querellante, cuyo deterioro era notoriamente perceptible, no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas, desaparece de Ponferrada, se traslada a Madrid y acude al Hospital Clínico de San Carlos, siendo atendida de urgencias el 25 de septiembre de 2000, por la psiquiatra doña Rosa María Molla Molto, que la diagnosticó trastorno adaptativo con estado de ansiedad en relación con un conflicto en medio laboral, recomendando la baja laboral. El 27 de septiembre, 5 y 8 de octubre y 24 de noviembre de 2000, la querellante acude a la consulta del psiquiatra de Ponferrada D. A. H. Casanova, quien la diagnosticó trastorno adaptativo mixto, expresando que la paciente no es un tipo de persona fabuladora. De igual modo desde el 12 de febrero de 2001 y en múltiples ocasiones posteriores acude al psicólogo J. A., quien también le aconseja la baja laboral que se hace oficialmente efectiva en fecha 22 de septiembre de 2000, ello conlleva la reducción de sus emolumentos, lo que en situaciones análogas no se había hecho con otro Concejal del mismo grupo».

De este modo, surge con toda evidencia el resultado lesivo y la objetivación de la necesidad de tratamiento médico para su curación, elementos requeridos por el tipo; así como, sin duda, la relación de causalidad necesaria entre el resultado típico y

la acción del acusado que genera dicho resultado. Y, en lo que atañe al elemento subjetivo, ninguna duda me cabe de que, asimismo, concurre el dolo requerido, al menos en su modalidad eventual, máxime cuando en el propio *factum* se hace constar «el deterioro notoriamente perceptible» de la víctima, quien «no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas...» acude en busca de ayuda a los psiquiatras y psicólogos que se citan en el relato histórico.

II.—Por otra parte, no puedo compartir las razones en virtud de las cuales el TSJ no considera producido el delito de lesiones. La Sala de instancia alude a la «duda jurídica» que le embarga que fundamenta el pronunciamiento absolutorio, señalando que «pese a los documentados informes periciales cuya credibilidad está fuera de discusión y que constituyen la base de este proceso y de su sentencia, seguimos pensando, como ya se ha apuntado en la parte final de la declaración de los hechos probados que ahora matizamos, que en algunos particulares del alta de sanidad y de los diagnósticos médicos, existen elementos complejos de indeterminación en el plano jurídico que nos hace dudar sobre el cumplimiento riguroso de los elementos del tipo». Pero lo cierto es que en esa final declaración de hechos probados, lo único que figura es que «... la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado, y existen discrepancias no esenciales en el diagnóstico de la enfermedad que padeció N. F.».

De esta declaración fáctica aparece nítidamente que N. sufrió una enfermedad, de la que fue tratada por los especialistas que se mencionan en otro lugar del *factum*, y que las discrepancias en el diagnóstico de la lesión sufrida son accesorias, de menor entidad, «no esenciales». Y, desde luego, resulta irrelevante para la consumación del tipo que el tratamiento médico haya sido más o menos prolongado y que no se haya determinado exactamente el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones; cuestiones éstas que únicamente afectarían al *quantum* de las responsabilidades civiles, pero no a la estructura del tipo penal. A este respecto me parece oportuno insistir en que la sentencia declara en distintos pasajes la realidad de la enfermedad: depresión, trastorno adaptativo con estado de ansiedad..., «ha remitido el cuadro clínico diagnosticado...» por los especialistas que efectuaron el diagnóstico. Igualmente se habla en varias ocasiones de la existencia de tratamiento, aunque no se haya determinado «la duración del tratamiento», pero los jueces *a quibus* expresan que «Tenemos claro que la querellante sufrió angustia y depresión y que ha habido una adecuada asistencia facultativa...», lo que permite dar por sentado la existencia del tratamiento médico que, efectivamente, recibió N. para que remitiera «el cuadro clínico diagnosticado». Es más, cabe subrayar que lo que el tipo penal del artículo 147 exige es que la lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de otro requiera objetivamente tratamiento médico o quirúrgico. Es decir, el tipo no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión, considerada objetivamente, requiera este tratamiento, pues, si la víctima, tras la primera asistencia de urgencia en el Hospital Clínico de San Carlos hubiera preferido automedicarse, curarse por sí misma o ponerse en manos de persona carente de titulación, ello no puede implicar que la lesión no hubiera requerido, objetivamente considerada, tratamiento médico. De lo contrario (véase STS de 1 de julio de 1992) quedaría en manos de la víctima la consideración del hecho como delito o como simple falta. Criterio éste que, entre otras, se plasma en la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 cuando declara que al analizar el delito de lesiones, la doctrina de la Sala parte de que el actual artículo 147.1 CP ha añadido la palabra «objetivamente» al nuevo texto en relación a la definición que antes ofrecía el artículo 420.1 CP de 1973, sin que, de hecho, ello suponga un tratamiento distinto, porque esa objetividad ya venía siendo exigida por la jurisprudencia, y, a tal efecto, ha declarado que esa necesidad de tratamiento médico o quirúrgico ha de obedecer a razones derivadas de la naturaleza y característi-

cas de la propia lesión puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Si aplicando tales criterios médicos al caso según sus particularidades concretas, se hace necesario el tratamiento médico o quirúrgico posterior a los primeros cuidados facultativos, nos encontraremos ante el delito de lesiones y no ante la falta. Y ello prescindiendo de lo que realmente haya ocurrido en el caso concreto, pues puede suceder que el lesionado prefiera curarse por sí mismo o automedicarse, de tal modo que aunque se hubieran producido daños en la integridad corporal, o en la salud física o mental necesitados de ese tratamiento médico o quirúrgico éste, de hecho, no se hubiera producido. Pero tal circunstancia no impediría calificar lo ocurrido como delito. Del mismo modo que puede suceder a la inversa, cuando una lesión que no lo requiere por sus concretas características y de conformidad con la *lex artis*, sin embargo, por las razones que fueren, queda sometida a tratamiento médico o quirúrgico (véase, entre otras, STS de 11 de abril de 2000, entre las más recientes. También, las de 19 de noviembre de 1997 y 30 de abril de 1998).

Pues bien, en el caso examinado, no sólo es que, como se ha dicho, ese tratamiento médico se ha realizado realmente, sino que, aunque ello no hubiera sido así, es claro y meridiano que la lesión psíquica sufrida por la víctima según «los documentados informes periciales cuya credibilidad está fuera de discusión» (F. J. Tercero de la sentencia), diagnosticada por dos especialistas en psiquiatría y un psicólogo (el *factum* señala que además de la asistencia a urgencias donde fue atendida y diagnosticada por la doctora psiquiatra Molla Moltó, fue atendida el 27 de septiembre; 5 y 8 de octubre y 24 de noviembre de 2000 por el también psiquiatra doctor Hurtado Casanova, y «en múltiples ocasiones posteriores desde el 12 de febrero de 2001 por el psicólogo Don J. A., esa lesión, repito, considerada en su propia objetividad, es de las que, según la experiencia científica acuñada en similares diagnósticos, requiere necesariamente una atención médica de naturaleza psiquiátrica y psicológica más o menos prolongada en el tiempo para la curación del paciente.

III.—Es cierto que la reunión plenaria de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrada el 10 de octubre de 2003 adoptó el acuerdo que se menciona en el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia de la que discrepo.

Pero, en mi opinión, dicho acuerdo no es aplicable al caso presente.

Es claro que en el supuesto de autos no estamos ante ninguna agresión sexual consumada, ni siquiera intentada, agresión que, por la misma gravedad que tal acción entraña en la dignidad y autorrespeto de la mujer como ser humano en su «yo» más íntimo, que se ve afrentado y pisoteado por el sujeto activo para conseguir satisfacer sus apetitos lascivos utilizando, además, violencia o intimidación; es claro, entiendo, que esa agresión sexual en cuanto tiene de genuina humillación y desprecio a la víctima en una faceta tan sensible y relevante de su intimidad, tiene que ocasionar, por regla, un daño a la salud psíquica de la víctima, como consecuencia «natural» de una acción tan brutal y degradante, y que esa derivada lesión psíquica ha de incluirse ordinariamente en la antijuridicidad de la acción delictiva que la provoca por ser consustancial a ésta, resultando absorbida por el ilícito principal, o consumida en éste. Pero en el caso del acoso sexual, la gravedad de la acción, es decir, la antijuridicidad de la conducta en cuanto merecedora del reproche a que se hace acreedor el agente, es manifiestamente de menor entidad que la de una violación, sobre todo en el tipo básico y que, también por regla, el daño psíquico que en su caso pueda ocasionar no resiste la comparación con el que lleva aparejada una agresión sexual, por lo que, en definitiva, considero que en caso de mera solicitud de favores sexuales una lesión anímica de importancia no resulta consecuencia «natural» de la acción típica, como sí acaece en la violación, de suerte que cuando efectivamente se produce tal lesión y ésta reviste cierta entidad, surge de modo autónomo el delito de lesiones junto al de acoso sexual.

Esta conclusión viene reforzada por el argumento que sostiene el acuerdo del Pleno de Sala ya citado, según el cual, las penas establecidas para los delitos de agresión sexual que, en el caso de violación, se extienden hasta los doce años de prisión con un mínimo de seis, son lo suficientemente graves y aflictivas como para estimar que el legislador ha previsto, a la hora de señalarlas, el daño psíquico que por lo común que esas conductas ocasionan, por lo que, desde esta perspectiva penológica, el castigo del culpable abarcaría tanto el hecho mismo del atentado violento a la libertad sexual como las consecuencias lesivas en la salud mental de la víctima.

Sin embargo, a mi juicio, esta argumentación no puede predicarse del delito del artículo 184.1 CP que sanciona el hecho con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. La diferencia penológica es tan clamorosa que no se necesitan mayores explicaciones para concluir que, también desde este punto de vista, el desvalor de la acción que ataca y violenta dos distintos valores jurídicamente tutelados por diferentes normas sustantivas, en mi opinión, impide que la global conducta sea absorbida, aplicando el principio de consunción, precisamente por el tipo penal al que la ley sanciona con pena más liviana. Por el contrario, a mi entender, estaríamos en presencia de un típico supuesto de concurso delictual, en el que un solo hecho constituye dos infracciones autónomas que deben ser sancionadas conforme a las disposiciones (art. 77 CP) que regulan tal figura jurídica.

IV.—En razón de lo que hasta aquí se expone, entiendo que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de acoso sexual del artículo 184.1 CP, así como de un delito de lesiones del artículo 147.1 del mismo Código, lo que configura un concurso delictivo ideal a sancionar conforme a lo dispuesto en el artículo 77, procediendo imponer la pena de multa acordada en la sentencia de esta Sala y un año de prisión por el delito de lesiones.

ARTÍCULO 148.1

Una «pequeña navaja de llavero», sin más especificaciones, puede servir para cometer un delito de lesiones, pero carece de la diafanidad precisa para el plus punitivo, que exige el subtipo agravado de uso de armas

Primero.—El Ministerio Fiscal formaliza un primer motivo de casación al amparo del artículo 849.1 LECrim. por falta de aplicación de los artículos 147.1 y 148.1 CP y consiguiente aplicación indebida de los artículos 617 y 131.2 del mismo Texto. Los hechos probados son calificados por la Audiencia como constitutivos de una falta de lesiones (art. 617 mencionado), no obstante razona que la misma está prescrita (art. 131.2 CP) por haber estado paralizado el procedimiento por tiempo superior a los seis meses. Por ello, el Fiscal plantea un segundo motivo subsidiario del primero y para el caso de su no estimación, también por ordinaria infracción de ley, en este caso aplicación indebida del artículo 131.2 CP.

El motivo primero debe ser parcialmente estimado.

El hecho probado afirma que el acusado «esgrimió una pequeña navaja de llavero con la que pinchó en la espalda a B., causándole una herida incisa de dos centímetros, no penetrante, en región lumbar. Precizando tan sólo de una primera asistencia médica, en la que se le suturó la herida, curando a los ocho días. Quedándole como secuela una cicatriz de dos centímetros». El argumento de la Audiencia consiste en sostener que la sutura descrita no integra un acto médico distinto a la primera asistencia, sino el objeto de ésta, razón por la que el hecho es declarado falta, según la interpretación dada por el Tribunal de instancia al artículo 147.1 CP. Sin embargo, dicho argumento no

puede ser aceptado en la medida que, como ya ha dicho la Jurisprudencia, el empleo del adverbio de cantidad «además» por el Legislador no significa necesariamente la secuencia cronológica que encierra el razonamiento expuesto por la Audiencia, es decir, que debe entenderse como tratamiento toda actividad posterior a la primera asistencia. No es así. El sentido del adverbio se refiere a algo que se añade o se acompaña a lo mencionado antes, es decir, «a más de esto o aquello», «con demasía o exceso», y por ello la letra del precepto no excluye la simultaneidad de la primera asistencia facultativa con el tratamiento médico o quirúrgico, sino todo lo contrario. En cualquier caso el tratamiento quirúrgico dispensado en la primera asistencia facultativa determina la existencia del delito de lesiones, o lo que es lo mismo la necesidad de dispensar a la víctima tratamiento médico o quirúrgico impide que el hecho pueda ser calificado como falta. En el *factum* se afirma que el perjudicado precisó del tratamiento consistente en la suturación de la herida. Pues bien, también según la Jurisprudencia de la Sala Segunda, tal procedimiento quirúrgico de costura o sutura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de una herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada tal como estaba antes de la lesión, determina la existencia de tratamiento quirúrgico, lo que tiene como efecto impedir la inclusión del hecho en tal caso en el artículo de las faltas, debiendo comprenderse en dicho concepto normativo tanto las intervenciones de cirugía mayor como menor cuya finalidad sea la reparación del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión.

Sin embargo, no es aplicable el subtipo agravado previsto en el artículo 148.1 CP, según el Ministerio Fiscal por la utilización por parte del acusado de un instrumento peligroso para la integridad física de la víctima. En primer lugar, por cuanto en el *factum* no existe descripción suficiente del medio empleado que permita fijar su grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado: se afirma que «esgrimió una pequeña navaja de llavero», sin que consten mayores especificaciones. En segundo lugar, porque en todo caso tampoco basta la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 148 CP para aplicar sin más el subtipo agravado en relación con el tipo básico precedente, pues el primero es dependiente de éste, estando ello en función del resultado causado o el riesgo padecido, como señala el primer párrafo del artículo 148, mediante una proposición que establece ciertamente un margen de inseguridad jurídica (como sucedía con el derogado artículo 420.2), pues está redactado en términos facultativos, y además el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena de dos a cinco años establecida en el propio precepto. En cualquier caso, lo cierto es que la razón de la agravación no puede ser otra que el *especial plus de riesgo* que conlleva en el caso de su número primero la utilización de las armas o instrumentos, plus que en el presente supuesto no se desprende con la diáfana precisión del propio *factum*.

(Sentencia de 17 de diciembre de 2003)

ARTÍCULO 152

No existen lesiones por imprudencia profesional en el caso del policía al que se le dispara el arma cuando es golpeado por el coche conducido por personas que iba a identificar: llevar el arma en la mano y sin seguro no es conducta desproporcionada o imprudente

Segundo.—Inatacables pues los hechos que se describen en el relato histórico de la sentencia, el motivo de casación tiene forzosamente que perecer. Declara la

Audiencia como probado que «Sobre las 8.30 horas del día 28 de octubre de 1997, Manuel V. P., policía nacional con carnet profesional núm. ..., se dirigió a la zona denominada Arroyo de la Milagrosa, en un vehículo policial conducido por su compañero, el policía nacional con carnet profesional núm. ..., cumpliendo instrucciones de la Sala del 091 en el sentido de que identificaran a los ocupantes de un vehículo Seat Ibiza de color verde metalizado. Cuando llegaron al lugar indicado, localizaron el referido vehículo, Seat Ibiza matrícula MA-...-CC, y Manuel V., se apeó del coche policial con el fin de identificar a sus ocupantes. En ese momento, su compañero le avisó diciéndole: ten cuidado y pudo observar que dicho turismo estaba en marcha y se dirigía velozmente hacia él, por lo que desenfundó su arma reglamentaria, ya montada y sin seguro, sosteniéndola con las dos manos y acto seguido tuvo que apartarse bruscamente para salvar su vida ya que arremetió contra él, siendo no obstante apisionado entre los dos vehículos, de tal manera que al recibir el golpe se le disparó la pistola, sufriendo lesiones en la mano izquierda. El disparo entró por la ventana trasera derecha del Seat Ibiza y tras fracturar el cristal de dicha ventana fue a impactar contra Javier B. B., que ocupaba el asiento del copiloto. A continuación el conductor del vehículo continuó su marcha en zig-zag y el policía actuante efectuó cuatro disparos en dirección a las ruedas con el fin de evitar su huida, sin conseguirlo. Sobre las 11.15 horas, los agentes de la policía local con carnets profesionales ..., y ..., hallaron a Javier B. B., en la Avda. Barceló de Málaga, tumbado en el suelo debido a la herida de arma de fuego que había sufrido y les manifestó que momentos antes varios individuos le habían intentado robar y entre todos le habían golpeado, trasladándolo hasta el Hospital Clínico donde quedó ingresado. Dicha herida presentaba orificio de entrada en el sexto cuerpo vertebral dorsal penetraba en hemitórax izquierdo, fractura de la 4.ª costilla izquierda, atravesaba el pulmón en sentido ascendente y salía de la cavidad torácica por la cúpula, quedando alojada en el brazo izquierdo, cerca de la axila, sin orificio de salida. Tardó en curar de sus lesiones 150 días, de los que nueve días estuvo hospitalizado y 90 días, incapacitado para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: Resección de 8,5 cm de parénquima pulmonar, cicatriz lineal en hemitórax y costado izquierdo, cicatrices redondeadas de 1,5 cm en línea axilar y cicatriz redondeada en región dorsal a la altura del 6.º cuerpo vertebral con despigmentación ovalada de 2 cm en lado izquierdo».

Tercero.—Numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala, SSTS de 18 de septiembre de 2001 y 15 de marzo de 2002, entre las más recientes, han reiterado que la comisión de un delito de imprudencia supone, en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable si fuese previsto, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado y, por último, la producción de un resultado dañoso no ya de cualquiera, de acuerdo con el artículo 12 CP 1995, sino el propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa derivado de la descuidada conducta en una adecuada relación de causalidad. La estructura dogmática del delito de imprudencia es, pues, la siguiente:

A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa.

B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado, esto es, que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él pero no el hecho resultante de la conducta.

En el supuesto objeto de nuestro análisis la declaración probatoria evidencia que la acción que causalmente produjo las lesiones no fue una acción consciente y voluntariamente ejecutada por el acusado, y la expresión «acto seguido tuvo que apartarse bruscamente para salvar su vida ya que arremetió contra él, siendo no obstante apasionado entre los dos vehículos, de tal manera que al recibir el golpe se le disparó la pistola» exime de otros comentarios, máxime cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia se afirma con valor fáctico que el disparo causante del resultado lesivo «se produjo de forma accidental debido a la presión que sufrió al recibir el golpe del vehículo que le aprisionó contra el coche policial...». En realidad, cabe señalar que no sólo no ha existido una acción voluntaria generadora de una situación de riesgo, sino que ni siquiera ha existido una «acción», en el sentido jurídico del término, ya que el disparo efectuado sin consciencia de lo que se hace y sin voluntad de hacerlo no es definible como una conducta humana, sino como un «hecho», de suerte que técnicamente no puede hablarse de acción (u omisión) cuando ésta consista en un movimiento mecánico realizado de modo inconsciente y, por tanto, sin ninguna intención de efectuarlo, o, dicho de otro modo, únicamente existirá «acción» humana cuando la persona que la realiza sabe lo que hace y quiere hacerlo, aun cuando sus capacidades cognoscitivas y volitivas sean mínimas.

Por otra parte, el llevar la pistola en la mano, montada y sin seguro es, realmente, una acción, por voluntaria y consciente, pero ello no constituye, ni siquiera como antecedente causal, una infracción grave ni leve de la norma de cuidado, puesto que en el escenario en que se desarrollan los sucesos, tal conducta debe reputarse apropiada a las circunstancias de grave riesgo que se cernía sobre el funcionario policial actuante, quien, al actuar, en todo caso, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el ordenamiento, no ha producido un riesgo jurídicamente desaprobado cuyos resultados, mediatos o inmediatos deban serle reprochados siempre que, como aquí acontece, ese riesgo sea consecuencia necesaria de una actuación racional y proporcional a las circunstancias concurrentes.

En definitiva, no concurren en el caso los elementos que integran el tipo penal que se imputaba al acusado, por lo que la resolución absolutoria resulta legalmente correcta y ninguna infracción de ley se ha cometido.

(Sentencia de 6 de marzo de 2003)

ARTÍCULO 153

Evolución legislativa y características de cada uno de los tipos penales que se han sucedido en el CP: requisitos: bien jurídico protegido: delito con sustantividad propia, ajeno a los actos de violencia que puedan haberse ejercitado contra la víctima del delito; existencia: causar lesiones a hijo de cuatro años de persona con la que convive, habiendo sido condenado el acusado previamente por delito de lesiones a su esposa y en juicio de faltas por lesiones a sus hijos; inexistencia: falta de habitualidad en lesiones que causa la madre a hijo, existiendo sólo la condena por cómplice en las lesiones a su hijo en la misma causa que se aprecia el maltrato familiar. Cómplice: existencia: posición de garante de madre en las lesiones que persona con la que convive causa a hijo de aquella

Cuarto.—El tercer motivo, por idéntico cauce casacional que el anterior, y con la propia incorrección ya señalada, que subsanaremos en esta instancia, denuncia la infracción del artículo 153 del Código penal que describe y sanciona la violencia física habitual en el ámbito doméstico. Por la modificación operada por LO 14/1999, de 9 junio, también se tipifica la violencia psíquica.

Antes de dar respuesta casacional al motivo, conviene realizar algunos apuntes jurisprudenciales sobre este delito, de nuevo cuño, siguiendo a la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de enero de 2002.

La sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2000, realiza un detenido estudio de las características y funciones del artículo 153 del Código penal, que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. Su doctrina debe complementarse por otras resoluciones de esta Sala como las SSTs de 29 de abril de 1999, 19 de mayo y 26 de junio de 2000 ó de 5 de marzo de 2001.

Comienza la referida sentencia de 24 de junio de 2000, recordando que el antecedente del actual artículo 153, fue el artículo 425 del Código penal de 1973 introducido por LO 3/1989, de 21 de junio que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.

La STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores del tipo penal de maltrato familiar habitual definido en el artículo 425 del Código penal de 1973, eran los siguientes:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b) Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin, y
- d) Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del artículo 425 del anterior Código penal con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

- a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.
- b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.
- c) Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona «ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo.
- d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el artículo 94 del Código penal, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del artículo 94 dentro del Capítulo III del Título III «de las penas», como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

La LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas tanto en el Código penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 estas reformas son:

a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.

c) Se proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este resumen legislativo, puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad artículo 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes artículo 15 y en el derecho a la seguridad artículo 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando

afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

A esta doctrina sentada por la sentencia de 24 de junio de 2000, debemos añadir lo expresado en la sentencia de 26 de junio de 2000, cuando destaca que esta norma penal (art. 153 del CP/1995), ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno.

Y asimismo lo expresado por la Sentencia de 5 de marzo de 2001, que declara que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP/1995, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mena-gua del principio *ne bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del artículo 67 CP.

De la doctrina jurisprudencial expuestas, queda plenamente constatado que no impide la aplicación del tipo la prescripción de algún hecho delictivo, con tal que su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad, y que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido.

Aplicando las consideraciones anteriores al caso sometido a nuestra atención casacional, se describe en el relato factual de la sentencia de instancia que ambos acusados, José Antonio P. F. y María Tomasa E. M., no prestaban la atención debida a sus hijos, los que se encontraban faltos de cuidado. Que José Antonio P. F. infligió las contundentes y despiadadas lesiones al menor David, de cuatro años de edad, de una forma que podemos calificar como espeluznante, y que basta con ver las fotografías unidas a los autos para su justificar los adjetivos. Que dichas lesiones tuvieron lugar en el ámbito doméstico y que previamente el acusado José Antonio P. F. había sido condenado en juicio por delito de lesiones a su esposa y a sus hijos, en juicio de faltas, ambos descritos en el *factum*.

Con respecto a José Antonio P. F., se cumplen todos los requisitos, pero no con relación a la acusada recurrente María Tomasa E. M., madre del menor, en tanto que no se ha descrito en la relación de hechos probados la habitualidad que se exige como elemento del tipo, sino exclusivamente los acontecimientos que son calificados como constitutivos de un solo delito de lesiones (a pesar de que pudo tomarse en cuenta en la petición fiscal la pluralidad delictiva, a título concursal, pero no se hizo así), castigándose en concepto de autor, en el caso de José Antonio P. F., y de cómplice, en el supuesto de María Tomasa E. M. No hay, pues, referencia al requisito de habitualidad en el comportamiento de ella respecto de sus hijos, ya que no hay más que

un solo delito, por lo que el motivo se estima a favor de María Tomasa E. M., debiéndose dictar en consecuencia segunda sentencia, absolviéndola del delito de violencia doméstica habitual.

(Sentencia de 11 de marzo de 2003)

ARTÍCULO 163

Detenciones ilegales concurso con robo: criterios para diferenciar los casos que suponen concurso de leyes de los que suponen concurso de delitos

Tercero.—El segundo motivo, por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, censura la aplicación indebida del artículo 165 del Código penal, que tipifica, como subtipo agravado, la detención ilegal de menores de edad, como era el caso.

El motivo plantea la cuestión, siempre controvertida, sobre el concurso delictivo entre el robo con intimidación y la privación de movimientos de su víctima, que ha tenido en la jurisprudencia dos elementos de definición, principalmente: la duración de la privación de libertad de deambulación, en combinación con las concretas circunstancias del acto depredatorio contra la propiedad, analizado con parámetros de necesidad o de desbordamiento, y el mantenimiento en dicha situación después de abandonar el lugar, los autores del atraco, a sus víctimas en estado de inmovilización.

Podemos leer en nuestras recientes Sentencias de 9 de octubre de 2002 y de 23 de enero de 2003, lo siguiente:

«Existe una doctrina muy abundante en esta sala en relación a estos casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas (art. 242 CP), aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito del artículo 163.

Podemos distinguir varios supuestos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8 CP o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) según los casos.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes:

1.º El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del núm. 3.º del artículo 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo el mencionado robo consume en su seno aquel otro más simple la detención ilegal.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su reten-

ción mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2.º Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al artículo 73 CP. Véase en este sentido la Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2001, que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, y esta circunstancia se consideró no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3.º Por último, y esto es lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del artículo 77 CP. Así se viene pronunciando esta sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las Sentencias de este Tribunal de 3 de marzo de 1999, 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002. Las tres contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos».

En definitiva, la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SSTS de 7 de abril de 1994, 23 de mayo de 1996, 6 de julio y 11 de septiembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 13 de marzo de 2000 y 9 de febrero de 2001).

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso de autos, una duración cercana a los quince o veinte minutos, debe considerarse necesaria para el aludido despojo pa-

trimonial, no excesivamente prolongada, en los términos analizados, y por consiguiente, quedar tal conducta absorbida en el acto depredatorio por el que han sido condenados. Por lo demás, la Sentencia de esta Sala, de 13 de noviembre de 2002, mantiene la doctrina del concurso delictivo (real), cuando «hallándose ya los denunciados en la posesión de lo sustraído, es decir, después de ejecutado el delito contra la propiedad, realizaron otra acción preordenada exclusivamente a cancelar la libertad deambulatoria de la víctima». En el caso sometido a nuestra consideración casacional, la privación de libertad es consecuencia inmediata del robo, y se produce durante el breve tiempo de duración que se relata en el *factum* (quince o veinte minutos), conociendo que tal privación de libertad necesariamente desaparecería después de huir, al ser descubiertos por los padres del menor inmovilizado.

En consecuencia, el motivo tiene que ser estimado, en este particular, dictándose segunda sentencia.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

Supuestos en que la detención ilegal es absorbida por robo y aquellos en que constituyen delitos autónomos: hay tantos delitos de detención ilegal como personas detenidas

Primero.-1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., se denuncia la infracción del artículo 163.1 del CP, por aplicación indebida.

Se aduce que los delitos de detención ilegal quedaron subsumidos en el delito de robo con intimidación, alegando que «no se produjo real privación de la capacidad de autodeterminación de las víctimas, ni ésta duró más tiempo del estrictamente necesario para efectuar el despojo». Se alega también que no hubo ánimo de privar de libertad a nadie, aunque fue necesaria «para poder llevar a cabo el robo y asegurarse la huida».

Es doctrina reiterada y consolidada de esta Sala de la que son exponente las sentencias de 23 de mayo de 1996, 6 de julio de 1998, 11 de septiembre de 1998 y 27 de diciembre de 1999 que el delito de robo solamente absorbe al delito de detención ilegal cuando la privación o restricción de libertad es la realizada necesaria y momentáneamente para la consumación del acto depredatorio dentro de la normal dinámica comisiva del robo violento y siempre que se limite al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo, según el *modus operandi* en cada caso, afirmándose por el contrario la autonomía de la detención ilegal cuando el tiempo de la supresión dolosa de la libertad excede del que fue preciso para efectuar la sustracción (en el mismo sentido SSTs 13 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 22 de mayo de 2001, 23 de mayo de 2001 y 25 de junio de 2002, esta última citada oportunamente por el Ministerio Fiscal como compendio de la jurisprudencia de esta Sala).

Tampoco procede la absorción, obviamente, cuando la privación de libertad se produce después de consumado el robo porque entonces, como precisara la reciente sentencia de 13 de noviembre de 2002, no se da ya ninguna superposición de planos de actuación concurrentes en un mismo lapso de tiempo, sino una secuencia de comportamientos en los que la detención ilegal es plenamente autónoma, ajena por completo al robo.

3. A la luz de esa jurisprudencia la queja de este primer motivo no puede prosperar. La subsunción de los hechos que realiza la combatida en seis delitos de detención ilegal y un delito de robo, es correcta y ajustada a la doctrina jurisprudencial expuesta. El concurso de leyes o de normas, como se recuerda en el fundamento primero, sólo se aplica a aquellos supuestos en que la privación de libertad del sujeto

pasivo es de mínima duración temporal aparte de tener lugar durante el episodio central del apoderamiento y en el presente caso seis personas fueron atadas, inmovilizadas, amordazadas y amenazadas con una carabina con los cañones recortados, en una secuencia temporal que, según el *factum*, se inicia a las 18.40 horas y termina aproximadamente sobre las 21.05 horas, pues fue unos diez minutos después, sobre las 21.15 horas, cuando uno de los detenidos «pudo soltarse y liberar al resto de sus compañeros», pues el acusado y su acompañante no identificado «los dejaron atados y con la manifiesta intención de que permanecieran en tal situación al menos una hora, después de haberse ido».

La calificación de seis delitos de detención ilegal, tantos como los sujetos pasivos, es inobjetable por tratarse de bienes individuales y personalísimos (SSTS de 25 de octubre de 1986, 18 de noviembre de 1986 y 15 de octubre de 1997). Evidentemente no fueron absorbidos por el delito de robo.

El motivo ha de ser desestimado.

Cuestión distinta es si la relación entre unos y otros constituye concurso real de delitos como sostiene la combatida o concurso medial como estima el recurrente. Es el objeto del motivo siguiente.

Segundo.-1. Se formula el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., por infracción del artículo 77 del CP, por indebida inaplicación. Se interpone con carácter subsidiario del anterior, alegando que la relación del delito de detención ilegal con el de robo sería la de concurso medial, conforme al artículo 77, y la pena a imponer la de cinco años por ser más favorable que la punición por separado.

2. La determinación de si un delito es medio necesario para cometer otro no debe hacerse en abstracto, sino en concreto y en función específica del fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos.

Nos encontramos en este caso, como en los contemplados, entre muchos, por las sentencias de 27 de julio de 1998 y 22 de septiembre de 2001, ante un caso más en el que hay que aplicar el concurso medial, como se postula en el motivo y, apoya el Ministerio Fiscal. El concurso medial, conocido también como teleológico o instrumental, como es sabido, es una modalidad del concurso real pluralidad de acciones y de delitos pero sancionada como si se tratara de un concurso ideal unidad de acción y pluralidad de delitos. La pluralidad de acciones que concurre en el concurso medial equivale a una sola en el propósito de los autores.

3. El delito de detención ilegal es de ejecución instantánea y se consume aun en los supuestos en que la víctima consiga evadirse poco después de ser privada de libertad. Es de morfología dual, pues se comete tanto encerrando como deteniendo al sujeto pasivo (STS de 5 de marzo de 2001).

El elemento subjetivo del delito del artículo 163.1 CP no requiere que el sujeto actúe con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de la libertad ambulatoria, por lo que ningún propósito específico se requiere para colmar el tipo subjetivo (en este sentido SS 16 diciembre de 1997 y 15 de diciembre de 1998).

Al desaparecer el delito complejo de robo con rehenes del artículo 501.4.º del CP 1973, que tantos problemas dogmáticos y prácticos originó, la calificación correcta, como se dijo, es la realizada por la Sala *a quo*: seis delitos de detención ilegal porque seis fueron las personas efectivamente privadas de libertad.

El concurso medial, en consecuencia, lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los seis delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo,

como modalidad múltiple de un único concurso medial, como se sostiene en el recurso y apunta el Ministerio Fiscal.

4. La pena a imponer por cada delito de detención ilegal en el mínimo de su mitad superior, por concurrir una agravante, es la de cinco años, lo que asciende a treinta años, por tratarse de seis delitos, que son los impuestos por el Tribunal sentenciador. La pena del delito de robo con armas es de tres años y seis meses y el mínimo de ésta en su mitad superior, por concurrir una agravante, es la de cuatro años y tres meses (el Tribunal sentenciador le impuso cinco). Sumados los cuatro años y tres meses a los treinta de las detenciones ilegales ascienden a treinta y cuatro años y tres meses de prisión.

Si se aplica la punición que corresponde al concurso, conforme al artículo 77 CP, la pena es la de treinta y tres años, que es la mitad superior de la mitad superior, como gráficamente ha dicho esta Sala en muchas ocasiones, de la que corresponde al delito más grave, que es el de detención ilegal, con la agravante de disfraz, que es la de cinco años, aplicándose en ejecución de sentencia el máximo del cumplimiento que corresponda conforme al artículo 76 del CP.

Es la consecuencia más favorable que puede obtenerse en lo punitivo, de apreciar como se postula en el motivo, el concurso medial y no el concurso real, como estimó la sentencia impugnada.

El motivo en los términos expuestos ha de ser estimado.

(Sentencia de 28 de marzo de 2003)

ARTÍCULO 167

Detención ilegal realizada por policía al detener durante cerca de ocho horas a una compradora de droga que, por su escasa cantidad, sólo podía ser dedicada al autoconsumo

Primero.—El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de la AP de Vizcaya que condenó al acusado, Policía Municipal de Bilbao, como autor responsable de un delito de detención ilegal de los artículos 167 en relación con el 163.2 CP a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por un período de ocho años.

El primer motivo de casación se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim., por indebida aplicación de los citados preceptos del Código penal en los que el Tribunal de instancia incardina la conducta del acusado que se describe en la declaración de hechos probados. Como argumento sustentador del reproche, el recurrente sostiene que el acusado ordenó la detención de Alicia porque existía la posibilidad de que hubiera adquirido la droga con la finalidad de traficar con ella o cederla a un tercero, y que aunque no tenía la certeza de que aquella hubiese cometido un delito, no cabía destacar tal «posibilidad», por lo que la detención resultaba legalmente procedente ante una situación dudosa que, por ello, justificaba la medida adoptada «al amparo del artículo 492.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El motivo no puede ser acogido.

En el caso enjuiciado el acusado se hallaba investigando un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, realizando un seguimiento a Juan Antonio como sospechoso de dicha ilícita actividad, cuando presenció que éste, a las 11.05 horas entregó a Alicia, a cambio de dos mil pesetas, dos bolsitas de plástico conteniendo 0,200 g de heroína, ordenando entonces a otro funcionario policial la identificación, ocupación de sustancias y traslado a Comisaría de Alicia, para ser cacheada, lo que así hizo el

agente núm. NUM002, Gonzalo, permaneciendo ésta en las dependencias de la Policía Municipal de Garellano desde las 13.00 h del día 24 de febrero de 1998, hasta las 19.15 h de ese mismo día. Ha quedado probado –según se expone en la fundamentación jurídica de la sentencia y consta en las actuaciones– que la detención se produjo por orden del acusado, inmediatamente después de la interceptación e incautación de las papelinas adquiridas, y que ya en Jefatura de Policía se formalizó dicha detención con información del motivo (tráfico de drogas) y de los derechos a la detenida según consta en el acta obrante en el atestado, de lo que ya se le había informado verbalmente en el momento de ser interceptada y detenida en la vía pública.

El precepto invocado por el recurrente para justificar su decisión de detener a la compradora, subraya la exigencia de la existencia de «motivos racionalmente bastantes» de que el detenido está participando en un hecho delictivo, de donde se infiere que la mera «posibilidad» de tal supuesto, sin indicio solvente o sospecha fundada que avale esa simple hipótesis, no constituye el presupuesto legal establecido por la norma, cuando dichos indicios o sospechas fundadas han de estar fundamentados necesariamente en hechos concretos y contrastados y no en simples especulaciones subjetivas o en golpes de intuición huérfanos de todo sustento objetivamente verificable que es lo que dotaría de racionalidad a la creencia de la existencia de un delito a que se refiere el precepto.

En nuestro caso, es patente que la acción presenciada por el acusado autorizaba y legitimaba la interceptación de la compradora y la incautación del producto para su identificación, como ulterior medio de prueba respecto a la actividad desarrollada por el vendedor, objeto de la investigación policial, pero no existía presupuesto legal alguno que justificara la privación de la libertad de aquélla, toda vez que lo único que se recoge en el *factum*, es una vulgar operación de compra de droga en tan exigua cantidad de 0,200 g por dos mil pesetas, y que el propio acusado –como destaca la sentencia– calificó como que lo que él observó era «el acto normal de una transacción», y, desde luego, tal hecho, en el escenario y circunstancias concurrentes, en modo alguno permite considerar desde una perspectiva ponderada y racional que la escasa cuantía de la droga adquirida tuviera otro destino que el autoconsumo, como, por otra parte, ha manifestado reiteradamente Alicia, ni que apareciera dato alguno de que Alicia participase en un delito de tráfico de drogas que justificara su detención, máxime cuando en el registro corporal a que se le sometió en Comisaría no se halló droga alguna y, sin embargo, permaneció privada de libertad otras casi cinco horas después de efectuado el cacheo infructuoso.

Resulta altamente significativo que –como destaca la sentencia– el acusado declara en el juicio oral que recibió información de que Alicia podía estar colaborando con el traficante que le vendió la droga, y que esa información se la dio gente del inmueble donde aquél tenía su domicilio. Pero, curiosamente, se trata de un dato de indudable relevancia de haberse podido verificar, y, sin embargo, no se ha aportado prueba alguna de lo alegado, ni, lo que resulta más sorprendente, tampoco aparece en el atestado policial la más mínima alusión a esta cuestión, como también se consigna en la sentencia el hecho de que en el atestado no aparece ninguna referencia respecto de que Alicia pudiera estar involucrada en un delito contra la salud pública. Siendo de señalar, además que la mera y simple posibilidad de tal participación, sin dato o elemento alguno que la hiciera razonablemente plausible, hubiera precisado una investigación en relación a la compradora que hubiera podido proporcionar algún hecho o dato concreto que racionalmente pudiera avalar que aquélla participara en la actividad delictiva, lo que no se llevó a cabo.

En definitiva, el *factum* revela claramente una privación de libertad de cerca de ocho horas de duración carente de justificación legal ante la inexistencia de cualquier supuesto previsto por la ley que autorizara la vulneración de un derecho fundamental

de la persona como es el de la libertad personal y de deambulación, lo que convierte la detención en arbitraria, caprichosa e ilegítima, en suma, configurándose de este modo la acción típica sancionada por la ley.

Segundo.—Por el mismo cauce casacional de la infracción de ley prevista en el artículo 849.1.º LECrim., se alega en el segundo motivo la indebida aplicación del artículo 167 en relación con el 163.2.º CP dado que —señala el recurrente— el tipo penal básico exige que el agente actúe «sin mediar causa por delito» y en el supuesto enjuiciado el acusado estaba investigando la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes por parte de Juan Antonio, en el que era «posible» la participación de Alicia. Así, pues, sostiene, mediando causa por delito, «cualquier detención ilegal por funcionario, en tal presupuesto, sería incardinable no en el artículo 167, sino en el artículo 530 del Código penal...».

El reproche carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

La mera existencia de una investigación policial de la que es objeto una determinada persona no autoriza, sin más, la detención de ésta, y mucho menos la de cualquier otra que sea ajena a tal actuación investigadora. La expresión «sin mediar causa por delito» que figura en la descripción del tipo, debe entenderse como equivalente a practicarse la detención por causa de delito, es decir a la detención practicada en los casos y circunstancias establecidos en el artículo 490 LECrim., y, especialmente, en el epígrafe 4.º de dicho precepto al que nos hemos referido en el anterior fundamento jurídico de esta resolución.

Resulta palmario, pues, que con investigación policial o sin ella, lo que legitima la detención de Juan Antonio son los concretos actos de tráfico de drogas efectuadas por éste, que evidencian racionalmente la realidad de un delito y la participación en el mismo del detenido. En cambio, en relación a Alicia, ni estaba sometida a ninguna clase de investigación judicial o policial (lo que refleja la ausencia de sospechas sobre ella de eventuales actividades delictivas), ni en el curso de la investigación se advierte dato o hecho objetivo alguno que, al margen de una especulación subjetiva huérfana de sustento fáctico, racionalmente fundamenten la implicación de la compradora en la actividad delictiva del traficante, tal y como ha quedado argumentado anteriormente, por lo que la privación de la libertad de aquélla resulta injustificada al carecer de cobertura legal que la legitime.

Tercero.—También al amparo del artículo 849.1.º LECrim. se denuncia infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 530 CP.

El motivo es vicario del anterior, toda vez que parte de la premisa de que la detención de Alicia estuvo legitimada al haber mediado causa por delito, premisa que ha quedado rechazada y aboca a la desestimación de la censura.

Tiene declarado esta Sala que el ámbito típico del delito sancionado en el artículo 530 del Código penal se refiere a supuestos de ilícitas privaciones de libertad cometidas por autoridades o funcionarios, por razón de la inobservancia de las garantías legales y constitucionales que condicionan el modo de practicarse y no de las que delimitan la procedencia de su adopción. En efecto, mientras que la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código penal.

En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de

las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (artículos 17.2 CE y 520 LECrim.), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código penal (véanse SSTs de 11 de julio de 2001 y 10 de marzo de 2002).

Por consiguiente, careciendo *ab initio* la detención de justificación por la ausencia de presupuesto legal que la legitime, la acción escapa del marco típico del artículo 530 para incardinarse cumplidamente en los preceptos aplicados por el Tribunal sentenciador.

(Sentencia de 29 de septiembre de 2003)

ARTÍCULO 173

Delito contra la integridad moral en concurso con detención ilegal y agresión sexual. Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: requisitos; existencia: víctima atada de pies y manos durante casi una semana, reiteradamente golpeada con cinturones, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua y untándosele la cara con heces

Primero.—La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección tercera, condenó a Inocencio y a María Purificación como autores criminalmente responsables de los siguientes delitos: detención ilegal, agresión sexual, contra la integridad moral y tres faltas de lesiones, y además a Inocencio, como autor de un delito de violencia doméstica en el ámbito familiar, frente a cuya resolución judicial formalizan recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar.

Segundo.—Ambos recurrentes formalizan un reproche casacional, alegando como infringida la garantía constitucional de inocencia, proclamada constitucionalmente en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, dedicando todo el esfuerzo impugnativo María Purificación en este apartado, incluso con la incorporación de su motivo tercero, por error de hecho en la apreciación de la prueba, del artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que carece de cualquier fundamento jurídico al invocarse como documento a efectos casacionales el acta del juicio oral y declaraciones personales, contra la reiterada jurisprudencia de esta Sala que mantiene que no tienen la consideración de documentos literosuficientes. El acta del juicio oral no es documento a estos efectos casacionales, por cuanto constituye el reflejo documentado de pruebas personales, acreditando lo acaecido en el plenario, pero no la veracidad de las declaraciones y pruebas allí practicadas (Sentencias de 27 de septiembre de 1991, 7 de noviembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 14 de mayo de 1996, entre otras).

Hemos dicho reiteradamente que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, esta Sala casacional debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido inculpativo; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sanciona-

dor. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (en este sentido, la Sentencia de 28 de febrero de 2003).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal Casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba, al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional (Sentencia de 16 de abril de 2003).

El motivo censura que siendo la única prueba de cargo la declaración de la víctima, Flor, que había convivido con Inocencio durante dos años, y del que tenía un hijo, al volver éste con su mujer, la coacusada María Purificación, con sus cuatro hijos, y residir los tres en la misma vivienda, se produjeron tensiones que produjeron la denuncia de Flor, lo que le resta credibilidad, no concurriendo tampoco el requisito de la persistencia en sus imputaciones.

Ciertamente, como ya hemos declarado reiteradamente, el testimonio de la víctima debe ser valorado con extrema cautela cuando es la única prueba que se ofrece ante el Tribunal sentenciador. Ahora bien, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, no es únicamente tal testimonio el que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, sino que los elementos que corroboran el mismo son contundentes. En efecto, expresó Flor en su denuncia que había sido objeto de un encierro por parte de Inocencio y María Purificación, atándola de pies y manos en una habitación, vigilando María Purificación las ataduras para que no se aflojasen, siendo golpeada por Inocencio en varias ocasiones, usando para ello un cinturón y llegando a producirle quemaduras con cigarrillos; también denunció que durante tal encierro no le dieron alimentos más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua. Del mismo modo fue obligada a realizar actos de tipo sexual con María Purificación, la cual, siguiendo indicaciones de Inocencio le untó el rostro con heces. El episodio es ciertamente espeluznante; al cabo de una semana, dice el relato factual de la sentencia recurrida, logró escapar y se dirigió a un hospital para ser atendida, tras lo cual, denunció los hechos ante la Guardia Civil y este mismo Cuerpo interesó la continuación del ingreso en hospital general (véase oficio del capitán médico, folio 11).

Los agentes policiales ante los que presentó la denuncia prestaron declaración ante la Sala sentenciadora, manifestando la seriedad y verosimilitud de la misma, que nunca les pareció simulada, sino todo lo contrario. Y en los reconocimientos médicos inmediatos se observó que Flor presentaba erosiones en las muñecas de ambas manos, producidas por las ataduras, lesiones contusas en las regiones parietal y maxilar, dorso de la nariz, hombro, brazos, antebrazos, ambas piernas, glúteo derecho, múltiples lesiones alargadas de diferente longitud y ancho en la espalda (producidas por los golpes ocasionados con el cinturón), dos lesiones de tipo costra, ovaladas, en la región supraescapular y en el pezón izquierdo, ocasionadas por las quemaduras de los cigarrillos, y rotura de huesos de la nariz. También presentaba un estado de caquexia por la privación de alimentos, presentando múltiples cicatrices corporales, que se describen detalladamente en el *factum*. Los informes forenses obrantes a los folios 29 y 34 son concluyentes al respecto, así como los partes de asistencia en urgencias del hospital central de Asturias.

De modo que los variados hematomas y cicatrices acreditan el ejercicio de la violencia en la producción de tales hechos, e igualmente las erosiones en las muñecas y tobillos evidencian las ataduras, y con ellas, la privación de libertad que sufrió Flor. Existen, además, como expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, ciertos datos corroboradores, que el Tribunal de instancia puede valorar para llegar a su convicción, como la declaración sumarial del acusado en la que expuso «no recordar fijo si Flor estaba atada o no», justificándose ante el Juez de Instrucción por haber ingerido alcohol con muchas pastillas antidepressivas (folios 23 y 24), y la propia María Purificación corrobora la versión acusatoria en su declaración sumarial al folio 38 cuando niega haber apretado las ataduras de Flor y reconoce que «vio que estaba atada», por más que en el plenario lo atribuya a un error de expresión o de recepción de sus palabras.

En definitiva, en este caso, no solamente el Tribunal contó con la declaración de la víctima sino fundamentalmente con pruebas objetivas que acreditaban lo denunciado, parcialmente corroboradas por las declaraciones de los acusados, y con informes médicos contundentes. Esta valoración del Tribunal de instancia no puede ser modificada en esta instancia, en tanto está rodeada de datos corroboradores y expresada con racionalidad.

En el acto del plenario, bien sea por reconciliación, bien sea por temor a represalias, Flor se retractó de sus afirmaciones, manteniendo no obstante que fue objeto de malos tratos, detención ilegal y de agresiones sexuales, pero no por parte de los acusados, sino de un marroquí, que llamó Luis Antonio, y que determinó la advertencia del Presidente del Tribunal sobre la presunta comisión de un delito de falso testimonio. Siendo delitos públicos los imputados por el Ministerio Fiscal, el cambio de versión en el acto del juicio oral no puede determinar sin más la absolución de los acusados. En ese caso corresponde al Tribunal de instancia valorar la verosimilitud de los hechos denunciados, y la concurrencia de pruebas que acrediten su efectiva ocurrencia, no obstante la falta de ratificación de la víctima, y desde luego, tratándose de hechos de la gravedad de los enjuiciados, esta decisión debe tomarse con particular cautela probatoria. En el fundamento jurídico segundo *in fine*, la Sala sentenciadora razona que el cambio de versión no puede ser tenido en cuenta, por los motivos que deja expuestos, fundamentalmente referidos a un ostensible efecto neutralizador de sus declaraciones, atribuyendo la realidad de lo acontecido a un ciudadano marroquí, y tal discurso valorativo en esta sede casacional no puede ser tachado de absurdo, ilógico o arbitrario, a la vista del resto del material probatorio, sino una alternativa valorativa posible y razonable, por la que opta la Sala sentenciadora, de modo que desde la perspectiva de la presunción de inocencia el motivo de ambos acusados tiene que ser desestimado.

Fuera de los casos en que los delitos son públicos enteramente, incluso en el de agresión sexual, el artículo 191.2 del Código penal expresa que el perdón del ofendido no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

Tercero.—El primer motivo de Inocencio denuncia la falta de concurrencia de los elementos típicos de los diversos reproches penales que el Tribunal sentenciador aplicó, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal en el plenario, por la vía de la infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente, con pleno respeto a los hechos declarados probados.

En relación con la detención ilegal, el recurrente denuncia que «no se especifica en ningún momento en la sentencia la duración del encierro». Sin embargo, de los hechos probados claramente se deduce que tal privación de libertad comenzó unos siete días antes del día 14 de septiembre de 2000, fecha de la denuncia de los acontecimientos, tras su evasión, tal y como deja constancia la Sala sentenciadora. La claridad de la detención ilegal, configurada en el artículo 163.1 del Código penal, a la vis-

ta de las ataduras «para que no escapara», «siendo ayudado por María Purificación [Inocencio] que vigilaba que las ataduras no se aflojasen, apretándolas cuando ocurría así», nos evitan de más comentarios para desestimar este apartado del reproche casacional.

Con respecto al delito de agresión sexual, el artículo 178 del Código penal sanciona al que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, precepto en que se engloba cualquier atentado de dicha clase, con tal que concurra dicha violencia o intimidación, como en el caso se produce en el contexto de la privación de libertad mediante ataduras, y con espeluznantes vejaciones a la dignidad de la persona, y en el *factum* se expresa que «fue obligada a realizar actos de tipo sexual con María Purificación, la cual siguiendo indicaciones de Inocencio le untó la cara con heces, diciéndole éste en varias ocasiones que la iba a obligar a mantener relaciones sexuales con personas de edad avanzada». Tal relato factual integra un delito de dicha naturaleza, y no simplemente la falta de vejaciones del artículo 620.2 del Código penal como quiere el recurrente.

Respecto al delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código penal, esta Sala ha declarado (Sentencia de 8 de mayo de 2002) que, en opinión doctrinal casi unánime, representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial («infligir a una persona un trato degradante»), y un resultado («menoscabando gravemente su integridad moral»). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral».

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión «trato degradante», que en cierta opinión doctrinal parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que me-

noscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del artículo 620.2.º del CP.

En el caso enjuiciado, la víctima Flor, tras ser atada de pies y manos durante todo el curso del encierro, es reiteradamente golpeada, usando cinturones para ello, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, «negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua» y se le «untó la cara con heces». Episodio, pues, de más humillación y vejación que atenta contra la integridad moral, como concepto derivado de la dignidad humana, no puede ofrecerse fácilmente en la realidad.

En consecuencia, el submotivo no puede prosperar.

Respecto del delito de violencia doméstica del artículo 153 del Código penal, el recurrente afirma que no contiene el requisito de la habitualidad en el ejercicio de la violencia. Sin embargo, como argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia, el relato factual de la sentencia recurrida refiere que ya con anterioridad al mes de septiembre del año 2000, y desde el nacimiento de su hijo, que contaba entonces con cinco meses, «Inocencio había comenzado a mostrarse agresivo con Flor llegando a golpearla en alguna ocasión»; después se narra que durante el tiempo que permaneció encerrada Inocencio la golpeó en varias ocasiones y que para ello utilizaba un cinturón y que «llegó a quemarla con cigarrillos». Con respecto a su relación con la agredida, Flor estaba unida sentimentalmente a Inocencio en tiempo que la Sentencia fija en los dos últimos años, llegando a tener con el mismo un hijo que contaba cinco meses de edad, de manera que se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 153 del Código penal, ejercicio habitual de violencia física, y el personal, contra el cónyuge o persona que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. Se desestima de este modo la censura casacional, en este apartado, y también en el último, pues la pericial médico forense recoge en punto a la objetivación de las lesiones constitutivas de tres faltas, en los hechos probados de la sentencia, unas evidencias de lesiones producidas en distintos tiempos, atendida la evolución y antigüedad de los vestigios que en su cuerpo presentaba Flor. Así, de una parte puede atenderse a la caquexia por privación de alimentos y a las erosiones en las muñecas ocasionadas precisamente por las condiciones de la detención, pero indudablemente integrantes de una falta de lesiones, de otra parte los distintos hematomas producidos por golpes con las manos y el cinturón, de diferente grado de evolución y cicatrización, y la fractura de huesos propios de la nariz, por lo tanto producidos en ocasiones diferentes, en el contexto del encierro que se narra en el *factum*.

En definitiva, el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 177 del Código penal, a cuyo tenor «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley».

En consecuencia, se desestima el motivo.

(Sentencia de 5 de junio de 2003)

ARTÍCULO 175

Concepto de integridad moral. Policía que al detenido y esposado comienza a darle patadas y golpes por todo el cuerpo a la vista de las personas que salían de discoteca: trato degradante y vejatorio con padecimientos psíquicos y físicos. Autoridad o funcionario que permite que otras personas ejecuten los hechos delictivos: los sujetos que omiten deben de tener una relación de superioridad respecto al que realiza los actos atentatorios contra la integridad moral; inexistencia: presencia pasiva mientras compañero policía realiza actos contra la integridad moral, sin que exista relación jerárquica entre las personas que presencian la agresión y el autor de la misma

Quinto.—El primer motivo del recurso, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación tanto del delito de lesiones (art. 147 del Código penal), como de los artículos 175 y 176 del propio Cuerpo legal, como delitos de atentado contra la integridad moral de una persona.

Conviene precisar, antes de nada, que en el desarrollo del motivo deben ser respetados escrupulosamente los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, so pena de inadmisión, que en esta fase procesal se traduciría en desestimación.

Dicen primeramente los recurrentes, que el Tribunal *a quo* debió condenar por el número segundo del artículo 147 del Código penal, en vez de por el número primero, atendiendo a la menor gravedad de las lesiones, los medios empleados y el resultado producido.

Esta petición es susceptible de revisión en esta instancia casacional, como exponen, entre otras, las Sentencias de 21 de noviembre de 1990 y 22 de diciembre de 1994.

Ahora bien, si partimos del relato factual de la sentencia de instancia, se describe un violento episodio de producción de lesiones, narrando cómo los acusados Agustín, Juan Carlos y Julián, sujetan por los brazos a Luis Andrés, llevándole a un rincón apartado de las miradas de la gente, y «allí le golpean los tres acusados indistintamente, sujetándole y golpeándole con patadas y puñetazos, le propinan un golpe en la cabeza con un aparato de radio y mientras dos de ellos le agarran por los brazos, otro tira con gran fuerza de los brazos de Luis Andrés para colocarle las esposas por detrás».

El fundamento de la aplicación del tipo atenuado previsto en el párrafo segundo del artículo 147 del Código penal reside en la menor gravedad objetiva del delito, como consecuencia del medio empleado o del resultado producido; es decir, estamos en presencia de una menor antijuridicidad del hecho, por el medio o por el resultado. Ni lo uno ni lo otro es predicable de la resultancia fáctica sometida a nuestra consideración casacional.

Con relación a los medios, las lesiones se producen con evidente desproporción de fuerza entre los tres acusados y el lesionado, que además logran apartarle a un lugar solitario, fuera de las miradas de la gente, dice el *factum*, con intención de perpetrar el hecho con mayor comodidad y perversidad; allí le golpean los tres acusados indistintamente, sujetándole unos y otros propinándole «patadas y puñetazos», hasta golpearle con un aparato transmisor en la cabeza, siempre según el relato de la sentencia, de obligado respeto dada la vía elegida por los recurrentes para esgrimir este reproche casacional. Y como consecuencia de tales golpes, con los pies y los puños,

se producen las lesiones que se dejan también expuestas en el *factum*: un esguince acromio clavicular derecho grado primero y policontusiones y poliabrasiones, que tardaron en curar 116 días, con tratamiento médico rehabilitador, fármacos e inmovilización, dejándole las cicatrices descritas, una en la cara externa del brazo izquierdo y otra en la cara lateral de la región torácica derecha.

En consecuencia, con dicho relato factual, ni puede hablarse de una menor entidad en los medios empleados, ni mucho menos en el resultado producido, por lo que este apartado del motivo tiene que ser desestimado.

El segundo reproche se hace por infracción de los artículos 175 y 176 del Código penal, solicitando, en primer lugar, la inaplicación de tales preceptos, por no haberse producido el atentado contra la integridad moral que específicamente requiere el tipo, y subsidiariamente, la subsunción de los hechos en el tipo atenuado definido en el propio artículo 175 del mismo Cuerpo legal.

El artículo 175 del Código penal se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral, y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el artículo 174, en cuanto que, bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusare de su cargo, y no se hallare comprendido en el artículo anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona. Son, pues, sus requisitos: *a*) en cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del artículo 173, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; *b*) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; *c*) el resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el artículo 15 de nuestra Carta Magna, que prescribe con carácter general los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo artículo 10.º atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social; *d*) por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1990, de 27 de julio, realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el artículo 15 de la Constitución española «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular». Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de «incolumidad» e «integridad personal». De modo que el Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las Sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), en 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), en 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), en 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), en 7 de julio de 1989 (caso Soering), en 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros), en 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etcétera, ha declarado que las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la Constitución («torturas», penas o tratos «inhumanos» y penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico, «nociones graduadas de una misma escala» que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

De modo que el concepto de atentado contra la integridad moral, comprenderá: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Bajo esta interpretación, el motivo, en lo que respecta al delito definido en el artículo 175 del Código penal, e imputado a Agustín, tiene que ser desestimado. En efecto, en el relato factual de la sentencia recurrida se expone que, ya en la calle Orense, el citado acusado, con el chaleco reflectante con la palabra «policía» se encuentra esperando la llegada de los vehículos policiales para llevar a los detenidos a comisaría, y en ese momento, cuando ya Luis Andrés se halla inmovilizado y esposado, sentado en la acera, le reprocha que por su culpa se ha roto la camisa (de paisano), y comienza a darle patadas y puñetazos por todo el cuerpo, a la vista de las personas que en ese momento salían de la discoteca.

Este comportamiento contiene todos los elementos anteriormente analizados, ya que es degradante, vejatorio y produce evidentes padecimientos psíquicos, y ciertamente físicos, en quien lo sufre, al ser golpeado con patadas y puñetazos, mientras se encuentra inmovilizado y esposado en la calle, reprochándole algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y humillante, como la rotura de su camisa de paisano. Tales hechos son evidentemente graves, e inciden directamente en el contenido del artículo 5.3 b) de la Ley Orgánica 2/1986 de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto señala que sus miembros «velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas».

Con relación a Juan Carlos y Julián, han sido condenados por vía del artículo 176 del Código penal. Dicho precepto dispone que «se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

La doctrina ha puesto de manifiesto que la referencia a «otras personas», hay que entenderla, en una interpretación sistemática con el artículo 173, como que en dicha expresión han de ser incluidas cualesquiera que realicen los actos de tortura o de tratos vejatorios, sean funcionarios o no. Ahora bien, al ser un acto omisivo el castigado por la ley, debemos entender implícito el concepto de superioridad, y no la mera presencia pasiva, como consta en el *factum*, pues el deber inherente al cargo que se describe en el tipo, acredita este requisito de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio, teniendo en cuenta que los hechos se producen en la calle, y se enmarcan dentro de una detención policial, de la que Juan Carlos y Julián participan, no constando dato alguno de superioridad ni de mando en su actuación. El artículo 1.º.1 de la Convención contra la Tortura, de 1984, ya hacía referencia en este sentido a que la tortura fuera infligida por otra persona con el «consentimiento o aquiescencia» del funcionario, lo que resalta el concepto de superioridad. La mención legal «permitiere» refuerza igualmente esta interpretación, conforme al principio de taxatividad que rige el Derecho penal, pues esa permisión denota una posición (implícita) de superioridad, y no la mera omisión (con previo acuerdo) a la que parece referirse el tipo que estaría cubierta en caso contrario por simples consideraciones de garante, y que por el contrario no resultaría de la expresión «permitiere» que inexorablemente adjetiva el precepto interpretado. Se trata de un deber especial por el cargo que incumba a los superiores sobre sus subordinados, a los que ya se refirió esta Sala en Sentencias de 18 de julio de 1997 y 19 de diciembre de 1996.

Concretamente la primera de dichas Sentencias, la de 18 de julio de 1997, sienta la siguiente doctrina: «nos hallamos ante una norma penal, la del último párrafo del

artículo 204 bis CP anterior y artículo 176 del ahora en vigor, que constituye un supuesto de comisión por omisión específicamente regulado en la parte especial de dichos Códigos al recoger los diversos supuestos del delito de torturas. Primero, la Ley Penal nos define los distintos delitos de esta clase por lo que se refiere a las conductas de las autoridades o funcionarios que materialmente los realizan y, finalmente, se sanciona con las mismas penas que a tales autores materiales, a quien, faltando a los deberes de su cargo, permiten su realización. Aunque la doctrina discute si con esta última tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para tales torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por el cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier caso la Ley, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a los jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación».

Y en la segunda Sentencia citada, la de 19 de diciembre de 1996: «nos hallamos ante un delito de naturaleza omisiva, un supuesto de comisión por omisión, con relación al cual la propia Ley Penal, después de regular las correspondientes acciones que configuran las modalidades ordinarias de comisión de estos delitos, nos ofrece una cláusula de equiparación del supuesto omisivo a las paralelas figuras comisivas, en consideración al especial deber jurídico que incumbe a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por las personas detenidas».

Y por otro lado, esta interpretación permite, si correspondiera, la sanción disciplinaria de los hechos enjuiciados por la vía de la falta muy grave que se describe en el artículo 27.3 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En consecuencia, procede estimar el motivo en lo referente a los acusados Juan Carlos y Julián, y absolverles de tal delito, sin perjuicio de mantener el fallo condenatorio por el delito de lesiones, como ya hemos argumentado con anterioridad, y la desestimación íntegra en lo tocante a Agustín.

(Sentencia de 16 de abril de 2003)

ARTÍCULO 181.2

Existe abuso sexual, y no agresión, cuando se da un prevalimiento pero no una intimidación. La intimidación, tiene carácter objetivo no bastando para su apreciación «sentirse intimidado» sino que requiere la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o integridad física grave e inmediato deducible de palabras o actos concluyentes. Si la amenaza no es relevante, objetivamente, para quebrantar la voluntad de la víctima, no existe intimidación

Segundo.—El siguiente motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim., denuncia la aplicación indebida de los artículos 178 y 179 CP, en su redacción originaria, es decir, anterior a la LO 11/99. Se sostiene en el motivo, que como es obligado parte de la intangibilidad del *factum*, que la sustancia fáctica que constituye la intimidación (la violencia se descarta en ambos supuestos), que ha determinado la calificación de los hechos por la Audiencia como sendos delitos continuados de agresión sexual de los artículos 179 y 178 y 180.3, ambos en relación con el artículo 74,

respectivamente, ha sido subsumida incorrectamente en dichos tipos penales, sin que desde luego la ausencia del consentimiento de las menores pueda ponerse en cuestión en un motivo como en el presente.

En relación con la hermana mayor lo que se consigna es que las agresiones sexuales del acusado se produjeron «a pesar de la negativa de la menor» que intentaba apartarle y no lo conseguía, la amenazaba con que «iba a denunciarla», «o que haría daño a su madre o hermanos», creando «miedo en la víctima». También se añade en el hecho probado que «estas prácticas sexuales continuaron hasta que E., con dieciséis años, le amenazó con denunciarle». En cuanto a A., se afirma que los tocamientos «los realizó el procesado sin que la niña los consintiera y amenazándola para que no dijese nada y generando en la menor miedo a “que le tapara la boca y la ahogara”».

El artículo 178 CP que describe el tipo básico de las agresiones sexuales, vincula la presencia de la violencia e intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 4 y 22 de septiembre de 2000, 25 de enero de 2002, 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, y esto es lo que sucede en el caso de autos. Las menores se sienten intimidadas a juicio del Tribunal, pero los actos intimidatorios descritos carecen objetivamente del componente normativo de la intimidación. La Jurisprudencia ha señalado que ello implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes. Es cierto que también ha afirmado que basta que sea eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, pero ello evidentemente partiendo de la existencia de una amenaza que sea relevante objetivamente. En relación con la hermana pequeña porque la amenaza consiste en que «no dijese nada» (elemento objetivo), generando en ella miedo a que le tapara la boca y la ahogara. En relación con la mayor, la amenaza consistía en que se decía algo «iba a denunciarla o que le haría daño a su madre y hermanos», generando miedo en la menor porque dichas amenazas pudieran cumplirse. Sin embargo, cuando ella, a su vez, le amenazó con denunciarle, las prácticas sexuales cesaron.

Por ello los hechos declarados probados deben ser calificados como sendos delitos continuados de abusos sexuales previstos, respectivamente, en los artículos 182 y 181.2.1, en relación con el 74, todos ellos CP 1995 según su redacción originaria.

El motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 18 de diciembre de 2003)

ARTÍCULO 184

Acoso sexual de Alcalde a Concejala. No apreciación del subtipo agravado de abuso de autoridad, ya que el Alcalde es superior jerárquico del personal, laboral o funcionario, de una corporación local pero no respecto a un concejal, pues tanto aquél como éste, se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, como exige el artículo 184 apartado segundo del CP, para estimar aplicable el subtipo de prevalimiento de superioridad

Séptimo.—En el motivo sexto, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la falta de concurrencia en los hechos probados por la sentencia recurrida de los requisitos del tipo penal que ha aplicado, concretamente previstos en los apartados primero y segundo del artículo 184 del Código penal.

El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 23 de junio de 2000, que es la única que, hasta el momento, ha interpretado este tipo penal, ha sido la Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el artículo 10 de la misma.

La tipificación del acoso sexual en el Código penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

Estudiemos ahora los elementos que deben concurrir para que nos encontremos ante una conducta de acoso sexual, tras la modificación operada en el Código penal, por la citada Ley Orgánica 11/1999. Son los siguientes: a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha

de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la Ley formas imprudentes en su comisión.

Con respecto al primer requisito, se exige, como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. Esta Sala casacional ha declarado que tal requisito queda cumplido «cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente sería e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado», de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca. Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual, propiamente delictivos en otros apartados del mismo título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción. Desde esta perspectiva, el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto en donde se penaliza, y que la ley diseña como el entorno laboral, docente o de prestación de servicios, cualquiera que sea la continuidad de los mismos, con una amplia fórmula que engloba todos aquellos ámbitos en donde se producen las relaciones humanas más necesitadas de protección.

Este requisito se cumple en el caso de autos. En efecto, al formalizarse este motivo por infracción de ley, hemos de conceder el máximo respeto a los hechos declarados probados. Y en el relato histórico de la sentencia recurrida, intangible en esta vía casacional, como hemos dicho, se lee lo siguiente: «producida la ruptura [de sus relaciones sentimentales], surgen entre el acusado y querellante, situaciones de tensión con trascendencia en la vida personal y profesional de ambos, derivadas de la negativa de N. a continuar las relaciones sexuales y de la persistencia de I. A. en sentido contrario...»; esta persistencia se refuerza en el inciso final del párrafo tercero del fundamento jurídico primero cuando refiere la Sala sentenciadora: «... ante la negativa a mantener unas relaciones sexuales inicialmente consentidas, insiste en la solicitud...». Y en el *factum*, tras consignarse la aludida persistencia del acusado y la negativa de la querellante, se relata el cambio de actitud de I. A., hasta entonces complaciente con la conducta profesional de N., que sin duda potenció en gran medida, expresándose así el Tribunal de instancia: «desde el momento en que se produce la ruptura definitiva, el acusado, que hasta entonces había potenciado y protegido la actividad profesional de la querellante, cambia de actitud [incorrectamente dice “aptitud”] de forma más o menos solapada, generando en ésta un estado de confusión y ansiedad que en ocasiones bloqueó su propio comportamiento». A continuación se narran algunas situaciones *significativas* (que no propiamente paradójicas, como se las califica igualmente de forma errónea en el *factum*). De modo que este primer requisito queda cumplido, pues la ley no exige más que una solicitud explícita de obtención de favores sexuales, y en el relato histórico de la sentencia que revisamos se expone, de manera inequívoca, la insistencia (que se denomina «persistencia») a continuar las relaciones con la querellante, pero no se refiere a las relaciones sentimentales que se habían roto por voluntad de N., sino *las relaciones sexuales*, que es lo que se dice expresamente en el *factum*. Por si hubiera alguna duda, la Sala sentenciadora en su fundamentación jurídica vuelve a repetir esta idea con estas palabras: «... ante la negativa a mantener unas relaciones sexuales inicialmente consentidas, insiste en la solicitud...».

Es ajeno a la concurrencia de este primer requisito la contradictoria conducta de la querellante en algunos pasajes del relato histórico, que se ha justificado por los pe-

ritos informantes (médicos y psicólogos) en el bloqueo emocional que estas situaciones producen en las víctimas de hechos caracterizados por la ansiedad y la depresión, y que provocan trastornos adaptativos de la personalidad. En este sentido, y como ya hemos adelantado, tales informes periciales no prueban un hecho de naturaleza científica (como sucede de ordinario), sino que explican, conforme a criterios profesionales, unos hechos que han llegado al proceso por medio de otras fuentes probatorias diferentes. Nos encontramos ante una pericia interpretativa y no propiamente descriptiva. Desde esta perspectiva, lo que puede entenderse como un dato contradictorio aparece convertido en una respuesta emocional, que ha sido explicada con parámetros técnicos.

El segundo requisito es igualmente concluyente. La petición de favores sexuales se realiza para el propio acusado, lo que no ha sido discutido por nadie.

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo (petición de favores sexuales) es un elemento sustancial al delito que enjuiciamos, y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del Código penal de 1995, encontrándose fuertemente matizado tras la reforma de 1999, al punto que la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado *acoso ambiental*, y no propiamente ya el constitutivo de abuso de superioridad (prevaleciéndose el culpable de una situación de abuso de superioridad), que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal (esto es, con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación). Dicho ámbito es definido por el legislador como una «relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual». El fundamento del denominado «acoso ambiental» hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de tales ámbitos, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.

En el caso, la relación de servicios ha de predicarse del conjunto de relaciones personales resultantes de su consideración como componentes de una corporación local (concejal y alcalde, respectivamente), que satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación docente, laboral o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su conjunto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional, por lo que el requisito ambiental en donde se desarrollaron los hechos queda patentemente cumplido.

El cuarto requisito exige que con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Desde luego la Ley Penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio «gravemente» se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante. Servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal.

Veamos ahora su concurrencia en el caso enjuiciado. Decíamos que la Sala sentenciadora narra cómo a partir de la negativa de N. F. a continuar las relaciones se-

xuales con I. A., éste cambia de actitud y se producen algunas situaciones significativas. Así, en el Pleno municipal celebrado el día 22 de mayo de 2002, con ocasión de tratar sobre un asunto relacionado con las tasas de las terrazas de verano, le recrimina públicamente a N. F. «no llevar bien preparada la sesión», llegando al finalizar la sesión a tirar los papeles al suelo, diciendo: «esto es una mierda», lo que motivó que la querellante abandonara la reunión llorando; el día 23 de mayo de 2000, el alcalde acusado deja sin efecto un anterior decreto por el que le delegaba determinadas atribuciones, sin que exista causa alguna que lo justificara; el 26 de junio de 2000, la *desplaza* del despacho que tenía asignado en el edificio consistorial a otro edificio colindante; el día 22 de septiembre de 2000, desconvoca –para desacreditarla– una junta del IMFE (cuya presidencia había asumido N. F., y a la que había asignado el nuevo despacho), so pretexto de un inadecuado orden del día, y finalmente, tras la baja originada por estos hechos, se produce una reducción de sus emolumentos, «*lo que en situaciones análogas no se habría hecho con otro concejal del mismo grupo*». Estos acontecimientos, ciertamente de naturaleza objetiva, han provocado en la víctima una situación gravemente humillante. El acusado, tras el cambio de actitud que se produce como consecuencia de la negativa a continuar las relaciones sexuales, siempre siguiendo el *factum*, intangible en esta vía casacional, no solamente humilla públicamente a la querellante en el curso de una sesión plenaria municipal, al punto de tirar los papeles al suelo y dirigirse a N. F. en términos de público reproche, sino que, sin justificación aparente, le retira la delegación de atribuciones, sin causa que ampare ese comportamiento, la traslada de despacho a otro edificio, por más que éste sea colindante con el ayuntamiento, y concluye su acción disminuyéndola el sueldo a partir del día 22 de septiembre de 2000, a causa de la baja laboral que sufre, cuando esto no se hubiera hecho con otro concejal de su grupo, si nos atenemos a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. El acusado con su actuación, provoca una situación de humillación y grave perjuicio, hasta allá donde sus prerrogativas se lo permiten, sin más justificación aparente que el rechazo a su solicitud de continuar las relaciones sexuales, igualmente para ser fieles con el relato factual.

Este resultado se encuentra, pues, en conexión causal con la aludida solicitud o pretensión, resultando dicha conexión del mismo relato probatorio, habiendo actuado el acusado con dolo, entendiéndose por tal elemento subjetivo el simple conocimiento del riesgo potencial de poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma, o si se prefiere, desde otra vertiente más clásica, la voluntad de infringir la norma jurídica con conocimiento de sus contornos fácticos, que el agente despliega de forma consciente. El dolo es palpablemente concurrente, y ni siquiera ha sido frontalmente puesto en entredicho por el recurrente.

Ahora bien, la Sala sentenciadora ha entendido que los hechos eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad, del apartado segundo del artículo 184 del Código penal, bajo la tesis de una superioridad jerárquica del alcalde sobre la concejal, que no se justifica de modo alguno. En efecto, del texto invocado (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, resulta relación alguna de superioridad entre miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales de una entidad local. El alcalde solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el artículo 41.14, del personal de la Corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la Policía Municipal, pero no es superior jerárquico del resto de concejales que con él forman la corporación municipal; las relaciones con éstos se disciplinan en el artículo 43 con el carácter de

atribuciones delegadas, que no entrañan la estructura jerárquica que requiere el tipo penal aplicado, en tanto que el artículo 184.2 del Código penal exige que se «hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o *jerárquica*», y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a I. A. de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2003)

ARTÍCULO 188

Determinar, empleando violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad de ejercer la prostitución o a mantenerse en ella: diferencias con detención ilegal

Segundo.—El motivo plantea la cuestión de la relación concursal del delito de detención ilegal del artículo 163 del Código penal de 1995 y el de determinación coactiva al ejercicio y al mantenimiento en la prostitución, del artículo 188.

Como sucede en otros tipos delictivos (por ejemplo el robo con intimidación o la propia violación), la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aun instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza.

En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del *bis in idem* así como la aplicación del principio de especialidad, nos llevan a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo.

De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el artículo 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal.

Tercero.—La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del artículo 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución.

En suma, como señala la Sentencia de 17 de septiembre de 2001, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obli-

garla 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 con privación total de movimientos.

Cuarto.—Las referidas consideraciones nos conducen, en el caso actual, a la estimación del motivo.

En efecto, no cabe estimar que la situación en la que se encontraba la denunciante pueda ser asimilada a la del sujeto pasivo de un delito de detención ilegal, que tiene impedida la libertad deambulatoria, pues no consta una privación física de libertad, es decir, un internamiento forzado en un lugar del que no pudiese salir por sí misma.

Consta, eso sí, que la denunciante fue coaccionada para que se dedicase y se mantuviese en la prostitución, hasta la devolución de una cantidad que se le exigía como compensación por el pago de su viaje a España desde Ecuador, comportamiento execrable que es el sancionado mediante la condena por el tipo definido en el artículo 188.

Esta conducta coactiva se extendía a procurar que la denunciante no se marchase del club en el que residía y trabajaba. Pero no consta ningún constreñimiento físico para impedirle efectivamente abandonar el establecimiento, que se mantenía con las puertas abiertas al público (STS 11 de julio de 2001), ni que hubiese sufrido encierro alguno, como tampoco consta que se le hubiese retenido el pasaporte (STS 11 de julio de 2001), constando que conocía el idioma y que no fue objeto de ninguna actuación violenta que la atemorizase hasta un punto que pueda valorarse como equivalente al constreñimiento físico necesario para mantener a una persona encerrada o secuestrada.

Quinto.—Como ya se ha expresado, lo determinante es distinguir el comportamiento coactivo insito a la conducta sancionada a través del artículo 188, de los supuestos de exceso que determinan la condena adicional por detención ilegal.

En este caso es necesario complementar el relato con los elementos fácticos contenidos en la fundamentación jurídica. En ésta se expresa, por ejemplo, que la denunciante abandonaba en alguna ocasión el club, por ejemplo para ir de compras a un mercadillo acompañada por Cyra N. C., también ecuatoriana y encargada de la limpieza del local y habitaciones. La Sala absuelve a Cyra de detención ilegal, por estimar que en ningún momento prohibió o impidió a la recurrente que abandonase el lugar.

Ello impide estimar que la denunciante estuviese efectivamente privada de libertad, pues para ello sería necesario apreciar que la persona que la acompañaba en lugares públicos ejercía sobre ella una labor de vigilancia y control para retenerla forzosamente e impedir que se marchase libremente, como ocurre con las personas víctimas de un delito de secuestro o detención ilegal.

No puede estimarse que el recurrente pudiese mantener a la denunciante durante estas salidas en la situación de encierro o privación de libertad ambulatoria, típica del delito de detención ilegal, utilizando para ello la colaboración de Cyra N. C., pues la Sala considera que ésta no fue partícipe o cooperadora en dicha supuesta detención. Ha de estimarse, por tanto, que lo que existía era una constricción psíquica para el mantenimiento en la prostitución, aprovechando la situación de necesidad (art. 188), pero no un encierro o privación de libertad (art. 163).

Lo mismo sucede con el camarero, Juan D. Q., que actuaba como encargado durante las horas de apertura del club al público. La Sala estima, en la fundamentación jurídica, que Juan D. vigilaba a las mujeres del club, incluida la denunciante, pero

únicamente a los efectos de controlar su trabajo, no para limitar su libertad deambulatoria, por lo que también lo absuelve de cualquier cooperación en la detención ilegal. Dado que el establecimiento mantenía abiertas sus puertas a la vía pública, y con frecuencia el funcionamiento del club era controlado por Juan D. Q., si admitimos que éste no impedía la libre salida de la joven, debemos concluir que no existía propiamente una situación de encierro sino una constricción psíquica para el mantenimiento en la prostitución.

Dado que ni el recurrente, en realidad ajeno al club, ni el otro condenado, gerente del mismo, se encontraban en el establecimiento de modo permanente, la situación de encierro o secuestro sólo podría mantenerse con la cooperación de los empleados que estaban de modo habitual en el local, como eran Cyra N., Juan D. Q. y Juan L. D., otro empleado que se encontraba habitualmente en el club. Pero todos ellos han sido absueltos, por estimar el Tribunal sentenciador que no cooperaron, en absoluto, a privar de su libertad física a la denunciante.

Asimismo en el relato fáctico se expresa que el recurrente, que en realidad no tenía relación directa con el club y lo que había hecho es reclutar a la joven en el Ecuador, «visitaba con frecuencia el club, haciendo pequeñas reparaciones», lo que indica que ni residía en el mismo ni se encontraba en él de modo continuado, pese a la frecuencia de sus «visitas».

En consecuencia, si la acusada residía y trabajaba en un establecimiento normalmente abierto al público, con posibilidades de libre comunicación dado su conocimiento del idioma, tenía relación con los clientes, con los empleados y con otras compañeras que ejercían la prostitución de forma voluntaria y libre en el mismo local, y las personas que habitualmente se encontraban en el establecimiento no le impedirían abandonarlo, ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los dos acusados que, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Pero no consta una situación adicional de privación de libertad que pueda calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

Procede, por ello, la estimación del motivo.

Sexto.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim. denuncia indebida aplicación del artículo 188 del Código penal de 1995. Alega que el recurrente se limitó a viajar a Ecuador, donde conoció a unas mujeres que querían venir a España a trabajar en la prostitución, actividad que ya ejercían en Ecuador, y las puso en contacto con los titulares de un club de alterne de nuestro país, sin que tuviese más relación con ellas.

El motivo no puede ser estimado. En el relato fáctico se refiere que el recurrente, después de gestionar el viaje de la denunciante desde el Ecuador, la presionó para que alternara con los clientes del club y se acostase con ellos, señalándole cuál sería su remuneración y la cantidad que tenía que entregar al titular del establecimiento y al propio recurrente, a lo que la denunciante se negó inicialmente, presionándola el recurrente al advertirla que la mantendrían en el club hasta que pagase un millón de pesetas, cantidad en la que cifraron la deuda derivada del viaje desde Ecuador, pagado por el recurrente.

De este modo la mantuvieron durante días haciendo dicho trabajo sin percibir remuneración alguna, a lo que la denunciante se vio forzada atemorizada por su situación de extranjera en situación ilegal y sin medios de vida. Se trata, manifiestamente, de un supuesto típico de delito contra la libertad sexual del artículo 188 del Código penal de 1995.

(Sentencia de 30 de enero de 2003)

ARTÍCULO 197.1

Descubrimiento y revelación de secretos: Bien jurídico protegido: intimidad individual. Delito de consumación anticipada. Detective que coloca mecanismos de escucha de las conversaciones telefónicas para conocer la intimidad del cónyuge. Complicidad de secretaria

Cuarto.—Se alega infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 16.1.º del Código penal, en el cuarto motivo de impugnación.

Plantea el recurrente que nos encontramos ante un «delito de mera actividad o mutilado», el cual «no requiere que se produzca un resultado concreto, el descubrimiento o vulneración de la intimidad». Pues bien, según el recurso, como el artículo 16.1.º del Código penal señala que «hay tentativa cuando practicados todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado», es decir, se refiere a «un resultado» y como éste es un delito de mera actividad, no cabe aplicar al mismo la tentativa.

Sin embargo, como afirma la sentencia de instancia fundamento jurídico quinto, se trataría no de un delito de mera actividad sino de un delito de consumación anticipada, tal como describe la sentencia de esta Sala de 22 marzo de 2001 que desestimó el recuso de casación interpuesto, pues expresaba que, bastaba con apoderarse de «papeles» o «interceptar las comunicaciones» para que el delito se consume, siempre que aquellas acciones estén filtradas por el propósito de descubrir secretos. Pues bien, como pone de manifiesto la sentencia recurrida en los hechos probados, apartados c) y e) se hace todo lo necesario para interceptar las comunicaciones, pero no se interceptan las mismas finalmente «al devenir el proyecto inviable», pues se ausentaron de los domicilios conyugales las personas cuyas conversaciones debían ser interceptadas. Es perfectamente comprensible, en consecuencia, que el Tribunal de instancia haya considerado ambos supuestos como causas de «tentativa acabada».

La Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, aduce dichas formas imperfectas. Se trata, en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible, y en él la consumación se produce en el momento en que la conversación telefónica se interceptó, bien directamente o a través de instrumentos o artificios técnicos de escucha.

Evidentemente que, por consiguiente, cabe la frustración y la tentativa. Habrá frustración o tentativa acabada cuando, como en este caso, se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito, pese a lo cual, éste no se produce por causas ajenas o independientes de la voluntad del sujeto. En el supuesto objeto de este recurso, todo quedó instalado para la interceptación, aunque, no se sabe exactamente por qué, ésta no se produjo respecto del teléfono deseado. No hay tentativa, por tanto, porque como queda afirmado, todo estaba ya ejecutado.

Como el hecho real es que la información querida no se obtuvo, no cabe afirmar la consumación, se dice, pero hay que señalar que sí se produjo al menos la frustración porque los actos de ejecución quedaron completados.

Hay que desestimar el motivo

Quinto.—En el quinto motivo de impugnación, se alega infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 197.1.º del Código penal en relación al artículo 18.1.º de la Constitución española.

Plantea el recurrente que en el caso concreto ahora objeto de análisis realmente no se pretendía vulnerar la intimidad, ya que lo que se quería saber con las interceptaciones telefónicas era la «verdadera intimidad familiar» y «el comportamiento del marido en su seno», en consecuencia, debería bastar el consentimiento de la esposa para llevar a cabo este tipo de interceptación telefónica.

Resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia de la pareja, en este caso, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia. Por esta peligrosa vía que se propone cabría hablar también, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, de una «libertad sexual familiar» y de otra libertad sexual externa a la familia, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Es evidente que los esfuerzos de los Tribunales en dejar claro que la libertad sexual, fuera o dentro del matrimonio, es una e indivisible, quedaría frustrada al aplicar perspectivas o planteamientos similares a los expresados para el derecho a la intimidad. Es decir, con esta perspectiva la violación no cabría dentro del matrimonio. Todo ello sin olvidar que la intervención telefónica afecta no a una persona en este caso al marido, sino a una segunda persona que es el interlocutor.

El artículo 197.1, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal que es el bien jurídico protegido, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución española derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código penal derogado, artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

- a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Respecto al *iter criminis*, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descu-

brir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

Aplicando tal doctrina al supuesto que se examina, es evidente que concurre el elemento objeto, y en cuanto al elemento subjetivo, requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espía sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece inquestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo, con lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad del marido para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque según se afirma los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina «dimensión familiar» de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque la sentencia de esta Sala de 14 mayo de 2001, afirma que esa invocada «dimensión familiar» de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el artículo 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del artículo 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto.

Esta realidad consagrada en el artículo 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el artículo 197 CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, «el que» realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es «otro», quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el artículo 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absoluta o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado.

Ha de desestimarse el motivo.

(...)

Trigésimo quinto.—Se alega infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 29 en relación al artícu-

lo 197.1.º, ambos del Código penal, al considerarse en la sentencia responsable a la recurrente como cómplice del delito referido, en motivo duodécimo.

La sentencia de esta Sala de 27 septiembre 2001, expresa que los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, se pueden resumir en tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho, las que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero de 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

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

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

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

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

Tiene declarado esta Sala 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 aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario (SSTS de 31 de octubre de 1973, 25 de septiembre de 1974, 8 de febrero de 1984 y 8 de noviembre de 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (STS de 15 de julio de 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; 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 (Sentencias de 9 de mayo de 1972, 16 de marzo, 12 de mayo y 2 octubre de 1998 y 26 de abril de 1999).

Aplicando la doctrina expuesta al caso que se examina, tanto de los hechos declarados probados como de los aspectos fácticos que existen en la fundamentación jurídica, especialmente el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, en

el que se debate sobre la participación de la recurrente, suponen un claro rechazo de lo pretendido en el presente motivo. Toda la argumentación expresada en el presente motivo no son sino aseveraciones realizadas o interpretaciones efectuadas con ocasión de las declaraciones, concretamente con las frases de la recurrente «nunca escuché ninguna cinta, fueron comentarios» o la indicación de «no transporté ninguna cinta, como tales recogía sobres, pero no sabía lo que había dentro». En base a las mismas se hace toda una construcción teórica de la que se concluye que la recurrente no era cómplice. La vía Casacional del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, funciona de manera completamente distinta, tal y como se ha expuesto ya con reiteración.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

(Sentencia de 20 de junio de 2003)

ARTÍCULO 248

Decir a los accionistas minoritarios un precio por la venta de bienes sociales menor al ofrecido realmente por el comprador y que sí recibieron los acusados por las suyas. Múltiples perjudicados: inexistencia: engaño dirigido a dos socios, aunque la actuación de éstos arrastrara a muchos más. Perjuicio patrimonial: existencia; pagar a accionistas minoritarios un precio inferior al ofrecido por el comprador: el perjuicio reside en la diferencia, no teniendo trascendencia el precio real de mercado ante la existencia de oferta concreta. Grados de ejecución: delito continuado; inexistencia: distintos actos, sucesivamente realizados para urdir el engaño, que repercuten unidireccionalmente en varias personas: son unos mismos actos genéricos, que se proyectan para todos

Décimo.—Por infracción de Ley (art. 849.1 LECrim.) los acusados recurrentes reputan infringido el artículo 528 del Código de 1973, por ausencia de uno de los elementos constitutivos del delito de estafa, cual es, el engaño.

A este tema se dedican los motivos 4.º y 5.º de Alberto C. y los 5.º y 7.º de Alberto A.

Terminan, dentro de esta línea impugnativa, por considerar inaplicable el artículo 528, al no haberse producido un perjuicio, a cuya cuestión se refieren los motivos 5.º de uno y otro recurrente.

1. Nos resulta provechoso tomar como referencia los elementos en que se descompone el delito de estafa, según la doctrina de esta Sala.

Nos dice la Sentencia de 8 de febrero de 2002 que: «En los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 1.º Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2.º Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de

las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, y a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesionada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5.º Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa».

2. Comenzando por el estudio del engaño, ambos censurantes entienden que el supuestamente concurrente en el caso que nos ocupa, sería el engaño omisivo, por lo que hallándonos ante una conducta penal de omisión impropia (art. 11 del Código penal) sería necesaria la existencia de una norma jurídica, una obligación contractual o una posición de garantía, para incurrir en responsabilidad penal, que no se concreta en la sentencia.

La sentencia sólo habla de un deber de lealtad, que para los recurrentes no es otra cosa que una aplicación al ámbito de la sociedad mercantil del principio general de buena fe, y de tal principio no pueden extraerse obligaciones en el ámbito penal. El deber de informar derivado de la buena fe no puede tener trascendencia penal.

3. El enfoque de los recurrentes no es correcto, por la potísima razón de que no nos hallamos ante un engaño omisivo, aunque en la trama o conducta engañosa interfiera o se añada un ingrediente omisivo. Antes de seguir analizando la pretensión impugnativa y dado el cauce procesal en que se apoya el motivo, debemos partir de un escrupuloso respeto a los hechos probados. De éstos es importante destacar lo siguiente: en la reunión de 20 de noviembre de 1987, los querellantes señor S. y S. M., ante la información que recibieron de Alberto C. y Alberto A. de la existencia de un comprador inglés, para los solares de la Plaza de Castilla «otorgaron, en nombre cada uno de ellos del grupo que representaban, una autorización de los acusados citados

para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente dimanantes de las acciones de la sociedad, facultándoles incluso para suscribir contrato de intenciones o protocolo en el que se establezcan las bases de dicha venta».

4. Sobre esta afirmación completada por las expresiones fácticas de la fundamentación jurídica, en función integradora, el engaño se fraguó con actos positivos:

a) Por la carta-oferta, con el conforme del señor C., fechada el 23-11-1987, corregida por la misiva del señor M. (siguiendo instrucciones de los señores C. y A.) que obra al folio 35, en la que se comunica el precio ofrecido por KIO (150.000 pesetas/m²), falseando de este modo la realidad.

b) Por la carta del señor M., actuando por indicación de los acusados, que obra el folio 250, de fecha 4 de octubre de 1987.

El contrato suscrito en Londres por el señor C. y A. el 23-11-1987 (folio 10 y ss.) corrobora que el precio que se ofertaba con carácter general era de 231.000 pesetas/m² y no el que torticeramente se comunicó a los socios minoritarios.

También se faltó a la verdad sobre la necesidad de vender un 95 por 100 de la participación en Urbanor, para que tuviera lugar la operación. La información no era vanal, pues el beneficio ilícito que podían obtener los acusados aumentaba proporcionalmente cuantos más socios acabaran engañados y vendiendo a razón de 150.000 pesetas/m² edificable.

5. Pero aun cuando nos halláramos ante un engaño omisivo, tal modalidad conductual también permitiría construir un engaño típico, al no comunicar a los socios información veraz a que se hallaban obligados.

Recordando los aspectos del *factum* referidos en este fundamento, es obvia la fuente que imponía a los socios mayoritarios informar a los demás de las actividades desplegadas, en relación al tema de la encomienda (gestionar la venta de los solares). Resulta totalmente irrelevante acudir a la normativa civil sobre estipulaciones en favor de tercero (art. 1257 Código civil) ni gestión de negocios ajenos (art. 1889 Código civil). Bastaría calificar el desempeño de dicho cometido de negocio jurídico, pacto, convenio, acuerdo, contrato atípico, o si se quiere mandato (arts. 1719 y 1720 Cc) para llegar a la conclusión que dentro de la libertad de contratación y de formas (artículos 1255 y 1278 Cc), el señor C. y A. asumieron el encargo de gestionar y negociar en nombre o interés propio y en el de sus socios minoritarios la venta de derechos y acciones de Urbanor.

En virtud del encargo asumido tenían obligación de informar, según ese deber jurídico de lealtad, de las circunstancias que constituyeron el objeto de la encomienda.

El hecho de que se firmaran contratos exclusivamente entre los acusados y el representante de KIO-Koolmes, no significa que quedara debilitado el deber de informar verazmente de las gestiones relativas al tema concreto para el que habían viajado a Londres.

No tendrán obligación jurídica de exhibir, desde el punto de vista formal, los mismos contratos suscritos a los que no fueron parte en ellos, pero sí comunicar de cualquier modo aquellos aspectos de los mismos que se hallaran dentro de la gestión asumida.

Ex abundantia, también debieron informar con fidelidad a los demás socios de la enajenación de más del 9 por 100 de las participaciones, así como del precio de las mismas, según imponen los estatutos de Urbanor.

Bien por vía estatutaria o contractual (art. 1258 Cc) los acusados debían poner en antecedentes de la operación que empezaba a fraguarse y no lo hicieron, o mejor dicho, lo hicieron, pero con engaño y utilizando documentos falsificados, para crear

el error propio de la estafa. Existió engaño por actos positivos, y también por omisivos.

Sólo la concurrencia de esta última modalidad conductual ya determinaría el nacimiento de la responsabilidad penal. Nos dice en tal sentido la sentencia de esta Sala núm. 94 de 7 febrero 1997 que «no se discute, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la posibilidad de la existencia de un engaño omisivo como elemento generador de la estafa. Ahora bien, no todo engaño omisivo genera un delito de estafa ya que podríamos criminalizar extensivamente aspectos de la vida contractual que tienen su acogimiento en la legislación civil».

Los motivos 4.º del señor C. y 7.º del señor A. deben desestimarse.

Engaño causal y bastante:

Undécimo.—A atacar este elemento del delito de estafa dedican los acusados recurrentes, el motivo número 5.º de cada uno de sus recursos. Existiendo en su desarrollo diferenciales argumentales estimamos conveniente resolverlos separadamente.

1. El acusado Alberto C., por corriente infracción de Ley (art. 849.1 LECrim.) estima indebidamente aplicado el artículo 248 del Código de 1973.

Este impugnante nos dice que la concurrencia del engaño, elemento nuclear de la estafa, sólo será bastante si tiene idoneidad o entidad suficiente para provocar error en una persona que haya cumplido con unos deberes mínimos de diligencia. En este sentido, invocando jurisprudencia de esta Sala, señala «que todo tráfico mercantil está inspirado simultáneamente por la pauta de la confianza y desconfianza», y de acuerdo con tal idea no existirá engaño bastante cuando el sujeto no haya actuado con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado (S. 29 octubre 1998).

A partir de este criterio interpretativo, precisa que los querellantes se comportaron según su opinión con una total falta de diligencia, ya que pudieron haber evitado el error con una mínima actuación de comprobación.

Las circunstancias que debieron alertarles son las siguientes:

a) Los querellantes eran personas, que por su condición de profesionales del sector y por su intervención personal en todas las gestiones urbanísticas, relativas a los solares objeto de la operación, debían estar al tanto del mercado inmobiliario.

b) Constituía un hecho notorio, con trascendencia en la opinión pública, la propagación de las condiciones de la venta de los terrenos (diario *El País*).

c) La venta, en última instancia, la hicieron los querellantes a Koolmes, filial de KIO, frente a la que podían haber aclarado cualquier duda.

2. Antes de analizar la magnitud y condiciones del engaño para inducir a error, conviene dejar sentados ciertos principios doctrinales sostenidos por la Sala, que vienen al caso:

a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables (STS de 22 de diciembre de 2000). Débese, por tanto, desterrar cualquier conceptualización generalizadora, acudiendo a cada una de las situaciones concretas que la variopinta realidad nos ofrezca.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente idóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es imputable objetivamente 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 es (STS de 4 de diciembre de 2000).

c) Como enseña la Sentencia de 5 de julio de 2001, invocada por el Ministerio Fiscal, «es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo».

d) Finalmente, para conmensurar la eficacia del engaño hemos de partir de una regla, que sólo excepcionalmente puede quebrar. Esta regla podemos enunciarla del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores». Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa.

3. Partiendo de tales bases doctrinales es oportuno analizar el engaño interviniendo en la defraudación enjuiciada y preguntarnos si el ardid empleado era tan tosco o de tan fácil detección que no merecía la calificación de idóneo o suficiente para el logro de los torcidos fines propuestos por los acusados recurrentes.

Los argumentos de la sentencia que se explicitan y los demás directamente inducidos de la misma, nos permiten concluir que el engaño urdido fue suficiente. Entre éstos podemos señalar:

a) Los querellantes debían otorgar mayor credibilidad a unos socios que a unos medios de comunicación, que no indicaban la fuente de la noticia.

b) El prestigio de los acusados y la confianza y armonía que había reinado hasta entonces en sus relaciones societarias con los minoritarios, otorgaban altísimos márgenes de confianza, en una gestión, que beneficiaba a todos por igual (intereses comunes).

c) Las manifestaciones verbales de los acusados a los demás socios acerca del precio de los solares, corroborados por la carta, sagazmente alterada (falsedad documental) dirigida al señor S. y al señor S. M., que indicaba un precio incorrecto (carta-oferta de 23-11-1987).

d) Aunque la culminación del proceso negociador se resolviera en el otorgamiento directo de la compraventa con el representante de KIO-Koolmes, señor R. (testigo incomparecido), no cabe olvidar que la totalidad de la negociación la llevaron a cabo los acusados, a los que los demás socios habían autorizado a ello y la entidad compradora también les confió el ajuste o determinación última del precio, conforme a su oferta, convenientemente ocultada por referidos acusados.

Hubiera sido inoportuno, perturbador e inapropiado, que los minoritarios después de la Junta General de Urbanor de 28-12-1987, en la que aceptaron las condiciones de la venta, volvieran a discutir el precio en el momento de la firma del contrato, con riesgo de que la operación se frustrase.

e) Por último, y por mucha profesionalidad que tuvieran los querellantes en el campo inmobiliario, y no obstante la información publicada en el diario *El País*, los posibles intentos de elevación del precio por parte de aquéllos fueron cegados y estrangulados con la carta remitida por el señor M., el día 4 diciembre 1987 en representación de los acusados, actuando en nombre de Construcciones y Contratas, en la que se insistía que no había sido posible conseguir mayor elevación del precio, a pesar de las innumerables gestiones desarrolladas al efecto.

El motivo no puede merecer acogida.

Duodécimo.—La misma censura del anterior acusado la formuló el otro recurrente señor A., en el 5.º de los motivos que formaliza. Con sede procesal en el artículo 849.1 LECrim estima indebidamente aplicado el artículo 528 del Código penal de 1973, equivalente al 248.1 del vigente, en relación a los artículos 1261.2.º, 1266

par. 1.º y 1269, todos del Código civil, por cuanto el requisito del engaño causal y bastante, elemento integrante del delito de estafa, exige necesariamente un engaño recayente sobre las personas, las cosas o la causa del propio contrato a través del cual se engaña, y que implica la disposición patrimonial perjudicial para el disponente o para un tercero.

1. Los argumentos que en base a tal enunciado desgrana el recurrente podemos resumirlos en los siguientes:

a) Es necesario que el error que subsigue al engaño recaiga sobre las personas, cosas o causas del propio contrato y no de otro diferente.

b) Estima que sobre «su contrato», el de los minoritarios, no hubo engaño de ningún tipo, ya que por los encargados de negociarlo (acusados) se les ofertó la venta de las acciones o solares a un precio (150.000 ptas./m²) que fue aceptado libremente.

c) La sentencia insiste el recurrente transmuta la oferta a los minoritarios, sobre sus acciones y derechos para convertirla en oferta sobre solares de Urbanor, expresada en valor por metro cuadrado.

d) La sentencia por último confunde los dos objetos contractuales, por un lado el contrato de compromiso de venta de 23-11-1987 y por otro la oferta de la misma fecha, trasladada a los demás socios en la que se proponía un contrato con otras condiciones. No acepta el impugnante que el precio sobre el 95 por 100 de las acciones fuera igual para todos, ya que en el compromiso de compra se hablaba de acciones y no de metros cuadrados, y además decía de forma expresa que el precio no sería igual para todos, sino que los acusados señores C. y A., se encargaban de negociar el que pudiera corresponder «por razón de las distintas circunstancias del caso», a cada grupo vendedor.

2. Los argumentos expuestos no pueden prosperar. Nada importa que la venta pretendiera realizarse sobre acciones y luego se tradujera en un precio fijo por metro cuadrado, ya que ello resultaba de realizar las pertinentes operaciones matemáticas, con lo que el compromiso de venta adquiere caracteres de uniformidad.

No debemos olvidar el objeto social de Urbanor, que según reza en hechos probados, comprendía toda la actividad empresarial dirigida a la construcción y ejecución de obras, promoción y desarrollo de actividades inmobiliarias, circunscritas a los solares registrales de los que era titular dicha sociedad.

Sobre el ajuste de distintos precios por grupos de socios, ya explicamos su alcance, limitado a precisiones de carácter técnico, dimanantes de la particular situación jurídica dentro de la sociedad y de sus relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad.

No puede, pues, afirmarse que la oferta dirigida por los acusados a las víctimas del fraude fuera distinta a la de todos los demás socios, y determinara la concertación y celebración de unos contratos distintos. La separación entre ambos contratos es claramente artificial. El compromiso de venta iba dirigido a todos los socios, y los acusados, valiéndose de un documento falsificado y otras argucias detalladas en el *factum*, interfirieron para imponer, mediante engaño, unas condiciones inferiores a la oferta de compra general, con cuya diferencia de precio lucrarse. El día 7-1-1988, todos celebraron contratos y lo hicieron después de verificadas las pertinentes correcciones o ajustes, pero no sobre un precio uniforme de 231.000 ptas./m², sino que los minoritarios vendieron sobre 150.000 ptas./m² que, por una ilícita intervención del recurrente y el otro socio mayoritario, impusieron.

Hemos de ceñirnos, en este punto, a los hechos probados y recordar que los acusados recurrentes fueron designados para negociar la venta de las acciones o participaciones (es decir, solares) y lo hacían en su propia representación y por mandato de los socios minoritarios (documento de 20-11-1987).

Recordemos, asimismo, el contrato de compromiso y la posterior intervención de dichos acusados, encaminada, no a la celebración de un contrato distinto, sino a alterar con maquinaciones insidiosas las condiciones de modo general ofertadas a todos los accionistas, circunstancia que ocultaron a los consocios. Esa finalidad engañosa tuvo la carta oferta de 23-2-1987 y la de 4 de diciembre del mismo año del señor M., que da cuenta a Astor de las intensas gestiones realizadas en su nombre ante el comprador.

El motivo no debe merecer acogida.

Perjuicio Patrimonial de la Estafa

Decimotercero.—También en este punto, al existir algún argumento no coincidente, debemos analizar por separado el motivo 6.º del recurrente señor C. y el homónimo ordinal del coacusado señor A.

1. El primero de los mencionados, acogiéndose al cauce procesal que establece el artículo 849.1 de la LECrim., estima infringido el artículo 528 del Código penal de 1973, por no existir en hechos probados de la sentencia perjuicio patrimonial, consecuencia de un acto de disposición, lo que excluye cualquier tipificación de los hechos como delito de estafa. Dos cuestiones sobre este extremo plantea el recurrente, que examinaremos por separado.

La primera se contrae a la concreción del perjuicio y a la indeterminación del precio de mercado; la segunda, a la interdependencia entre la venta de los solares de Urbanor y la sociedad financiera Cartera Central.

Esquemáticamente, el primer punto se desarrolla en los siguientes apartados:

a) No existe en hechos probados un perjuicio patrimonial como consecuencia del acto de disposición. La sola circunstancia de que se produzca una alteración en el patrimonio de una persona no supone la existencia de un delito de estafa (presupuestos los demás elementos constitutivos), si no se compara económicamente la situación del sujeto pasivo antes y después del acto dispositivo.

b) La pérdida de una cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa.

c) El relato fáctico sigue argumentando el recurrente no recoge mención alguna sobre cuál sea el precio de mercado o precio objetivo (o de tasación) de las fincas, ni en momento alguno sostiene el Tribunal que ese precio fuera superior a 150.000 pesetas/m².

d) El precio de mercado no es el que está dispuesto a pagar un comprador concreto, sino el precio medio que estaría dispuesto a pagar el conjunto de posibles compradores que actúan en el mercado.

2. En esta serie de cuestiones planteadas el recurrente traslada a la determinación del daño o perjuicio, conceptos o mecanismos para cuantificarlo que operan en aquellos supuestos en que el valor de una cosa debe traducirse en referente dinerario.

Las cosas sí deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (delitos contra la salud pública) para imponer las multas, etc.

Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo, lo integre precisamente dinero, ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado.

En el caso de autos existía un comprador dispuesto a pagar 231.000 pesetas por metro cuadrado de solar vendido. Mediante engaño (documento falsificado), y otros

procedimientos torticeros se hizo creer a los sujetos pasivos que el precio era de 150.000 pesetas, lo que ciertamente también era buen precio; pero en cualquier caso dejaron de percibir la diferencia y esa diferencia es exactamente el perjuicio concreto ocasionado, sin que haya que recurrir para su determinación al precio medio o de mercado. El daño o perjuicio venía ya calculado en pesetas.

A mayor abundamiento cabe señalar que en hechos probados se habla de que el precio de mercado o precio de tasación constituye un condicionamiento para que el compromiso de venta de 23-11-1987 quedase cerrado. La condición allí expuesta se refería «a que una firma de valoración (Richard E.) ratifique que el valor estimado por las partes para los solares objeto de este compromiso es un valor de mercado». Y ese valor medio estimado del metro cuadrado a construir se fijaba en 231.000 pesetas/m², como evidencia el informe de Richard E., unido a autos.

Es indudable que el precio de 150.000 ptas./m², era excelente y magnífico para los vendedores como expresa la sentencia, pero el más elevado de 231.000 tenía plena justificación financiera desde el punto de vista de la inversión que KIO pretendía hacer, dadas las perspectivas de futuro y ser el último de los solares de esa zona de altísimo prestigio en Madrid, lo que elevaría sobremanera su cotización en el mercado inmobiliario.

El perjuicio, en suma, se computa por la diferencia entre el importe percibido y el que debieron percibir los perjudicados, de no haber sido objeto de engaño. Los peritos, en juicio, lo cuantificaron con precisión.

3. En el segundo de los supuestos, relativo al objeto material del delito, el recurrente pretende demostrar que para KIO y Construcciones y Contratas, la operación no era una simple compraventa, sino una operación compleja. Y ello porque, según el *factum* de la sentencia el acuerdo entre aquéllas fue «para la adquisición por parte de los acusados señores C. y A. y de sociedades controladas directa o indirectamente por ellos, del paquete accionario del Banco Central del que quería desprenderse KIO, obteniendo el dinero necesario para llevar a cabo dicha operación con la venta a KIO de su participación en Urbanor». Sobre este propósito contractual se derivan las siguientes consecuencias, según entiende el recurrente:

a) Se plasman dos contratos distintos: uno de compromiso de una sociedad financiera (Cartera Central) y otro de compromiso de venta de las acciones de Urbanor o derechos de suscripción preferente.

b) En este último contrato se especifica que «el precio convenido tiene el carácter de global para todo el conjunto de acciones y derechos de suscripción a transmitir, pero se entiende sin perjuicio de su distribución, que hará el grupo vendedor (los acusados) entre los distintos paquetes accionariales que definitivamente se vendan en función de las circunstancias que concurren en cada uno de ellos», añadiéndose una condición suspensiva, según la cual «la eficacia de todos los pactos quedaba condicionada al cumplimiento en todos sus términos del contrato de compromiso de constitución de una sociedad anónima entre el grupo comprador y Construcciones y Contratas (Cartera Central)».

c) Así pues, todas las cantidades que el Grupo Construcciones y Contratas percibió por la venta fueron inferiores a los que ese mismo grupo aportó a Cartera Central. Todo lo percibido por la venta de Urbanor se invirtió en dicha sociedad financiera y el grupo de los acusados tuvo que añadir unos 3.000 millones de pesetas más.

d) Lo convenido insiste el impugnante aunque aparentemente se instrumentara como dos compraventas vinculadas, lo que realmente se había pactado entre KIO y Construcciones y Contratas era una permuta o intercambio de activos y en la permuta los precios pasan a ser secundarios. Sin embargo, para los accionistas minoritarios sí fue una venta real, pues por la enajenación de sus derechos percibieron un precio en efectivo.

4. El planteamiento que acabamos de realizar es fruto de una interpretación parcial e interesada del recurrente.

Los hechos probados no apuntan a la versión propugnada. Los acusados individualmente vendieron los derechos de suscripción preferente por un precio que se especifica en los mismos y también lo hizo la sociedad participada íntegramente por aquéllos, Corporación Hispánica, S. A. Ambas operaciones se articularon como sendas compraventas y no como permutas.

Los mismos hechos probados describen que el dinero preciso para adquirir las acciones del B. Central, provenía de la venta de los terrenos de Plaza de Castilla. Ello hacía que el propósito de obtener un mayor precio resultara esencial para conseguir el numerario que debían destinar a suscribir el capital de Cartera Central.

Por otra parte, no todo lo obtenido por Corporación Financiera Hispánica y por Alberto C. y Alberto A. fue aportado a Cartera Central, pues fueron otras dos sociedades (Portland Valderribas, S. A. y Fomento de Obras y Construcciones, S. A.) las que con sus aportaciones completan las ampliaciones de capital de Construcciones y Contratas Internacional, necesarias para la creación de la nueva sociedad financiera.

Prueba definitiva de la naturaleza de compraventa es la asignación de un precio específico a las distintas transmisiones y efectiva percepción del mismo. Así, los acusados venden a 172.368 ptas./m² y Corporación Financiera Hispánica al escandaloso precio de 388.918 ptas./m², pues a ella fue a acrecer la diferencia de precio no percibido por los socios minoritarios.

Realmente, la ficción de una permuta no pasa de ser eso, pues lo mismo podía predicarse de las cosas o productos que pudieran haber comprado los otros socios con el efectivo que recibieron. Perfectamente podría afirmarse que lo adquirido se permutaba con lo vendido.

El argumento, debe desestimarse y con él el motivo. Rechazados todos los formulados por este recurrente, deben imponerse las costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 LECrim.

Decimocuarto.—Alberto A. en el motivo 6.º del recurso, vía artículo 849.1.º LECrim., estima igualmente infringido el artículo 528 del Código penal de 1973, equivalente al actual 248.1, en relación a los artículos 1274, 1445 y 1446 del Código civil, que considera también incorrectamente aplicados, al no integrar en el objeto de los contratos celebrados todas las prestaciones y contraprestaciones pactadas y satisfechas entre las partes, así como la interdependencia causal de la venta de las acciones de Urbanor y la compra de acciones del Banco Central.

1. La última de las dos cuestiones aludidas (ap. A del recurso) coincide con la que hizo el correcurrente en el motivo anterior. La pretensión, sin razón sostenida, rechaza cualquier comparación de contraprestaciones y precios entre negocios jurídicos, que son diversos por su contenido obligacional y por su estructura causal. Nos remitimos a lo ya dicho: los contratos celebrados fueron de compraventa y no de permuta, como proclama el *factum*, al que debemos pleno respeto y sumisión, dado el cauce procesal utilizado.

2. Las restantes compraventas (las afectantes a los socios minoritarios) a las que se refiere el apartado B) del motivo tienen que valorarse según la tesis del recurrente como causa y contraprestación de las mismas, y por ende como precio en el que se incluirían todos los encargos de proyectos, direcciones de obra y contratos de ejecución de obra, que se vinculan a la venta de solares, lo que configuraría un esquema negocial múltiple, diverso y heterogéneo, donde es imposible la comparación de precios que lleva a cabo la sentencia recurrida.

En ocasión de resolver el 2.º motivo del señor C., ya aludimos al carácter y naturaleza de estas prestaciones complementarias. Estaban ya acordadas en una antigua Junta general de accionistas, las conocían todos ellos y además quedaban fuera y aparte del contrato de compraventa de acciones de suscripción preferente, aunque algún socio con propósitos de aseguramiento de la prestación en el futuro, la condicionara o elevara a causa en el contrato de venta de derechos de Urbanor.

El relato histórico de la sentencia parte del hecho cierto de que el señor S. y el señor S. M., como representantes de los dos grupos minoritarios, accedieron a la venta en las condiciones que Alberto C. y Alberto A. les habían comunicado en un primer momento, que no eran otras sino que KIO estaba dispuesto a adquirir las participaciones a un precio de 150.000 ptas./m² edificable y que era imprescindible para que tuviera lugar la venta que se transmitiera, al menos, el 95 por 100 del capital social.

Por tanto, se partía de un esquema común, con un valor unitario del metro cuadrado de superficie, sin perjuicio de que las prestaciones complementarias pactadas fueran condición para efectuar la venta.

En cualquier caso, no se dice que la causa y razón de señalar aquel precio fueran las contraprestaciones, que por cierto no afectaban a los demás socios minoritarios.

Por último, si deben incluirse tales contraprestaciones en el precio, habría que proceder del mismo modo con las que se reservaron para sí Construcciones y Contratas, que recayó sobre un encargo no desdeñable de construir el 70 por 100 de las obras.

El motivo debe rechazarse y con él el recurso, las costas del mismo deberán imponerse, conforme al artículo 901 LECrim.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

Múltiples perjudicados: médico que suministra a enfermos de cáncer un supuesto medicamento curativo, no autorizado por las autoridades sanitarias, compuesto de urea y de suero fisiológico, a sabiendas de su falta de eficacia terapéutica

Decimosexto.—La doctrina jurisprudencial (SSTS, entre otras, de 3 de julio de 1995, 15 de febrero de 1996, 7 de noviembre de 1997, 4 de mayo y 17 de noviembre de 1999 y 7 de octubre de 2002), identifica los siguientes elementos integradores del delito de estafa:

1.º Un engaño precedente o concurrente, antes traducido en alguno de los ardis o artificios incorporados al listado del Código de 1973, y hoy, tras la Ley 8/1983 y el Código penal de 1995, concebido con criterio amplio, sin enunciados ejemplificativos, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de todas las circunstancias del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la men-

dacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonestada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concorra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5.º Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el artículo 528 del Código penal de 1973 y el artículo 248 del Código penal de 1995, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima.

En relación al elemento del engaño, las Sentencias de esta Sala, de 23 de abril de 1992, 23 de enero de 1998 y 4 de mayo de 1999, entienden que consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos. Las Sentencias de 22 de noviembre de 1986, 10 de julio de 1995, 31 de diciembre de 1996, 7 de febrero de 1997 y 4 de mayo de 1999, han admitido la posibilidad de un engaño omisivo como elemento integrador de la estafa, cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial.

Asimismo la Sentencia de 19 de octubre de 2001, recogiendo lo anteriormente expresado por las resoluciones de 29 de septiembre de 2000, y 26 de junio de 2000, insiste en que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado.

Decimoséptimo.— Pues bien, en el caso actual, como razona detalladamente la sentencia de instancia, es claro que el acusado generó un riesgo jurídicamente desaprobado: 1.º afirmando públicamente que curaba el cáncer en un 90 por 100 de los casos, a sabiendas de la falta de certeza de dicha afirmación como se constató trágicamente en sus pacientes; 2.º afirmando ser especialista en oncología para reforzar la credibilidad de su afirmación, lo que tampoco era cierto; 3.º utilizando las cartas de agradecimiento que por cortesía le remitían diversas personalidades médicas e instituciones como respuesta al envío gratuito de su libro, para presentarlas como aval científico de su tratamiento, que él mismo sabía que no se había sometido a ensayo clínico alguno por prohibición de las autoridades sanitarias; 4.º utilizando a los propios pacientes y a sus familias, cuando experimentaban alguna mejoría transitoria aunque terminaran lamentablemente falleciendo, para atraer a otros enfermos cance-

rígenos; 5.º utilizando la propia gravedad de la enfermedad y los límites de la medicina científica en su tratamiento, para ofrecer a los pacientes y sus familias, con alto precio y pingües beneficios, un tratamiento aparentemente milagroso, integrado en realidad por un producto inocuo, aprovechándose de su desesperación y de la angustia de su situación.

En fin, a través de la realización de un aparatoso montaje que se describe minuciosamente en la sentencia de instancia, con vídeos, entrevistas, recopilación de manifestaciones de pacientes supuestamente curados, etc. que pretendían otorgar una aparente base científica y seriedad a un tratamiento manifiestamente ineficaz.

Por lo que se refiere al ánimo de lucro, los datos expresados en la sentencia de instancia son manifiestos. El condenado cobraba por sus tratamientos entre seiscientas y setecientas mil pesetas, remitiendo con posterioridad a los enfermos para su inoculación en su propio domicilio el producto «A.risán» a un precio de setenta mil pesetas el envase, cuando estaba fabricado artesanalmente por el propio acusado a base de urea y suero fisiológico y su coste superaba escasamente las mil pesetas. Según consta en el relato fáctico, el propio administrador de la clínica fijó en alrededor de ciento veinte millones de pesetas anuales las ganancias netas del condenado.

Procede, en consecuencia, confirmar la condena impuesta al recurrente por el delito de estafa de especial gravedad y afectación de múltiples perjudicados, previsto y penado en los artículos 528 y 529.6 y 7 del CP/1973.

Decimoctavo.—El recurrente fue también condenado como autor de un delito contra la salud pública definido en el artículo 344-ter.3 y 4 del Código penal de 1973 (arts. 362. 2.º y 3.º del Código penal de 1995).

Las conductas sancionadas en el párrafo segundo del artículo 362, antes 344-ter. 3.º, consisten en la imitación o simulación de medicamentos o sustancias análogos, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos y poniendo con ello en peligro la vida o la salud de las personas.

Refiriéndonos específicamente a los medicamentos la imitación exige la existencia de un modelo de medicamento real que se trata de suplantar. La simulación no pretende suplantar modelo alguno, sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido legalmente reconocida como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee.

El artículo 7.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, establece que la elaboración, fabricación, importación, exportación, distribución, comercialización, prescripción y dispensación de productos o preparados que se presentaren como medicamentos y no estuvieran legalmente reconocidos, dará lugar a las responsabilidades y sanciones previstas en el Capítulo Segundo del Título Noveno de esta Ley, con independencia de las medidas cautelares que procedan.

Cuando estas conductas pongan en concreto peligro la vida o la salud de las personas, la sanción meramente administrativa es insuficiente, y por ello se califican como delictivas en los párrafos segundo y tercero del artículo 362 del Código penal de 1995 (antes 344 ter.3.º, y 4.º del Código penal de 1973).

Es medicamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental.

Decimonoveno.—El recurrente, amparado en su condición de médico, fabricaba y vendía una sustancia, que presentaba como medicamento capaz de prevenir y curar el cáncer («hace que el tumor se elimine y desaparezca»), y que realmente era inefi-

caz, lo que al mismo le constaba. Esta sustancia, de su invención, compuesta básicamente de suero y urea, era vendida como un medicamento sin la previa autorización sanitaria de la Administración del Estado, y sin haberse sometido a ensayos clínicos. La prescripción de esta sustancia por el condenado determinó que un número relevante de pacientes abandonaran otros tratamientos contra el cáncer, confiando su curación al producto vendido por el condenado, atendiendo a las cualidades terapéuticas afirmadas por el recurrente y que, en realidad, dicho producto no poseía. De este modo se puso en concreto peligro la salud y la vida de estos pacientes, dada la peligrosidad de la enfermedad cancerígena que padecían. Un número muy elevado de los pacientes que optaron por el consumo de esta sustancia ineficaz han muerto efectivamente, aun cuando no se ha formulado acusación por dichos resultados, probablemente por la dificultad de acreditar un nexo causal directo, limitándose la condena al delito de peligro contra la salud pública (párrafos segundo y tercero del artículo 362 del Código penal de 1995, antes 344-ter.3.º, y 4.º del Código penal de 1973).

La parte recurrente impugna esta condena alegando, en primer lugar, que el producto era eficaz, alegación que no puede ser acogida en este momento pues contradice los hechos probados, en los que se refleja el resultado de un completísimo dictamen pericial que acreditó, fuera de toda duda, la absoluta ineficacia de la sustancia.

En segundo lugar se alega que si la sustancia era inocua, como se expresa en el relato fáctico, no podía poner en peligro la salud o la vida de los pacientes. Sin embargo se olvida que, como señala la sentencia de instancia, la puesta en peligro concreto de la salud o la vida de los pacientes no se produce en este caso por los efectos nocivos de la sustancia en sí misma, sino por el hecho de su absoluta inoperancia y porque, como reconoce el condenado, su administración sustituyó al tratamiento médico convencional, con lo cual en una enfermedad de tan acusada gravedad como el cáncer, la confianza de los pacientes en esta sustancia inocua impedía que acudiesen o conservasen otros tratamientos más efectivos, poniendo con ello en grave peligro su salud y su vida.

En los delitos de peligro concreto se exige un peligro próximo o inmediato de que se materialice la probabilidad de lesión para el bien jurídico. Y es claro que los pacientes enfermos de cáncer que abandonaron su tratamiento original o prescindieron de someterse al mismo, por consumir el ineficaz pseudo-medicamento del condenado, tal como consta relacionado en numerosos casos concretos en los hechos probados, se pusieron en peligro próximo e inmediato de agravamiento de su enfermedad, falleciendo en un número relevante de casos. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

No existe engaño bastante en el caso de utilización de tarjeta de crédito sustraída en operación de compra en establecimientos comerciales, sin que por los empleados de los mismos se comprobase la identidad de la persona que utilizaba la tarjeta

Primero.—La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recurrente por una falta de hurto, un delito continuado en concurso con otro delito continuado de estafa.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 248 del Código penal. Entiende que no concurre en el hecho el requisito del engaño bastante, alegando, con cita de la STS de 3 de mayo de 2000 y las que en ella se citan, que «para que el engaño sea bastante es preciso que el

infractor haya debido vencer con su engaño la barrera de defensa». La jurisprudencia de esta Sala, en la sentencia citada, afirma, en un supuesto similar al que es objeto del enjuiciamiento, en el que el acusado provisto de una tarjeta de crédito de la que no era titular realizó diversas compras en las que los vendedores no solicitaron la acreditación del comprador, que «no se cuestiona que el empleado de la tienda fuera engañado, lo que se afirma es que el engaño fue por su conducta negligente, y por lo tanto no fue bastante ya que contribuyó y decisivamente en su propia victimización».

El motivo debe ser estimado. La jurisprudencia de esta Sala ha abordado en sus sentencias los requisitos del engaño, como elemento típico de la estafa, en las que se parte de una interpretación consecuente con el bien jurídico protegido y el fin de protección de la norma que no puede alcanzar a las imprudencias en la necesaria autotutela del propio patrimonio. El engaño, como componente psicológico y doloso de la culpabilidad, constituye el nervio y alma de la infracción, sin cuya concurrencia no existe la acción típica, y las modalidades de su aparición se extienden a un amplio espectro de manifestaciones que abarca cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación insidiosa, falacia o mendacidad con que se crea una apariencia de verdad que se despliega sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial. Pero no todo engaño es típico. El legislador exige que la conducta engañosa debe ser «bastante» para producir error en la víctima induciendo a ésta a realizar el acto de disposición que persigue el agente. La jurisprudencia ha venido interpretando el término «bastante» como idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima (véanse SSTS de 5 de octubre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 8 de febrero de 1983, 29 de marzo de 1990, 15 de julio de 1991, 23 de abril y 7 de noviembre de 1997, 26 de julio y 27 de noviembre de 2000, y 23 de octubre de 2002, entre otras muchas).

Estas previsiones jurisprudenciales nos permiten enmarcar el estudio del engaño y su calificación de suficiente en el caso concreto de la impugnación. Como hemos señalado al reproducir el hecho probado nos encontramos ante una modalidad de estafa en triángulo, en el que la persona destinataria del engaño no es la perjudicada y la conducta se desarrolla en un establecimiento mercantil en el que las operaciones de compra y venta se desarrollan según unos usos sociales y comerciales, regidos por la buena fe. Desde esta perspectiva, el relato fáctico declara que el recurrente realizó una operación de compra y la realizó con la mera exhibición de la tarjeta de crédito. El examen de las actuaciones, propiciada por el artículo 899 de la Ley Procesal Penal permite constatar que la empleada de una de las tiendas que le atendió afirma que no pidió la documentación, porque en esa época no era preciso solicitarla, y no se dio cuenta si la tarjeta correspondía a un hombre o a una mujer, porque no la examinó, limitándose a introducirla en el terminal de la empresa que activó la tarjeta de crédito.

Es cierto que como hemos declarado reiteradamente el engaño puede tener lugar no sólo a través de una acción manifiesta, sino también por medio de una acción concluyente (STS de 6 de julio de 2001), pero siempre requiere que se apoye en una asechanza al patrimonio ajeno y que el sujeto activo realice una actividad engañosa suficiente para vencer la defensa del engañado frente a la acción del sujeto activo.

Éste se limitó a presentar la tarjeta de crédito y sin una atención mínima de la persona que la recibía como pago, conforme exigen los usos comerciales, realizó la disposición económica. Cuando el sujeto pasivo de la estafa realiza la disposición ésta no aparece causalmente relacionada con el engaño, sino con la presentación de la tarjeta sin indagación mínima de la persona que lo efectúa.

El delito de estafa del artículo 248.1 CP es un delito de los denominados de relación, que requieren un contacto personal entre un sujeto activo y otro pasivo en el que se integra el engaño. La conducta declarada probada refiere esa relación personal y refiere que el engaño, esto es la apariencia de titularidad de la tarjeta se realiza por una persona hacia otra persona. Desde esta perspectiva el engaño es a una persona y no a una máquina. Cuando la conducta se realiza frente a una máquina, mediante las formas comisivas del artículo 248.2 CP nos encontramos con la denominada estafa informática (*Vid.* STS de 20 de noviembre de 2001).

La cualificación del engaño como bastante dependerá de una parte en las exigencias derivadas de la buena fe que debe regir las operaciones de comercio, con sus respectivas pautas de confianza y de desconfianza, y de otra, el cumplimiento de deberes que contractualmente obligan a los comercios para disponer de este tipo de medio de pago. En este orden de cosas las exigencias de comprobación de la identidad del sujeto que presenta una tarjeta de crédito para su utilización como medio de pago, y la comprobación de la pertenencia es requisito exigible y exigido por las reglas comerciales, y constituyen una práctica corriente en la contratación, que tiende a proteger a los legítimos titulares y a las entidades que garantizan al comerciante el pago de la mercancía.

En el caso de autos no se realizó la mínima comprobación de identidad, ni siquiera si el que presentaba la tarjeta era hombre o mujer, por lo que el engaño, no puede ser calificado de bastante, para considerarlo causal al desplazamiento económico.

Consecuentemente no concurrió el engaño típico de la estafa y el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 3 de junio de 2003)

ARTÍCULO 251.2

Estafa por doble venta: no exigencia de traditio

Cuarto.—Los siguientes tres motivos formalizados, también al amparo del artículo 849.1 LECrim., se enderezan a denunciar la indebida aplicación del artículo 531.2 CP 1973 en su manifestación de la estafa específica de «doble venta», que dispone que incurrirá en las penas señaladas en el artículo 528 CP 1973 «el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado».

Los tres motivos deben ser desestimados.

A) El octavo relaciona la indebida aplicación del artículo 531.2 con la vulneración de los artículos 25.1 y 9.3 CE (principio de legalidad) y con los artículos 609 y 1462 CC. Lo que el motivo pone en cuestión es la punibilidad de la doble venta cuando la primera no ha ido seguida de la entrega material o ficticia de la cosa vendida (hay título pero no *traditio*) conforme al Texto derogado. En el vigente artículo 251.2 la introducción de la frase «antes de la definitiva transmisión al adquirente» despejaría cualquier duda interpretativa. En la medida que la Audiencia ha condenado aplicando el artículo anterior entiende el recurrente que se ha vulnerado el principio de legalidad mediante la aplicación del Texto vigente a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

Ciertamente la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales. Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (arts. 609, 1095,

1462 CC) de forma que no consumándose la venta con la *traditio* el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código (SSTS de 17 de diciembre de 1976, 17 de noviembre de 1977, 18 de octubre de 1978, 22 de julio de 1984, 25 de febrero de 1985, 26 de julio de 1988, 15 de octubre de 1990, 29 de enero de 1992, 19 de junio de 1997, 2 de abril de 1998 y 20 de julio de 2000, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin *traditio* y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos CC. (SSTS de 9 de octubre de 1968, 15 de abril de 1970, 21 de marzo de 1977, 11 de junio de 1979, 20 de octubre de 1988, 30 de marzo de 1990, 3 de julio de 1992, 14 de febrero de 1994, 13 de octubre de 1998, 28 de junio y 19 de noviembre de 2002, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código civil el artículo 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 CC, que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis que considera suficiente la venta en documento privado sin *traditio* posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de «doble venta». Como expone la reciente STS de 28 de junio de 2002, con cita de la precedente de 14 de febrero de 1994, «la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado», añadiendo que «si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo

lo 1450 del Código civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado». La STS de 19 de noviembre de 2002, abunda en esta línea, argumentando que «los dos párrafos del artículo 531 del CP, texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato –título– no ha transmitido la cosa –modo–, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la *traditio*, entendiendo que existe un derecho de crédito del comprador frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del artículo 531 (texto de 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 531 del Código penal aplicable a los hechos».

De conformidad con esta línea precedente, por todas las razones expuestas, debemos concluir que en el presente caso se consumó el delito porque el vendedor tras enajenar al querellante en fecha 14/03/89 la vivienda unifamiliar NUM003 y percibir como parte del precio de la misma la suma de 7.000.000 de pesetas, que el comprador no ha recuperado, el 31/12/91 volvió a vender en escritura pública dicho inmueble a favor de una tercera persona, «quien llegó a pagar una cantidad extra de 3.000.000 de pesetas para conseguir el cambio de vivienda, de la NUM004 a la NUM003, no logrando esta última hacerse con la propiedad a consecuencia de las acciones ejercitadas por el Banco y sin que este segundo inmueble fuera recuperado por su legítimo titular».

B) El motivo noveno se refiere a la falta de dolo del recurrente en relación con el artículo 531.2 CP. Igualmente aduce que no se causó ningún perjuicio a la segunda compradora que es un tercer adquirente de buena fe. Lo que sucede en este tipo específico de estafa es que no existe un engaño inicial, ni lo exige el precepto, pero sí indudablemente concurre el perjuicio del primer adquirente que había pagado la parte correspondiente del precio no obteniendo su restitución ni la recuperación del inmueble.

C) Por último, el décimo motivo formalizado también por aplicación indebida del artículo 531.2 CP 1973, con cita del artículo 25.1 CE, aduce que el acusado ha sido condenado dos veces por los mismos hechos. Lo que sostiene es que la punición del delito de apropiación indebida excluye la estafa «por cuanto que una vez que mi representado ha sido condenado por la apropiación indebida a la devolución de las cantidades percibidas anticipadamente, se produce la rescisión del contrato de compraventa en virtud de lo previsto en el artículo 3.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio». Tampoco asiste la razón al recurrente por cuanto, con independencia de que la responsabilidad civil derivada de uno y otro delito pueda coincidir total o parcialmente, lo cierto es que se trata de dos conductas típicas diferentes que impiden la aplicación del *non bis in idem*. Prueba de ello es que cuando tiene lugar la consumación del de-

lito de estafa de «doble venta» el de apropiación indebida podía estar ya consumado. Se trata, en suma, de dos acciones diferentes, que corresponden a dos sustratos fácticos distintos.

(Sentencia de 18 de octubre de 2003)

ARTÍCULO 252

Abogado que hace suyo dinero recibido de cliente que debía entregar a asesoría jurídica para la que trabajaba: existencia de abuso de confianza propio del delito de apropiación indebida, sin que haya una especial relación personal previa entre los sujetos que motive la agravación de la conducta

Quinto.-1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., se denuncia la infracción del artículo 250.1.7.º del CP, por indebida aplicación, y por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ, la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución que reconoce el principio *non bis in idem*.

Se aduce que partiendo de los hechos probados si el señor C., entregó al señor M., un millón de pesetas fue porque era su abogado en el asunto para el que dicho dinero había sido requerido. Si el abogado se lo quedó, en lugar de entregárselo a la asesoría jurídica para la que trabajaba, rompió la confianza que le constituyó en poseedor y cometió un delito de apropiación indebida, pero nunca tal delito agravado, que es lo que hace la sentencia de instancia lo que supone «desvalorar por la misma razón dos veces la misma conducta y con ello exasperar injustificadamente la pena de prisión y añadirle una multa».

La alegación es clara y convincente. La queja ha de prosperar y deja sin contenido la formulada en el motivo siguiente, que es su consecuencia, como luego se dirá.

2. La jurisprudencia de esta Sala y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida y han destacado como elemento la existencia de un abuso de confianza «de tal modo que la infracción de la obligación adquirida no constituya tan sólo un incumplimiento contractual, sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal» (SSTS de 4 de octubre de 1996 y 21 de abril de 1999). En el mismo sentido, se ha declarado que la antigua agravante genérica del abuso de confianza era incompatible con aquellos delitos en los que el abuso de confianza estaba implícito en su estructura, como la estafa y la apropiación indebida. (STS 28 de junio de 1989).

El Código penal de 1995, recoge como agravación específica del delito de apropiación indebida una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza y consiste en el abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o el aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional, caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la apropiación indebida. Si cada apropiación indebida supone un quebranto de una confianza depositada en el sujeto activo, la aplicación del tipo agravado supone un «plus» en esa relación de confianza «distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la relación de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo». En este sentido STS de 28 de abril de 2000, que cita la de 3 de enero de 2000.

La aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, cierta-

mente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, concurren determinadas relaciones previas ajenas a la relación jurídica subyacente constitutivas de una mayor gravedad del genérico quebranto de confianza consustancial al tipo penal.

En la última de las sentencias citadas se dice que el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse simultáneamente como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo, como ya había declarado esta Sala con relación a la agravante 8.^a del artículo 10 del Código penal de 1973. En dicha sentencia se añade que «El actual número 7.^o del artículo 250 que contiene subtipos agravados de estafa, aplicables también al delito de apropiación indebida por expresa remisión del artículo 252 recoge en realidad dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la “credibilidad empresarial o profesional”, del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las “relaciones personales existentes” entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy varia naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio» (STS de 3 de enero de 2000, citada por el recurrente).

3. En este caso abusó de la confianza en el sentido que es propio de toda apropiación indebida, sin el plus de desvalor que representa el subtipo agravado del artículo 250.1.7.^o del Código penal aplicado erróneamente por la Sala de instancia, con vulneración del principio *non bis in idem* garantizado por el artículo 25.1 de la Constitución.

Los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con el artículo 249 del CP conminados con una pena de seis meses a cuatro años, estimándose proporcionada, para individualizarla, la de un año de prisión, teniendo en cuenta todos los factores señalados en el segundo inciso del artículo 249 y en la regla 1.^a del artículo 66, ambos del CP y que fue, precisamente, la solicitada por el Ministerio Fiscal en la instancia.

El motivo ha de ser estimado.

(Sentencia de 4 de febrero de 2003)

Administración desleal: concepto; cuando ciertas conductas puedan incardinarse tanto en el artículo 252 como en el artículo 295 del CP/1995, procede resolver optando por aplicar el precepto que imponga pena más grave. Existencia: administración desleal; director de sucursal bancaria que realizaba una actividad financiera al margen de la propia del banco, utilizando para ello los medios que éste le proporcionaba como consecuencia de su cargo

Primero.—La sentencia de instancia condenó al recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 del Código penal, con las agravantes específicas de los números 6.^o y 7.^o del artículo 250 a la pena de 4 años de prisión y multa de 10 meses y como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y oficial del artículo 392 a la pena de 2 años de prisión y multa de nueve meses.

El primer motivo del recurso se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en él sostiene el recurrente que se ha infringido el artículo 295 del Código penal, con arreglo al cual debieron calificarse los hechos, lo que, habida cuenta de la inexistencia de acusación conforme a esa calificación, debería conducir a una sentencia absolutoria. Afirma el recurrente que toda su actuación se desarrolló con autorización y conocimiento del Banco, de manera que los contratos suscritos por los clientes no lo fueron con el acusado a título particular, sino con la entidad bancaria. Siempre actuó dentro de sus funciones como director de la sucursal realizando actos de gestión sobre bienes de la sociedad, aunque se haya extra-limitado y haya causado un perjuicio patrimonial a la sociedad.

Asimismo afirma que no se aprecia la existencia de ánimo de lucro y que se ha aplicado indebidamente la agravación prevista en el artículo 250.7.º pues en toda apropiación indebida se da un abuso de las relaciones entre autor y víctima.

Esta Sala ha venido señalando con reiteración, STS de 2 de noviembre de 2001, que «en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían como sigue 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 *strayendo* 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*, como se dijo literalmente en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, que precisó, más adelante, que de acuerdo con esta interpretación el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el artículo 535 del CP/1973 sugiere con claridad lo que separa a la apropiación indebida 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 convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona» (SSTS de 17 de octubre de 1998 y 12 de mayo de 2000).

Es posible que puedan producirse supuestos en los que la conducta quede incluida al mismo tiempo en las previsiones del artículo 252 y en las contenidas en el artículo 295, pues siempre que se produzca una apropiación de bienes o una distracción de dinero por parte del administrador respecto de aquellos bienes sobre los que recae su administración, podrá afirmarse que aquél habrá desarrollado su acción en el ámbito de una administración fraudulenta, en cuanto que su conducta perjudica y defrauda conscientemente la confianza del administrado en la persona en cuyas manos ha puesto su patrimonio.

Como recuerda la STS de 16 de febrero de 2001, «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 lige-

ramente 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 consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave». En este mismo sentido, la STS de 15 de diciembre de 2000.

Efectivamente, no puede sostenerse que el legislador, conocedor de la doctrina de esta Sala que situaba los actos de administración desleal o fraudulenta consistentes en apropiación de bienes o distracción de dinero en el ámbito del artículo 535 del anterior Código penal, haya pretendido beneficiar a los autores de esas conductas cuando ejecuten los hechos en el ámbito societario. Más lógico será entender que el artículo 295 se dirige a sancionar conductas que, no siendo susceptibles de calificarse como delitos de apropiación indebida, que quedarían comprendidas en el artículo 252, consisten sin embargo en actos de administración desarrollados en el ámbito propio de la sociedad, que impliquen disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones a cargo de la sociedad que supongan un beneficio propio o de tercero y al mismo tiempo un perjuicio económicamente evaluable para los titulares del patrimonio administrado.

La vía casacional elegida impone el respeto a los hechos probados de la sentencia, de manera que la verificación que corresponde realizar se circunscribe a la corrección de la aplicación de la Ley Penal a los hechos, sin añadir otros ni prescindir de los declarados probados.

La sentencia de instancia, en una pormenorizada descripción de los hechos, declara probado que el acusado realizaba una actividad financiera al margen de la propia del Banco, en una de cuyas sucursales en Orense era director. Para ello captaba fondos de los clientes siguiendo una doble mecánica: confeccionaba documentos en los que se hacía constar la adquisición de pagarés de empresa u otros productos financieros, o procedía a la apertura de libretas de ahorro, utilizando ejemplares oficiales del banco pero sin que en ningún momento tuvieran entrada en la entidad financiera como tales operaciones. Siempre recibiendo a cambio dinero en metálico o títulos valores realizables. Asimismo, sigue el relato de hechos, el acusado, utilizando la habilitación que tenía como director de la sucursal, retiró fondos de la caja de la entidad, con cargo a otras libretas de ahorro o cuentas bancarias. En ocasiones realizó diversos documentos que le fueron entregados para obtener su cobro, disponiendo para su actividad de los fondos así obtenidos.

En los hechos se describe también la forma en que la entidad descubrió los hechos, afirmando en la fundamentación jurídica que no puede admitirse que la entidad bancaria tuviera cumplido conocimiento de las actividades llevadas a cabo por el recurrente.

Las referencias a la descripción de los hechos contenidos en la sentencia que se acaban de hacer ponen de manifiesto que la conducta del acusado excedió claramente lo que podría considerarse una administración fraudulenta para entrar de lleno en el campo de la apropiación indebida, una vez excluida de los hechos probados la posibilidad de que actuara de acuerdo con la entidad. Aprovechando las facilidades derivadas de su función como director de la sucursal de la entidad, recibía de sus clientes cantidades de dinero con unas precisas finalidades vinculadas a la realización de operaciones económicas con el propio banco, de las cuales disponía el acusado para finalidades distintas, orientadas a su propio beneficio, ocultando tanto a los clientes

como al propio banco la recepción y destino de aquéllas, pues emitía documentos que no respondían a la realidad relativos a la adquisición de productos financieros o entregaba libretas confeccionadas con impresos oficiales, con los que las dotaba de una apariencia de normalidad, pero que nunca tenían reflejo en la contabilidad del banco. Conductas que se completaban con la retirada de fondos sin autorización ni reflejo alguno en la contabilidad para el desarrollo de esas actividades.

Una vez examinada la descripción de los hechos efectuada por la sentencia de instancia no es preciso un gran esfuerzo argumentativo para deducir de ella la existencia de ánimo de lucro, pues se desprende la utilización en sus propias actividades del dinero entregado para otras finalidades por los clientes del banco.

Finalmente, hemos de hacer una referencia a la agravante 7.ª del artículo 250 del Código penal, pues viene a sostener el recurrente que al apreciarla en un delito de apropiación indebida se vulnera el principio *non bis in idem*. Efectivamente, el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse a la vez como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo y de apreciarse se vulneraría el *non bis in idem* y el principio de legalidad.

Como estableció la Sentencia de 3 de enero de 2000, el número 7.º del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy variada naturaleza ha de añadir un plus desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

La sentencia de instancia nada dice en los hechos probados. Sin embargo, en la fundamentación jurídica, fundamento derecho primero, afirma textualmente que el acusado «se prevaleció de su credibilidad profesional para la captación de los fondos que luego desvió y así resultó de múltiples testimonios recogidos en el juicio oral en los que se ponía de manifiesto, de forma evidente, la confianza que los depositantes tenían en el director de la sucursal, con el que trataban y negociaban de forma exclusiva las cuestiones patrimoniales de los depositarios» (*sic.*). De este razonamiento, con el contenido fáctico que incorpora, puede obtenerse que las razones de la confianza que tenían en el acusado quienes le entregaban su dinero no se basaban solamente en su calidad de director, sino también en sus relaciones personales con él, lo cual permite la aplicación de la agravante, lo cual, por otro lado, resulta irrelevante a los efectos de la penalidad al concurrir la agravación prevista en el apartado 6.º de dicho artículo 250, visto que la cantidad distraída ascendió a 941.879.355 pesetas.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 3 de febrero de 2003)

Abogado que hace suyas indemnizaciones pagadas para los clientes: concurso de normas entre apropiación indebida y deslealtad profesional siendo ésta absorbida por aquélla

Recurso del Ministerio Fiscal

Único.—Lo ha formulado por infracción de ley, de las del artículo 849,1.º LECrim., por inaplicación de los artículos 252 y 249 Código penal.

El argumento de apoyo es que por la forma en que la sentencia describe la acción de los acusados relativa al importe de la indemnización que percibieron actuando profesionalmente por encargo de los denunciantes, resulta evidente la existencia de un acto de disposición definitiva sobre ese dinero; que negaron haber recibido. De forma que concurre el supuesto de hecho de los preceptos sustantivos citados.

La lectura de los hechos probados hace patente: *a)* que los letrados que han sido acusados en esta causa tenían el encargo de actuar profesionalmente en defensa de los intereses de los herederos de Manuel T. R., fallecido tras ser arrollado por un automóvil, cuando después de haber consumido heroína irrumpió en la carretera C-234 de forma brusca; *b)* que los primeros, actuando en ese concepto, llegaron a un acuerdo extrajudicial con la aseguradora, que les hizo entrega de un talón por 4 millones de pesetas, librado el 29 de julio de 1998; *c)* que a cambio de esa suma firmaron un recibo y la renuncia a cualquier acción, en nombre de sus clientes, y también hicieron saber al Juzgado que habían llegado a un acuerdo sobre la indemnización, con renuncia a las acciones correspondientes; *d)* que ingresaron esa cantidad en la caja fuerte de su despacho, sin comunicar nada al respecto a los interesados; *e)* que, además, como respuesta a sus llamadas y visitas, «les dieron largas [...] y ante su insistencia les manifestaron que el asunto habría sido archivado por falta de pruebas, por lo que, en su caso, habría que intentar las acciones civiles...»; *f)* que los letrados, al tener conocimiento, por el propio Juzgado de que habían sido denunciados, comunicaron por telegrama de 26 de septiembre de 2000 a los padres del fallecido que tenían la indemnización en su despacho; *g)* que al no recibir respuesta, el 16 de octubre siguiente, consignaron en el Juzgado 3.128.000 pesetas, fruto de descontar de la suma global el importe de sus honorarios profesionales (696.000 pesetas) y 150.000 pesetas abonadas al conductor implicado.

El Tribunal de instancia ha considerado que lo descrito ilustra sobre una actuación que merece el calificativo de «mera retención temporal» del metálico percibido, «que podrá ser calificada de viciosa, desleal e incluso generadora de alguna suerte de responsabilidad», pero que no habría determinado la incorporación de aquél al patrimonio de los acusados.

El artículo 252 Código penal describe, entre otras, la acción consistente en apropiarse de dinero, legítimamente obtenido, pero con obligación de entregarlo a terceros, simulando antes éstos que esa percepción hubiera tenido lugar. Así, lo contemplado es un supuesto consistente en hacer propio de manera ilegítima y de forma intencional lo que se había recibido con una finalidad de ulterior entrega a otro; circunstancia ésta que, por principio, privaría de licitud a tal forma de proceder.

En este caso, es claro que se da el primer segmento de la descripción típica, puesto que los letrados se hicieron cargo del importe de una indemnización, en el contexto de la actuación profesional que les había sido encomendada, que comprendía, asimismo, el deber de hacerlo llegar a sus clientes. En este punto, la cuestión es pacífica, de manera que se trata de ver si concurrió o no el segundo momento del supuesto típico. Siempre y sólo a tenor de los términos en que se expresa la Sala en los hechos probados, que no pueden alterarse, al ser el suscitado un motivo de infracción de ley por defecto de subsunción.

A este respecto, hay que tomar en consideración la forma de operar de los denunciados a partir del momento en que tuvieron en su poder la indemnización. Como se ha hecho constar, éstos, no se limitaron a ocultar este dato, sino que trataron de hacer creer a sus interlocutores que las actuaciones habían experimentado un desenlace que lo excluía objetivamente. Es decir, les comunicaron que el resultado de las diligencias había sido negativo, desde el punto de vista de sus intereses, y que, por ello, no existía para su pretensión más cauce que el de la reclamación civil. Contando, obviamente, con que se trataba de personas según consta también en los hechos, tempo-

reros y dedicados a la venta ambulante con escasa capacidad para valorar críticamente el contenido de esas explicaciones. De las que, además, formaba parte un ingrediente harto significativo, incluso en lenguaje coloquial: el mal resultado del trámite obedecía a la «falta de pruebas».

Pues bien, a tenor de los elementos de juicio que se han relacionado, hay que determinar si es o no correcta la conclusión del Tribunal, consistente en considerar que lo producido fue como dice la «mera retención temporal» de los fondos.

En una consideración *ex post* no cabe duda que tal es lo finalmente producido, una vez que los inculcados restituyeron el dinero. Pero no es ésta la comprobación que hay que hacer. Lo que importa es determinar cuál fue el ánimo que informó realmente el *modus operandi* objeto de examen. Y en este punto, y por lo ya anticipado, la propia forma en que la Sala de instancia describe los hechos no deja lugar a duda: los acusados recibieron el dinero y ocultaron reflexivamente haberlo recibido, dando por concluida, frente a sus clientes, toda su actuación en el ámbito penal. Excluyendo, por tanto, cualquier posibilidad de que la indemnización pudiera cobrarse en algún momento ulterior.

Así las cosas, lo que se atribuye a los denunciados en la sentencia es haber ejecutado una acción de doble vertiente, consistente, primero, en hacerse cargo de la indemnización; y, segundo, en ocultar este dato, induciendo en los perjudicados la creencia de que su pretensión había fracasado por «falta de pruebas», sin que ya hubiera nada que hacer en la vía emprendida. Con lo que, a la vez que se incumplía de manera actual el deber de entrega de la indemnización a sus auténticos destinatarios, se exteriorizaba con toda claridad el propósito de mantener esa misma actitud, definitivamente, en el futuro.

De este modo, y siempre según los términos de los hechos probados, la conducta de los acusados consistió en retener, con patente intención desde el principio de hacerla propia, la indemnización destinada a los perjudicados por el fallecimiento de Manuel T. R. Con lo que se dan los elementos típicos del artículo 252 Código penal, tal como lo interpreta reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (por todas, Sentencias de 6 de junio y 11 de julio de 2000). Es por lo que debe admitirse el motivo objeto de examen.

(...)

Recurso de Francisco A. B.

(...)

Segundo.—Por la vía del artículo 849,1.º LECrim., se ha aducido infracción del artículo 467.2.º Código penal, por aplicación indebida. El argumento es que los hechos declarados probados no son subsumibles en ese precepto penal, puesto que en ningún caso se habría producido incumplimiento de sus deberes profesionales por parte de los acusados y, en consecuencia, no existiría lesión y ni siquiera puesta en peligro del bien jurídico.

El artículo 467.2.º Código penal cifra la acción típica en perjudicar de forma manifiesta los intereses cuyo cuidado se hubiera confiado, en este caso, a un abogado o abogados.

Pues bien, el motivo debe ser estimado. Pero no por las razones alegadas en su apoyo por el recurrente, sino por lo expuesto al tratar del recurso del Fiscal. Es decir, porque los acusados incorporaron ilícitamente a su patrimonio el importe de la indemnización, que es el modo de obrar que constituye el supuesto del hecho del precepto del artículo 252 Código penal. Así, aunque, en una primera aproximación, la acción perseguida pudiera parecer subsumible en cualquiera de los dos tipos penales

de referencia, puesto que en ambos se requiere la concurrencia de perjuicio, el segundo citado es más específico, ya que contempla una determinada manera de perjudicar de entre todas las posibles al alcance los profesionales, en este caso de la abogacía en la relación con sus clientes, que es, precisamente, la que aquí se ha dado. Es por lo que, en definitiva, la aplicación de este tipo penal excluye la del primero, en aplicación de lo que dispone en artículo 8,1.ª Código penal. Y es el sentido en el que la impugnación ha de acogerse.

(Sentencia de 3 de octubre de 2003)

Apropiación indebida: Atípico en su comisión imprudente. Modalidades: apropiar y distraer: concepto; objeto. Existencia: destinar el dinero recibido para la construcción de viviendas a otras sociedades y fines. Perjuicio patrimonial: requisitos; distinción entre el perjuicio típico y el perjuicio indemnizable; existencia: intervención del Estado y otros organismos públicos ante una grave crisis de promotora de viviendas: la reducción del perjuicio no excluye el tipo. Especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia: inexistencia: no resulta probado por el mero hecho de que los miles de perjudicados fueran personas con necesidad de vivienda social y con unos ingresos bajos. Múltiples perjudicados: inexistencia: incompatible habiéndose apreciado delito continuado. Dolo: concepto; existencia: acusado plenamente consciente del tipo de estructura empresarial creada y de su fragilidad así como de los compromisos contraídos: actuación asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados dándoles un destino diferente. Diferencias con otras figuras: administración desleal. Responsabilidad civil: indemnización de perjuicios morales: absorbidos en el quebranto patrimonial

Tercero.—En el homónimo ordinal y al amparo del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción del artículo 535 CP en relación a los artículos 528, 529.1 y 7 y 69 bis primero, *in fine*, todos ellos del Código penal de 1973, por indebida aplicación de los mismos, dado que los hechos declarados probados no son, en modo alguno, constitutivos del delito mencionado en los antedichos preceptos.

1. Aunque invoca como infringidos los artículos 529-1.º y 7.º y 69 bis, realmente la indebida aplicación provendría de la ausencia del tipo básico sobre el que construir las referidas cualificaciones y la continuidad delictiva. La sentencia, por la vía de la corriente infracción de ley, sólo es combatida en su figura delictiva básica, que se reputa no concurrente en la específica modalidad «distractiva» que se aplica.

El recurrente entresaca o selecciona del amplio relato fáctico una serie de expresiones o afirmaciones que le son favorables, pero sin reparar que la exposición ha quedado mutilada, al resaltar fragmentariamente ciertas descripciones, omitiendo otras.

Pone especial énfasis en considerar ciertas aseveraciones como:

«Los Fondos aportados se hallaban correctamente reflejados en la contabilidad de IGS y PSV, sin que se tergiversaran sus orígenes y destinos».

«Ni al señor Carlos Miguel ni a los otros acusados absueltos les guió ánimo de lucro propio alguno, no habiéndose probado tampoco que al empobrecimiento de la víctima siguiera, en relación causa-efecto, un correlativo incremento patrimonial de los posibles sujetos activos».

2. A pesar de las referencias fácticas que el recurrente expone, termina reconociendo que también del *factum* se extrae un hecho esencial que sería susceptible de integrar una modalidad de apropiación indebida, cuyos elementos constitutivos no se hallan bien definidos y que, a su juicio, es la aplicada indebidamente a la conducta desplegada por él.

Nos dice «el dinero que aportaban los cooperativistas de PSV o los clientes de las promociones de IGS era destinado por el censurante no sólo a la concreta promoción de PSV o IGS, en cuyo seno estuviese inscrito cada cooperativista aportante, sino a otra u otras promociones distintas».

Pero todavía omite otras muchas descripciones de la resultancia fáctica que pondrían al descubierto la concurrencia de los elementos del delito de apropiación indebida en su modalidad conductual de «distracción».

Acomodándonos a la vía procesal que sustenta el motivo, lo que implica plena sujeción a los hechos probados en su conjunto, se dice, entre otras cosas, que «había seis modelos de contratos para la adjudicación del derecho a obtener una vivienda. Todos contenían una cláusula, por la que de modo expreso se vinculaban los fondos del demandante de la vivienda a la ejecución de las obras de la promoción concreta a la que habían sido asignados, incluso designando la cuenta o cuentas bancarias en las que se iban a ingresar... No obstante lo expresado en los contratos, las gestoras de IGS/PSV (en este caso el acusado) aplicaban los fondos obtenidos a cubrir necesidades económico-financieras del grupo con independencia de quiénes fueran los aportantes y cuál fuera el destino pactado, sin proveer las oportunas reservas que les permitiese restablecer la tesorería de cada promoción (reponer los fondos) cuando ello fuera necesario».

En efecto, en todos los contratos que firmaban los cooperativistas relativos a la adquisición de la vivienda se insertaban dos cláusulas que regulaban el destino de los fondos:

1. Que las cantidades entregadas eran a cuenta del precio de la vivienda.
2. Que las mismas quedarían depositadas en una cuenta corriente que se especificaba y que sólo podían ser utilizadas para realizar los pagos de los gastos de la promoción.
3. La primera de las objeciones del recurrente que haría inaplicable en su opinión el artículo 535 CP/1973, sería que la Audiencia considera integrante del delito de apropiación indebida el concreto uso de esos fondos, calificado como contrario al pactado con los cooperativistas, y ello, a pesar de reconocer igualmente que no existe reproche alguno en el hecho de usarlos, incluso aunque ese uso no fuera inmediatamente destinado al fin para el que le habían sido entregados. Así se desprende de las páginas 197 y 198 de la Sentencia: Fund. Jur. 2.1.3.

La Audiencia Nacional nos explica que «en supuestos como el actual en el que se perciben con un fin determinado ciertas cantidades, éstas no tienen por qué permanecer inmovilizadas en una cuenta especial (lo que sería absurdo por antieconómico), pero su utilización debe quedar limitada a la finalidad específica para la que fueron entregadas con la constatación necesaria y estar garantizadas a través de los medios adecuados para poder asegurar la devolución en caso de incumplimiento de dicha finalidad, sin que quepa hacer un uso no autorizado de ellas».

Indudablemente que los actos dispositivos realizados por el acusado no se acomodaban, ni mucho menos, a tal limitada autorización. Sería factible que tales fondos se pudieran invertir en letras del Tesoro, por poner un ejemplo, ya que en cualquier momento podría recuperarse el numerario invertido, con los correspondientes rendimientos. Lo que hizo el impugnante, fue aplicarlo a otras sociedades y fines, dentro del complejo creado por UGT, en los cuales no existían ingresos propios. Como la sentencia combatida repite hasta la saciedad, los únicos ingresos a PSV eran las aportaciones de los cooperativistas, demandantes de viviendas, de tal suerte que las aplicaciones desviadas llevadas a cabo por el acusado recurrente provenientes de los fondos recibidos en el concepto mencionado no tenían posibilidades de retorno a su origen, al haber sido consumidas y gastadas en otros fines sociales distintos que desarrollaban las diversas entidades, agrupadas a través de IGS

El argumento es inatendible.

4. Niega, a continuación, el recurrente que la resultancia fáctica de la combatida sea subsumible en el tipo objetivo de apropiación indebida, precisamente porque no existió acto apropiativo en sentido estricto, esto es, no hubo incorporación de los fondos al patrimonio del culpable ni al de un tercero a su instancia. Faltaron, pues, el enriquecimiento y el *animus rem sibi habendi*, como idea motriz del comportamiento delictivo.

Reconoce la existencia de dos modalidades de apropiación indebida, representadas por los verbos que nuclean las respectivas conductas: «apropiarse» y «distraer». Así lo viene estableciendo la línea doctrinal de la jurisprudencia más moderna, sin inflexión alguna. Muestra de ello son las SSTs de 1 de julio de 1997, 3 de abril de 1998, 17 de octubre de 1998, 12 de mayo de 2000, 16 de febrero de 2001, 29 de octubre de 2001, 26 de noviembre de 2001, 28 de febrero de 2002 y 18 de abril de 2002.

No obstante el recurrente realiza una distinción un tanto artificial. Estima que conforme a tal dirección jurisprudencial habría que diferenciar dos figuras delictivas distintas: «apropiación de cosas muebles» y «distracción de dinero».

La afirmación no es exacta, aunque lo usual es que la apropiación recaiga sobre cosas y la distracción sobre dinero. Una cosa es manifestar que existen dos modalidades conductuales delictivas y otra adscribir cada una de ellas a un objeto material del delito predeterminado (cosas o dinero). Ambas conductas delictivas (apropiarse y distraer) van referidas indistintamente a cualquiera de los objetos materiales, que hoy, con amplitud prevé el artículo 252 del vigente Código penal, antes 535.

La naturaleza fungible del dinero determinará que la obligación de restituir o devolver recaiga no sobre la misma cosa sino otra en igual cantidad, dada su esencial sustituibilidad. Ello no empece que el custodio o depositario de un dinero lo haga propio con intención de lucro o disponga de él, dándole una aplicación diferente (no lucrativa para el autor), de modo que no pueda cumplirse con la obligación de reintegrar al titular depositante.

Del mismo modo, no puede excluirse que una cosa mueble ajena (no fungible), entregada a un tercero en custodia, sea objeto de un destino no autorizado legal o contractualmente, de modo que resulte irrecuperable para su propietario, sin que se haya producido con el acto dispositivo enriquecimiento del agente.

En resumidas cuentas, es posible afirmar sin mayores consecuencias jurídicas que la apropiación indebida, en general, puede recaer bien sobre cosas no fungibles cuya obligación restitutoria ha de ser de la misma cosa, o bien sobre dinero u otras cosas fungibles en que el depositario cumplirá devolviendo otro tanto de la misma especie y calidad. Tratándose de dinero, igual cantidad.

5. En la misma línea argumental, el impugnante rechaza que pueda existir un delito de apropiación indebida con la sola causación, por parte del administrador de fondos, de un perjuicio al propietario. Bastaría en su opinión con la expropiación

de la cosa, esto es, con el ocasionamiento de un perjuicio en el patrimonio de la víctima, para que el delito se perfeccionara. Rechaza la afirmación que la sentencia recurrida hace, en la página 192, en los siguientes términos:

«Este tipo penal específico (distracción de caudales) no requiere el enriquecimiento del autor, sino el perjuicio patrimonial del titular del patrimonio administrado y no requiere, por lo tanto, que el dinero distraído se haya incorporado al patrimonio de dicho autor».

El planteamiento no debe merecer acogida, porque no se exige solamente el perjuicio para la configuración del tipo delictivo, sino que deben concurrir otros elementos. Además esta figura delictiva se construye sin el propósito de lucro y enriquecimiento del agente, referencias ausentes en los artículos 535 del Código precedente y 252 del actual. Los términos gramaticales de la descripción típica omiten, a diferencia de otras figuras delictivas de apoderamiento lucrativo, el elemento subjetivo del injusto o «ánimo de lucro». Éste formará parte de la conducta de «apropiación» pero no de la de «distracción».

Apropiarse, según lo define el diccionario de la Real Academia es tanto como «tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad».

La semántica del término y su inclusión dentro de la rúbrica de delitos contra el patrimonio permite reputar insito en la conducta nuclear ese ánimo de lucro o enriquecimiento, circunstancia que no concurre, en la otra versión delictiva de distracción.

6. Partiendo de la precedente idea, el recurrente sostiene que la simple producción de un perjuicio no puede, en ningún modo, constituir delito de apropiación indebida en su modalidad de «distracción de dinero», por cuanto estima imprescindible que junto a la producción del desvalor del resultado (lesión de un bien jurídico) exista un desvalor de acción, es decir, un comportamiento suficientemente disvalioso para el ordenamiento jurídico que dé lugar a una respuesta jurídico-penal.

En este delito viene la doctrina de esta Sala exigiendo los siguientes elementos:

a) Una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Actualmente ampliados a «valores» o «activos patrimoniales» (art. 252 CP).

b) Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad).

c) Que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno.

d) Conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno.

En el caso de autos todos y cada uno de estos elementos concurren, como se desprende de la resultancia probatoria, completada por las afirmaciones fácticas de los fundamentos jurídicos, como tendremos ocasión de justificar.

7. Se argumenta igualmente por el recurrente que «cuando el sujeto quiere expresamente entregar o devolver la cosa no debería entenderse realizada esta figura delictiva».

Mas, el querer lo imposible o ilusorio es simplemente una aspiración irrealizable del sujeto agente que no debe influir en la perfección del delito.

8. Todavía surge en el recurrente una duda racional sobre la posibilidad, en el peor de los casos, de aplicar al supuesto de autos el artículo 295 del Código penal que contempla el delito societario de administración desleal. De ser así, no hallándose vigente tal tipo delictivo en el momento de comisión de los hechos la conducta

enjuiciada devendría impune, según razona el recurrente. El presente planteamiento tiene su base en la propia sentencia recurrida, que al determinar alguna de las causas de la crisis financiera de las empresas de IGS y PSV, hace referencia a «un erróneo diseño del proyecto o a una heterodoxa administración» (p. 149 de la sentencia), lo que apunta a un supuesto de administración más o menos incorrecta, integrante, a lo sumo, del actual delito de administración desleal (art. 295 CP).

La doctrina de esta Sala, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la delimitación de estas dos infracciones criminales.

Como indica la Sentencia de 15 de diciembre de 2000 «el tipo delictivo de apropiación indebida, definido en el artículo 535 del Código penal de 1973 o 252 del vigente y el de administración desleal del artículo 295, ofrecen la imagen de dos círculos secantes, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, y en el segundo comportamientos, como la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida, pero existe una zona común en que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas».

Los supuestos de concurso de normas se han de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, optando por el precepto que imponga mayor pena, en este caso, por el delito de apropiación indebida.

9. En conexión con lo señalado, y dentro de la temática impugnativa referida al tipo objetivo del injusto, el acusado recurrente no estima acreditada la necesaria eficacia causal que la acción del agente ha de tener respecto al resultado proscrito. El sujeto activo, con su acción, ha de ocasionar un perjuicio evaluable económicamente.

La sentencia explica que deberá indemnizarse «en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la Cooperativa y de su sociedad dominante (IGS, S. A.)».

La pérdida de los cooperativistas pudo obedecer a varios criterios o causas:

1) Cooperativistas que se dieron de baja, y cedieron el crédito a ICO o los que lo ejercitaron en las suspensiones de pagos. En estos casos el perjuicio se cifraría en el 25 por 100.

2) Cooperativistas que se mantuvieron en las distintas promociones segregados que fueron obligados a una derrama extra del 7 por 100. Tal porcentaje debía reducirse en la medida de la disminución de los gastos de gestión.

3) Cooperativistas que se dieron de baja, pero cuyas promociones fueron luego revertidas para, acto seguido, ser directamente adjudicatarios de esos mismos solares por parte del Ayuntamiento de Madrid.

El recurrente estima contradictorios tales criterios, e incompatibles con la limitación que en la página 223 de la sentencia se señala, según los cuales el límite máximo del *quantum* indemnizatorio a determinar en fase de ejecución, se fija en 9.940 millones de pesetas en promociones de PSV y 3.069 millones en las relativas a IGS.

10. Partiendo de tales declaraciones sentenciales el censurante estima que el Tribunal inferior cometió un *error iuris*, porque de haber sido la acción de distracción de fondos la causa del perjuicio de los cooperativistas, la Audiencia Nacional tenía que haber establecido como responsabilidad civil *ex delicto* el total de las cantidades distraídas, es decir, el total de los fondos dejados de aplicar a cada una de las promociones correspondientes. Pero lo que califica la Audiencia como perjuicio no son tales cantidades sobre cuya utilización indebida se asienta el reproche penal sino lo perdido por cada cooperativista consecuencia de la suspensión de pagos de PSV e IGS.

Ello le lleva a afirmar que fueron causas diferentes a la distracción de fondos las que originaron los perjuicios, careciendo la acción del señor Carlos Miguel de eficacia causal respecto al resultado lesivo.

Es cierto que la Audiencia Nacional ha podido incurrir en cierta confusión. Teóricamente el daño del delito son las cantidades distraídas. Ahora bien, la causa única del perjuicio fue el comportamiento ilícito del señor Carlos Miguel. Lo que sucede en el presente caso es que ante un hundimiento financiero de tal magnitud, originador de un fraude a terceros, en bienes de primera necesidad, el Estado y otros organismos públicos decidieron intervenir económicamente para tratar de dar salida a la situación, llevando a cabo un importante reflotamiento económico que paliara los graves problemas creados, sin cuya intervención, no hubiera sido posible reconducir las expectativas de adquirir una vivienda a la que legítimamente tenían derecho los cooperativistas.

La rebaja o reducción de los perjuicios por efecto de la intervención gubernamental u oficial no impide afirmar que la causa exclusiva de dicho perjuicio fue el proceder del recurrente.

Como se puede colegir de los términos de la sentencia, aquélla reputa objeto material del delito los perjuicios indemnizables, y no el total de cantidades detraídas. Mas, la consideración del daño o perjuicio a efectos de la calificación estrictamente penal del delito no resulta afectada al persistir la notoria importancia, recaer el delito sobre objetos de primera necesidad (art. 529, núms. 7 y 1.º) y resultar indiscutida la continuidad delictiva (art. 69 bis), pues tanto da tomar en consideración la cuantía de la defraudación (la que realmente se distrajo) o la que resulta indemnizable, mucho menor esta última, gracias a la benefactora intervención del Estado y otros organismos oficiales.

11. Por último, no estima concurrente el dolo del autor o elemento subjetivo del tipo.

Para el juzgador de instancia el delito del antiguo artículo 535 del Código penal sólo exige un dolo genérico que consiste en el «conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona» y en el «conocimiento y consentimiento del incumplimiento definitivo de la obligación asumida».

Sin embargo según la tesis que el censurante mantiene el elemento subjetivo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, entre los cuales está la propia conducta de apropiación o distracción, el perjuicio, el título por el que se posee la cosa y la obligación de devolver o restituir.

A su vez, en la modalidad delictiva «distractiva» el desvalor de acción o juicio de culpabilidad debe consistir en la conciencia y voluntad de la expropiación ajena y consiguiente empobrecimiento del sujeto pasivo, junto a una correlativa apropiación o enriquecimiento del autor. Esta afirmación del recurrente viene a cuento de una interpretación sesgada de la doctrina que desarrolla la sentencia del caso «Argentina Trust» (STS de 26 de febrero de 1998) según la cual el juzgador no tiene que partir del acreditamiento del destino del dinero distraído (o apropiado) en la medida en que basta con probar la conducta del autor ocasionadora del perjuicio causado al administrado, para dar por demostrados los actos apropiativos, es decir, el enriquecimiento o incorporación del dinero al patrimonio del sujeto agente.

Según dicho plantamiento, con limitarse el culpable a no dar razón del paradero del numerario, bastaría para entender por vía de inferencia lógica, que el dinero lo hizo propio enriqueciéndose con él.

Sin embargo, no es ésa la doctrina que la Sala ha venido definitivamente y sin desviaciones implantando. En este sentido es sumamente esclarecedora la STS de 17 de julio de 1998, en cuya fundamentación jurídica se dice:

«La amplia fórmula utilizada permite incluir los supuestos de entrega anticipada de cantidades a cuenta a los promotores y constructores con el destino específico de construcción de viviendas. La apropiación indebida concurre, en estos casos, cuando

el promotor o constructor acusado dispone ilegítimamente de las cantidades que ha percibido con un destino específico y, abusando de la tenencia material de las mismas y de la confianza en él depositada, las desvía del destino legal y contractualmente previsto, es decir, las dedica a otras atenciones diferentes».

Resulta, pues, indiferente si con la desviación de las cantidades recibidas se ha obtenido un beneficio económico propio o ajeno o simplemente se han perdido o distraído, sin existir beneficiario alguno. En todo caso depende de la realización de un acto dominical ilícito. En nuestra hipótesis las cantidades desviadas, debieron beneficiar o, cuando menos, reducir el pasivo de otras entidades societarias dentro del *holding*, en ausencia de pruebas que demuestren otro destino diferente.

12. De lo hasta ahora expuesto queda fuera de toda duda que el recurrente «era plenamente consciente del tipo de estructura empresarial que estaba creando y de la fragilidad de la misma, así como de los compromisos contraídos», y a pesar de ello actúa asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados por los cooperativistas, destinándolos a cubrir las necesidades del grupo en cualquier rama de actividad, violando el compromiso asumido.

Por tanto, cabe estimar, en contra de lo aducido por el motivo, que el elemento subjetivo (conciencia y voluntad del autor) abarcaba la propia conducta de distracción, el perjuicio que se originaba así como el incumplimiento de la obligación de devolver que se asumía, desde el momento en que se utilizaban los fondos para fines distintos, sin garantizarse a través de los medios adecuados la devolución de aquéllos en el caso de incumplimiento de la finalidad que motivó su entrega.

El señor Carlos Miguel era el ejecutor y, por ende, perfecto conocedor de los artificios contables y operaciones de ingeniería financiera, claramente denotadores de que las cantidades desviadas no podrían ser recuperadas para la finalidad que le era propia.

Se suscribieron acciones y se realizaron ampliaciones de capital sin efectuar los correspondientes desembolsos; se reflejaron en la contabilidad beneficios, cuando en realidad se producían pérdidas cuantiosas (de varios cientos de millones); se sirvieron de plusvalías desaforadas sobre derechos edificatorios, para cuadrar contabilidades; no se reflejaron determinados costes o gastos al objeto de que las plusvalías actuasen como beneficios; de haberlo hecho no hubiera existido plusvalía alguna, etc.

Todas estas actuaciones y otras similares son fundadamente atribuidas a Carlos Miguel, según proclama la página 210 de la sentencia, al referirse a éste como «la persona que planea, planifica y desarrolla el proyecto de economía social del sindicato, que dirige y administra él mismo de modo presidencialista»...

«Es el máximo ejecutivo de todas y cada una de las sociedades que conforman el grupo y en el único supuesto en el que legalmente no puede asumir la presidencia de una de ellas (la Cooperativa) asume el cargo de director con tal amplitud de competencias que vacía de contenido el resto de los órganos de la misma».

El motivo, en sus diversas vertientes, debe ser rechazado. La Audiencia Nacional, al sentenciar, no incurrió en ningún error subsuntivo.

Cuarto.—Al amparo del artículo 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia, en el motivo correlativo, el error padecido por la sentencia recurrida al afirmar en el apartado 6.4 de los hechos probados, tercer y cuarto párrafos (pp. 92 y 93), que los fondos de los cooperativistas fueron al menos parcialmente usados para actividades ajenas a la actividad inmobiliaria para la que habían sido entregados a PSV, extremo sobre el que basa la Audiencia su fallo condenatorio.

1. El error de la sentencia recurrida se demuestra inequívocamente en opinión del impugnante del tenor de los diferentes informes periciales practicados en autos, que no resultan contradichos por otros elementos probatorios.

Ningún reproche formal puede achacarse al planteamiento, ya que los informes periciales, en determinadas condiciones, merecen según doctrina de esta Sala, la consideración de documentos, a efectos de acreditar un *error facti*.

En este sentido nos dice la STS de 19 de junio de 2001, «para que los informes periciales puedan tener la consideración de documentos *stricto sensu*, a efectos casacionales, requieren la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Que constando un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, se haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen».

2. Los aspectos de los diversos dictámenes, que el recurrente aduce en apoyo de su tesis, se contraen a los siguientes:

A) Informe pericial de don Valentín (fol. 68.677 y ss. de Diligencias; Tomo 182, pág. 42).

«Todos los proyectos de IGS no vinculados a la promoción de viviendas sociales surgieron o llegaron inicialmente con su propia financiación, distinta de la correspondiente a los proyectos de promoción de viviendas sociales. Los fondos aportados por los cooperativistas o adjudicatarios de viviendas sociales promovidas por IGS, S. A. o PSV así como los préstamos hipotecarios dispuestos, correspondientes a dichos proyectos, fueron invertidos en viviendas sociales, no en ninguna de las otras actividades empresariales del grupo IGS, S. A.».

B) Informe pericial de don Vicente... Tomo 89, fol. 24.839 y ss. señala en la página 30:

«Las ventas de empresas de UGT a IGS no tuvieron influencia alguna en los problemas surgidos en las promociones ni supusieron la utilización a tal fin de recursos procedentes de aportaciones efectuadas por los adquirentes de viviendas».

C) Finalmente, informe de los peritos, señores Felipe y Claudio..., Tomo III del Rollo de Sala, fol. 1.222 y ss.

En él se establece:

a) Página 41 «... del análisis efectuado no se puede desprender que existieran utilizaciones o desvíos irregulares de las aportaciones de los cooperativistas».

b) Página 69 «... en las promociones destinadas a PSV se produjo un déficit de financiación de 1.100 millones de pesetas, que fue sufragado no con fondos procedentes de cooperativistas o créditos hipotecarios, sino con otras fuentes obtenidas directamente por IGS, fundamentalmente, apelaciones a créditos de sociedades del Grupo».

c) Páginas 87 y ss. «...del análisis efectuado anteriormente no se puede desprender que hubiera un desvío o utilización irregular de las aportaciones de los cooperativistas, y creemos, a nuestro leal saber y entender, que las causas de la crisis de PSV estuvieran básicamente relacionadas con la falta de obtención de financiación para poder continuar con la construcción de las promociones y que dieron lugar a la fuerte insolvencia de estas sociedades y su posterior liquidación, tras la intervención pública».

3. Aunque las diversas conclusiones periciales que acabamos de reseñar no son exactamente iguales entre ellas, los matices diferenciales no deben influir, a pesar de lo argüido por alguno de los recurridos, para que en esencia, en todas ellas grave una idea central, cual es, que «en ningún caso los fondos de los cooperativistas se dedicaron a cubrir necesidades económico-financieras del grupo IGS, S. A., por actividades ajenas a la construcción de las viviendas de PSV».

No obstante, presupuesta la regularidad formal en la articulación del motivo, es otro de los requisitos jurisprudenciales exigidos el que se echa en falta para el acogimiento del mismo. Nos referimos a la existencia de pruebas de signo contrario, abiertamente opuestas al criterio sostenido, consistentes en los dictámenes emitidos por los peritos que no intervinieron en la causa a instancias del recurrente, o testimonios de otros acusados o del responsable civil subsidiario.

4. Recordemos las exigencias que esta Sala viene estableciendo en relación al *error facti*:

A) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

B) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

C) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

D) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

5. En nuestro caso se contó con otros elementos probatorios que desplegaron una mayor potencialidad suasoria en el órgano jurisdiccional de instancia, dadas las garantías que en sí mismos ofrecían.

Recordemos:

a) La documentación contable de IGS, S. A. (segundo cierre del ejercicio de 1993), tras constatar como afirman la totalidad de los peritos que ésta es la única fuente de información completa sobre el importe de los fondos obtenidos y aplicados por la Gestora para la construcción de las viviendas sociales.

b) Las afirmaciones de los propios peritos, en general, al calificar a tales documentos como única fuente fiable. Las diferencias entre unos y otros informes periciales lo fueron de enfoque e interpretación de cláusulas contractuales en cuanto legitiman el devengo o no de determinados ingresos (esencialmente los llamados «honorarios de gestión»), como contraprestación por la realización de unos determinados servicios.

Las diferencias de matiz son exhaustivamente justificadas y explicadas por la Audiencia Nacional, en sus ponderados fundamentos.

c) El dictamen pericial o conclusiones del informe emitido por los peritos judiciales, funcionarios de la Intervención General del Estado, que el recurrente no menciona y que se contraponen en el particular aspecto combatido, a todos los demás dictámenes que invoca.

d) La propia asunción por el acusado de tal documentación, cuyo principal artífice fue él mismo y que sirvió para apreciar en su favor una atenuante muy calificada.

Con toda esta base probatoria es obvio que los fragmentos, extraídos de los dictámenes de determinados peritos, carecen de literosuficiencia para acreditar el error valorativo que atribuye al Tribunal.

El motivo no puede merecer acogida.

Quinto.—También por la vía del artículo 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. El recurrente pretende demostrar el error sufrido por el Tribunal de origen, al consignar como hechos probados:

a) Que la causa de la crisis del proyecto PSV estribó en el endeudamiento de IGS frente a la cooperativa.

b) Que esa deuda a finales de 1993 superaba los 7.400 millones de pesetas, incluyéndose aquí los más de 3.000 millones derivados de las facturas fechadas en diciembre de 1993 por la supuesta venta a IGS por parte de PSV de los locales comerciales de la promoción Tres Cantos.

Tales afirmaciones fácticas de la sentencia las extrae de ciertos fragmentos o pasajes oportunamente seleccionados de los hechos probados y de los fundamentos jurídicos, en cuanto participan de la misma naturaleza fáctica.

2. El recurrente, apoyado en los documentos que se citan en el epígrafe siguiente, referidos a diferentes pericias e informes de la Intervención judicial de la suspensión de pagos, establece:

1) Que la causa fundamental de la crisis del proyecto se halla en la actitud negativa de las entidades bancarias que debían haber prestado la financiación hipotecaria precisa para la conclusión de las viviendas.

2) Que la deuda existente entre IGS y PSV a finales de 1993 se había incrementado injustificadamente en más de 3.000 millones de pesetas, consecuencia de haber emitido los gestores de PSV y aceptado los de I.G.S una factura por la venta de los locales comerciales de Tres Cantos, cuando dichos locales ya habían sido transmitidos anteriormente, conforme al contrato celebrado *inter partes*, a un precio cinco veces menor.

3. Respecto a la causa de la crisis, cita como documentos:

El informe de los peritos señores Felipe y Claudio, en que resaltan la negativa a financiar determinadas entidades financieras, lo que motivó la paralización de las promociones.

El informe del profesor don Valentín, que destaca la insuficiencia de las aportaciones de los cooperativistas o adjudicatarios de las viviendas, que importaban únicamente el tercio del coste total de la vivienda, insuficiente para la viabilidad financiera.

El dictamen evacuado por la Intervención judicial de la suspensión de pagos, que también pone de relieve la insuficiencia de las aportaciones personales de los cooperativistas y la necesidad de recurrir al crédito hipotecario, que debía conceder el Banco.

El informe de D. Vicente, que cifra las causas de la crisis del proyecto en la negativa de las instituciones financieras a otorgar créditos hipotecarios, imprescindibles para llevar a término la construcción de las viviendas.

4. En lo concerniente al primer aspecto de la protesta o causa de la crisis de la PSV debemos manifestar que, junto a la causa estimada por la sentencia determinante, no se excluye la incidencia de la que el recurrente quiere apuntar como única. De la propia sentencia se infiere y así lo realza el impugnante, que también pudo y debió influir la falta de financiación bancaria.

Ahora bien, teniendo en cuenta la utilización de tan sofisticados artificios contables o realización de operaciones de ingeniería financiera, urdidas y materializadas por el recurrente en el Proyecto de UGT no extraña que las entidades bancarias no tuvieran la confianza y seguridad necesarias que debe dar un proyecto adecuadamente concebido y ejecutado, pero carente de la debida transparencia. Ello era atribuible, exclusivamente, al acusado.

Lo cierto y verdad es que en otros pasajes de la sentencia se citan diversas motivaciones generadoras de la crisis. Así, se dice que el motivo principal de la quiebra técnica (insolvencia definitiva de IGS) se encuentra en el erróneo diseño del proyecto, la heterodoxa administración del mismo y la ausencia de recursos propios suficientes que le lleva a un fuerte endeudamiento a corto plazo y a la dependencia total de su única fuente de ingresos constante que era la cooperativa.

5. De acuerdo con lo hasta ahora afirmado resulta que la Sala de instancia establece una serie de causas provocadoras de la crisis del proyecto, que difieren de la que pretende establecer el recurrente como causa fundamental, apoyándose, para ello, en la existencia de prueba habida en la causa, razonablemente valorada (pericial y documental). De ahí que las referencias documentales que hace el recurrente carezcan de la necesaria literosuficiencia, es decir, de la aptitud para acreditar por sí mismas y sin necesidad de recurrir a otros elementos probatorios complementarios, un hecho erróneo del *factum*, fruto de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal.

A mayor abundamiento y recordando la doctrina de esta Sala, debidamente reflejada en el anterior fundamento, el extremo fáctico cuyo error pretende demostrar ha de tener relevancia penal en el juicio de subsunción y es lo cierto que el delito objeto de condena se ha producido porque el sujeto activo, abusando de la tenencia material del dinero y la confianza depositada en él, lo ha desviado del destino que tenía asignado contractual y legalmente, dedicándolo a inversiones, proyectos y atenciones diferentes, disponiendo del mismo como si fuera propio, con perjuicio de los cooperativistas.

El submotivo no puede prosperar.

6. El segundo apartado de la protesta gravita sobre el importe de la deuda que la sentencia entiende existía entre IGS y PSV a finales de 1993, deuda que se califica de «anticipos de tesorería», superior a 7.400 millones de pesetas, entre los que se incluían los más de 3.000 millones, como supuesto mayor precio de la transmisión de locales de la promoción Tres Cantos.

El fundamento de la queja, que apoya en el informe de los Sres. Felipe y Claudio, estriba en la dispar interpretación que hacen sobre el alcance de esa encubierta operación, contrapuesta a la que realiza la sentencia.

La Audiencia Nacional al interpretar el contrato que regía las relaciones entre IGS y PSV desarrolla unos puntos de vista, que expresa ampliamente con suficientes argumentos en las páginas 177 a 179 de la sentencia, y que este Tribunal de casación asume.

Según la cláusula tercera del contrato de gestión de 16 de junio de 1988, el precio de las viviendas estaba prefijado, de tal suerte que si el coste de la construcción era mayor que el de venta, las pérdidas debería soportarlas IGS.

Al existir pérdidas cuantiosas, el mecanismo irregular ideado por el acusado para cargar esas pérdidas a PSV, consistió en sobrevalorar unos inmuebles, ya vendidos, estableciendo un precio cinco veces mayor, para cuyo pago IGS tenía a su favor una factura, justificando esos 3.000 millones de pesetas, en donde se englobaban las pérdidas de la promoción que oscilarían entre 2.236 o 2.229 millones de pesetas.

El Tribunal se apoya para llegar a tal entendimiento en la propia prueba pericial y expresa que todas las pericias han arrancado de la misma fuente para elaborar sus dictámenes, con ligeras variaciones, como adiciones, deducciones, redondeos o ajustes, resultado de los distintos criterios interpretativos a la hora de valorar la docu-

mentación examinada, que no es otra que la contabilidad de IGS, que el órgano judicial sentenciador consideraba fiable.

La doctrina invocada y las afirmaciones realizadas no se hallan sustentadas por documentos literosuficientes y no son sino interpretaciones que chocan con las valoraciones probatorias realizadas por el Tribunal, con apoyo en otras pruebas lícitamente obtenidas y regularmente practicadas en el plenario.

El motivo no puede prosperar.

Sexto.—En el homónimo ordinal denuncia el recurrente, con igual apoyo procesal que en los dos anteriores (art. 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), error de hecho padecido por el Tribunal al afirmar que la cooperativa PSV nunca aceptó expresamente el precio de la gestión cobrada por IGS, cifrado en un 8 por 100, primero, y en un 12,5 por 100 después, del precio total de las distintas promociones.

1. Cita el texto erróneo, que se contiene en el apartado 4.3.2 de la narración histórica de la sentencia, en cuyo párrafo tercero se dice:

«este nuevo precio por gestión no se aceptó expresamente por la cooperativa ni por su Consejo Rector, ni se acordó en contrato alguno que modificara el único existente entre IGS, S. A. y PSV. Sólo el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de 10 de abril de 1992, donde se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea General, lo que no se hizo de forma expresa».

El párrafo se completa en los fundamentos jurídicos (apartado 1.7.3.1) en donde, con valor fáctico se manifiesta lo siguiente:

«Sólo, incidentalmente, a preguntas de los cooperativistas en la Asamblea General de 18 de noviembre de 1991, se contesta por el recurrente, señor Carlos Miguel, que el gasto por asesoramiento y gestiones es del 8 por 100 de los costes totales. Igualmente el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de 10 de abril de 1992, donde se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea General, lo que no hizo de forma expresa, sino sólo mediante la inclusión de una nota dentro de la memoria de las cuentas anuales, que sí fueron aprobadas por la asamblea».

2. Para refutar tales asertos fácticos, contenidos en la combatida, acude a los siguientes documentos:

a) Acta de la Asamblea general de la cooperativa, Promoción Social de Viviendas, celebrada en Madrid, el 18 de noviembre de 1991.

b) Acta de la reunión del Consejo Rector de la cooperativa Promoción Social de Viviendas, celebrada el 10 de abril de 1992.

c) Acta del Consejo Rector de PSV, Soc. Coop. de 9 de julio de 1993.

d) Acta y anexos a la misma, correspondientes a la Asamblea General de PSV de 10 y 11 de julio de 1993, unida como documento núm. 6 en el escrito presentado por la representación del recurrente el día 17 de septiembre de 1997.

e) Documento núm. 10 del escrito de la defensa del recurrente de 17-9-97: auditorías de Ernest Young de las promociones sometidas a aprobación de cuentas en las Asambleas informativas previas a la Asamblea general del PSV de 10 de julio-93.

f) Documento núm. 11 del mismo escrito de la defensa anterior: actas de las asambleas informativas previas a la Asamblea general de PSV de 10-julio-93 y resultado de las votaciones.

g) Informe de auditoría, cuentas anuales e informe de gestión correspondientes al ejercicio anual terminado el 31-12-92 de PSV en especial los párrafos y notas que destaca.

h) La prueba testifical que se cita en el motivo, de donde se desprende que los cooperativistas sí aprobaron ese incremento en los costes de gestión.

3. Partiendo de que los testimonios incorporados a actas o escritos no modifican la naturaleza personal de la prueba lo que determina su exclusión los demás no poseen la exigida literosuficiencia para evidenciar un error apreciativo del juzgador. Así:

1) Respecto al documento del apartado *a*), en aquella Asamblea se preguntó por los gastos de asesoramiento y gestión, y se respondió que eran de un 8 por 100 de los costes totales. Mas, en momento alguno tal porcentaje u otro distinto se sometió a votación y aprobación de dicha Asamblea.

2) El documento señalado en la letra *b*) únicamente constata lo que el *factum*, por su parte, refleja, esto es, que el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de la cooperativa el 10 de abril de 1992, pero allí se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea general, que explícitamente nunca se hizo.

3) El tercero de los documentos invocados [señalado con la letra *c*)] tampoco acredita fehacientemente el error que se denuncia, por cuanto se habla de preparación y documentación a presentar en la Asamblea general extraordinaria de 1993, pero no se hace referencia alguna al porcentaje del 12,5 por 100.

4) En los documentos que se aducen con la letra *d*) (acta y acuerdos de la Asamblea de los días 10 y 11 de julio de 1993), tampoco proclaman una aprobación formal del meritado porcentaje, sino que simplemente existen referencias al mismo, hechas por determinados cooperativistas (prueba testifical documentada, pero no documento), lo que carece de virtualidad a los efectos del motivo.

5) En los restantes documentos, tampoco se evidencia un sometimiento expreso a la votación y aprobación de la Asamblea de tales porcentajes.

4. Por último, cabe afirmar que, aunque reputáramos documentos con efectos casacionales los referidos por el recurrente, se precisaría de una interpretación del contrato de 16 de junio de 1988, único que regula las relaciones entre PSV y IGS, para dar cabida a ese pretendido derecho de la segunda entidad a percibir porcentajes remunerativos de la primera.

La Sala de instancia no entendió factible tal posibilidad, reflejándolo así en la sentencia y este extremo no ha sido objeto de contradicción.

El mismo interventor de la suspensión de pagos don Vicente, de modo categórico, negó tal posibilidad al declarar en el juicio oral. En definitiva, no se trata de prueba documental no contradictoria, sino frontalmente incompatible con el contrato tantas veces mencionado y los testimonios referidos.

5. Más concretamente, en el citado contrato de 1988 sólo se autoriza a IGS a percibir honorarios de gestión, que se cifran en la diferencia que resulte entre el coste de la vivienda y el precio de adjudicación de la misma.

Por otra parte, debe quedar patente que ha resultado definitivamente probado que IGS no era, en realidad, la gestora de PSV, sino más bien la entidad matriz que de hecho la dirige y administra y posee desde el principio el dinero de los cooperativistas. Y en cuanto a PSV, que era una forma instrumental de la primera, lo que hace que no deban reputarse anticipos de gestión las cantidades de los cooperativistas que no se destinan a la construcción de viviendas, sino a otros fines ajenos a esa actividad.

Existía, según hechos probados, una importante diferencia (de más de 7.000 millones de pesetas) entre lo ingresado y lo realmente invertido, por lo que no es aceptable encuadrar tamaña cantidad dineraria dentro de los conceptos que eufemísticamente se designan como «anticipos de tesorería» y más tarde, a partir del ejercicio de 1992 «honorarios de gestión futuros».

El motivo debe rechazarse.

Séptimo.—En el último de los motivos y por el mismo cauce procesal que los tres anteriores (art. 849-2.º Ley de Enjuiciamiento Criminal) denuncia error de hecho padecido por la sentencia recurrida al afirmar que los cooperativistas de Valdebernardo se habrían visto perjudicados económicamente.

La afirmación sentencial que no asume el impugnante es la que figura en las páginas 222 y 223 de la combatida, en donde se establece que el acusado y UGT deberán indemnizar «en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la cooperativa y de su sociedad dominante de hecho».

1. En el planteamiento del motivo se dan ciertas circunstancias que, *a limine*, determinarían su rechazo. En primer término y recordando la doctrina de esta Sala sobre *error facti*, éste debe recaer sobre un aspecto fáctico resultante de la valoración de la prueba que ha sido incorporado a la resultancia probatoria de la sentencia o que debió serlo, o si se halla dentro de la fundamentación jurídica, que se refiera a cuestiones de hecho con valor integrador del *factum*.

En hechos probados, premisa de la decisión final, no se halla manifestación especial alguna sobre este particular.

Nada se dice en ellos en relación a la derrama de 7 por 100 sobre el precio de las viviendas. Lo allí expresado se refleja en la página 106 que dice:

«en aquellas parcelas o promociones que tenían suelo y suficiente número de cooperativistas se realizaron convenios o acuerdos de separación en los que se transmitían a éstos los activos previo acuerdo de valoración para que se constituyeran en cooperativas independientes».

En estos acuerdos se fijó una derrama del 7 por 100 sobre el precio de las viviendas a abonar por cada socio.

2. Por otra parte, hemos de hacer notar que la expresión combatida por el recurrente se halla en la fundamentación jurídica de la sentencia (pp. 222 y 223), en cuya parte dispositiva se acuerda reservar la determinación de la cantidad a percibir por cada cooperativista perjudicado, en concepto de daño, para el momento de la ejecución, especificándose que la «cuantía indemnizatoria se fija en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la Cooperativa y de IGS».

La cantidad variaría según el grupo en que se hallase cada cooperativista.

Consecuentemente resulta, que el censurante rechaza ciertas manifestaciones genéricas de la fundamentación jurídica sobre un extremo cuya precisa determinación la sentencia difiere para la ejecución del fallo, en cuyo momento podrán llevarse a cabo las alegaciones y justificaciones correspondientes para la determinación del posible perjuicio.

La alteración fáctica pretendida no afectaría al fallo, en tanto en cuanto queda abierto el señalamiento de la cuantía reparadora al momento de ejecutarlo.

Las bases establecidas en la sentencia no restarían virtualidad a los argumentos del recurrente, si éstos tuvieran adecuado soporte fáctico y legal.

3. Todavía habría que formular otro reparo a tal planteamiento impugnativo. Los esenciales documentos en los que pretende fundarse, carecen de la adecuada lite-rosuficiencia.

Así, la certificación obrante al folio 61.738 del Tomo 163 de la causa, emitida por el de PSV e IGS don Gabriel, debe ser aceptada en la medida en que fuera ratificada, aclarada o matizada por su declaración en el plenario, ya que testificó en el mismo como autor del documento.

Otro tanto cabe decir del fax remitido por la sociedad estatal de Gestión Inmobiliaria (SEGISA) cuyo autor (... y liquidador de dicha Sociedad: don Armando) fue objeto del correspondiente interrogatorio en el plenario.

Asimismo, aduce como documento el informe de los peritos Sres. Felipe y Claudio, sin mencionar los otros dictámenes periciales, existentes en la causa.

4. Por último, no es de más hacer notar que del mismo modo que el recurrente esgrime ciertos argumentos para excluir la indemnización de los cooperativistas de la promoción Valdebernardo, que puedan ser tenidos en consideración en ejecución de sentencia, no deberá descartarse que la pretendida ausencia de perjuicio de dichos cooperativistas o presunto beneficio obtenido en la adjudicación de sus viviendas a menor precio, pueda ser objeto de contrapuestas interpretaciones.

Así, una de las partes recurridas entiende producida una confusión de conceptos entre la derrama que se giró a todos los cooperativistas de Valdebernardo para la entrega de los terrenos a la sociedad pública SEGISA y el precio del módulo vigente en los años 1990 y 1991, cuando se firmaron los contratos de adjudicación de viviendas con PSV. En esa época el módulo oficial estaba, según los años, en 99.000 pesetas y 101.000 pesetas metro cuadrado.

Fue cinco años después al firmar los primeros contratos por la Comunidad de Madrid, cuando se señala un precio mucho mayor (133.000 ptas. metro cuadrado) que el de los módulos vigentes en tales años, según aparecían explicitados y publicados en el «BOE».

En atención a los distintos argumentos expuestos, no procede dar acogida al presente motivo.

Rechazados todos los alegados, deben imponerse al recurrente las costas del mismo (art. 901 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(...)

Noveno.—(...)

3. Del amplio desarrollo del motivo se descubre, en ese otro enfoque, un abierto desacuerdo con determinadas calificaciones jurídicas declaradas por el Tribunal.

Partiendo de la inmovilidad de los hechos probados, es posible dar respuesta a cada uno de ellos.

La primera de las cuestiones (apartado A) se refiere al delito de apropiación indebida que el recurrente entiende que no sólo concurre en su modalidad impropia (distracción) sino también en la específica de apropiación con ánimo de lucro del sujeto agente. La razón estriba según el recurrente que dados los artificios contables realizados por el acusado y la intrincada red empresarial del grupo, no sólo destinaba o destinaban los acusados el dinero a otros fines distintos, no autorizados, sino que de ellos se beneficiaron también aquellos que aparecían como contratantes y contratados.

Pero esa gratuita afirmación no aparece plasmada en el relato fáctico de la sentencia, ni otra equivalente. La hallamos en la fundamentación jurídica, con carácter cointegrador del *factum*, haciendo referencia a que tal aseveración no se ha probado, en absoluto, ya que al empobrecimiento patrimonial de las víctimas no siguió, en relación causa-efecto, un correlativo incremento patrimonial de los sujetos activos.

Finalmente, y refiriéndonos al acusado que resultó condenado, la calificación como propia o impropia de la apropiación indebida no alteraba el tenor del fallo, pues incluso la responsabilidad civil a que fue condenado se mantendría en los mismos términos. La cuestión, deviene, en fin, un tanto retórica.

El submotivo deberá ser desestimado.

4. En el apartado B) de este motivo segundo se alega por la parte recurrente que si bien, en general, la estafa no existe, sí se ha cometido este delito respecto a la promoción de Badalona. Esta alegación conllevaría la existencia de un concurso de delitos entre la referida estafa y la apropiación indebida, única infracción por la que condenó la Audiencia Nacional. Si interpretáramos que el recurrente lo que propugna

es la continuidad delictiva extremo que no concreta entre estafa y apropiación indebida, dificultosamente construible, carecería de efectos prácticos o de repercusión en el fallo.

Parece que el censurante entiende que nos hallamos ante un contrato (o contratos de carácter delictivo) de los denominados «criminalizados» a través de los cuales el sujeto activo contratante, en el momento de convenir los acuerdos, pensaba ya, de antemano, incumplir las obligaciones asumidas por su parte, beneficiándose del cumplimiento de las impuestas a la parte contraria.

Con ello este recurrente da de nuevo la espalda a los inalterables hechos probados. En la sentencia (pp. 203 y ss.), con valor fáctico, se afirma que «ha quedado sobradamente probado que los acusados tenían el firme propósito de construir las viviendas, es decir, no se fingió que se iban a construir para generar así un error en el sujeto pasivo desencadenante del desplazamiento patrimonial causante de un perjuicio», afirmándose a continuación que «no se aprecia ánimo de lucro propio en los acusados».

Por último, en la página 204 se concluye que «la intención inicial era en cualquier caso cumplir lo pactado, lo que excluye la existencia del delito de estafa».

Con tal sustento fáctico, no desvirtuado en otros pasajes de la sentencia, es imposible construir el delito de estafa que se propugna.

El submotivo no puede merecer acogida.

5. En el epígrafe C) se postula por el recurrente la aplicación de las agravantes previstas en el artículo 529 del antiguo Código, circunstancias 1.^a, 7.^a y 8.^a (que se dice corresponderían a los números 1.^o, 5.^o, 6.^o y 7.^o del actual 250.1) lo que no es cierto.

Al desarrollar el motivo se advierte que nada tiene que ver la cualitativa núm. 5 del Código actual (art. 250.1), que se refiere al objeto del delito, cuando lo integran cosas de valor artístico, cultural e histórico. La circunstancia 5.^a es indudable que corresponde al Código de 1973.

A la hora de examinar la indebida aplicación de tales agravatorias, no se comprende la mención de la 1.^a y 7.^a, que el Tribunal de origen hace plena aplicación.

No estima la señalada con el número 8.^o (afectar la defraudación a múltiples perjudicados) por impedirlo la apreciación de la continuidad delictiva, que supone la afectación del delito a una multiplicidad de sujetos pasivos que, en nuestro caso, pueden contarse por millares. Esta Sala ya ha declarado el rechazo de la aplicación conjunta de dicha agravante y la continuidad delictiva del artículo 69 bis del anterior Código, equivalente al 74 del actual. La supresión del subtipo de múltiples perjudicados en el nuevo Código de 1995 ha podido tener esta motivación, es decir, evitar considerar doblemente una misma o similar circunstancia, con vulneración del principio *non bis in idem*.

Por último, la circunstancia núm. 5 («colocar a la víctima en grave situación económica») no pudo ser acreditada en sus elementos constitutivos. El recurrente aduce como argumento que las víctimas eran, todas ellas, demandantes de vivienda social por tener unos ingresos inferiores a tres millones. Mas, con ese sólo dato no se acredita el especial perjuicio de la víctima. Además, la intervención gubernamental redujo sobremanera el daño patrimonial ocasionado por el delito, al poder restituir la mayor parte del precio entregado a cada uno de los afectados o conseguir la adjudicación de la vivienda demandada con no excesivo encarecimiento de su precio en relación a lo ofertado por la promotora.

El submotivo tampoco puede prosperar.

6. En el siguiente apartado (letra D), en una amplísima y desordenada exposición, el recurrente mezcla cuestiones de diversa índole, generando grandes dosis de confusiónismo.

Lo intitula falsedades, y para acreditar la existencia de las mismas acude a uno solo de los dictámenes periciales (peritos de IGAE), entresacando los extremos que

resultan de su interés, realizando acotaciones subjetivas e interesadas, a las que añade deformaciones, sin excluir alguna alteración de lo que refleja.

Lo relevante en orden a su defectuosa formulación es que prescinde totalmente de los hechos probados, circunstancia que impide cualquier posibilidad de estimación.

Las razones que justificarían la existencia de ciertos delitos de falsedad no castigados, las ciñe al hecho de que «las cuentas anuales no reflejaban la realidad económica de la sociedad» y «muchas operaciones eran meramente artificiales, dándose una apariencia de solvencia cuando en realidad era de déficit, concretamente en los años 1990 a 1992».

Sobre la presente queja, son asumibles los argumentos que aduce el Fiscal, para impugnarla:

a) respecto a las cuentas anuales la acusación no especifica los documentos falseados, ni se determina el alcance de la alteración ni su incidencia en la eficacia jurídica de los mismos;

b) las cuentas fueron sometidas a auditoría externa que las aprobó sin salvedades importantes;

c) también merecieron la aprobación de otros peritos (KPMG; señores Valentín y Vicente) así como de los propios interventores judiciales de PSV, S. Coop. e IGS, S. A. Estos últimos afirman que la forma de asentar en aquellas cuentas algunas partidas discutidas podía ser más o menos ortodoxa, pero no falseaba la realidad;

d) a pesar de discrepar de las conclusiones de los interventores, los peritos de IGAE terminaron por afirmar que la información que proporcionaban a los cooperativistas y a los terceros no era inexacta, aunque por los criterios contables que se utilizaron se dificultaba la comprensión para una persona sin preparación específica;

e) la Sala por su parte da por buena y acepta la fidelidad de la constabilidad de IGS, al cierre contable de 1993, del que parte; circunstancia que se valora favorablemente para conceder una atenuación al acusado, condenado en la instancia.

Amén de las razones expuestas que evidencian o destacan fundamentalmente déficit probatorios, cabría añadir otras de estricta naturaleza jurídica. Así, el falseamiento de las cuentas anuales era impune en la época de comisión de los hechos (el artículo 295 se introdujo en el Código penal de 1995). Tampoco en la actualidad se castiga la falsedad ideológica cometida por particulares (art. 290-4, en relación al 292 CP).

En definitiva, no puede admitirse que nos hallamos ante la simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, porque tal garantía no alcanza al contenido del documento en cuestión. Será auténtico el documento cuando se atribuye a su autor material, aunque en su contenido se constata una mentira o inexactitud, como precisa la sentencia combatida (p. 207).

La presente queja debe, igualmente, fenecer.

7. En el apartado E) de este mismo motivo el recurrente pretende responsabilizar penalmente a todos los miembros del Consejo de Administración de órganos directivos de las distintas entidades (vía art. 15 bis, actualmente art. 31 CP), que fueron en su día acusados y absueltos, todo ello en base a las decisiones que tomaron o consintieron que tomara el acusado Carlos Miguel.

El impugnante parte de un presupuesto erróneo al interpretar el artículo 15 bis del Código penal de 1973. En él no se establece una regla de responsabilidad objetiva que debiera actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que probada la existencia de una conducta delictiva, cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (véase STC 253/1993, de 20 de julio).

En Derecho penal no cabe la culpa colectiva, sino que parte del principio de responsabilidad personal (concepción individualista), a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico privado donde la responsabilidad de los miembros del órgano de administración es solidaria, salvo supuestos excepcionales, que deben ser probados por el afectado (art. 133.2 LSA).

En el Derecho punitivo debe acreditarse para responsabilizar de un delito a una persona tanto la real y efectiva participación en los hechos, como la culpabilidad en relación a los mismos.

De los hechos probados de los que prescinde la parte recurrente no se desprende la realización consciente del tipo delictivo por parte de los acusados absueltos.

El impugnante pretende atribuirles, asimismo, una responsabilidad por el comportamiento meramente omisivo, al no desplegar la actividad necesaria para impedir la defraudación o por confiar en exceso en una persona. Pero la sentencia, con ponderados argumentos, estima que no existía obligación jurídica de obrar en un determinado sentido por parte de los miembros del órgano directivo, que no sea su máximo responsable ejecutivo (Carlos Miguel), con facultades presidencialistas que ejercía de modo pleno.

A su vez, tampoco el delito de apropiación indebida es posible cometerlo en su modalidad culposa o imprudente (art. 12 CP).

El submotivo no debe ser acogido.

8. En el apartado F) pretende sea estimada la agravante de abuso de confianza, con el carácter de genérica (art. 10.9 Código penal 1973, equivalente al art. 22.6 del actual).

La razón o argumento en que apoya la pretensión estriba en la relación de los trabajadores con el sindicato que, por sus propias características, hace suponer un plus de confianza basado en la labor de dicho sindicato y, además, en toda la propaganda aparecía el anagrama de aquél para inducir a una mayor confianza.

También la Audiencia Nacional argumentó suficientemente su rechazo. La agravante en cuestión es la esencia del delito de apropiación indebida, precisamente el hecho determinante del reproche penal lo constituye la deslealtad o quiebra de la confianza depositada en el sujeto activo del delito, que reuniendo las condiciones o apariencias para no dudar de él, defrauda tal confianza disponiendo de los bienes que le fueron entregados con perjuicio del tercero depositante.

El principio de inherencia impide la estimación de un hecho, que se ha tenido en cuenta al configurar el delito básico. Otra cosa sería valorar doblemente la confianza de la que se abusó.

La presente queja debe ser igualmente desestimada.

(Sentencia de 9 de octubre de 2003)

ARTÍCULO 301

Blanqueo de capitales: inversión de cantidades procedentes del narcotráfico en la construcción de un restaurante: aunque el tráfico de drogas se realizara años antes, de modo que este delito hubiese prescrito, esta figura es independiente, por lo que se consuma en el momento del blanqueo

Primero.—La Audiencia Provincial de Santander condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales previsto y penado en el artículo 301.1 y

2 CP, tras declarar probado que aquélla, cónyuge de Luis L. que «resultó condenado por sentencia firme de fecha 6-2-1984, por primera vez, por un delito contra la salud pública a la pena de 18 meses de prisión y, posteriormente, por otro delito de la misma naturaleza por Sentencia firme de 16 de marzo de 1987 a la pena de 10 años de prisión y multa de 1.600.000 pesetas, con la finalidad de introducir en el sistema financiero legal y dar apariencia de licitud a importantísimas cantidades de dinero provenientes del tráfico de estupefacientes, construye un restaurante, El Olivo, en la finca y con la estructura de hormigón que había comprado el 10 de marzo de 1994. Excluyendo lo que costó la finca y la estructura de hormigón, invirtió en la construcción unos 50.000.000 de pesetas. Segundo: Durante el período comprendido entre enero de 1995 a finales de 1996, la acusada efectuó pagos a los diversos gremios que intervinieron en la construcción por importe, como mínimo, de 51.000.000 de pesetas, facturas que en su mayoría eran pagadas en efectivo y en mano por Luis L., conociendo la acusada que la única actividad que generó el dinero con el que se financió la construcción del restaurante era el tráfico de drogas».

Recurso de la acusada Elena L. L.

Segundo.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim., se denuncia infracción de ley por no haberse aplicado el artículo 130.5, en relación con el 131 y 132, todos ellos del Código penal vigente, «y, por tanto, no ha apreciado, debiendo hacerlo, la prescripción del hecho».

Todo el argumento impugnativo descansa en la alegación de que la acusada no realizó el hecho típico en 1995-1996, sino en 1986 año en que su marido cometió el último delito de tráfico de drogas, actividad de la que provienen las cantidades invertidas en la construcción del restaurante, de suerte que «el dinero procedente de la actividad de tráfico ha de situarse en todo caso... anteriormente al 8 de junio del año 1986...», «porque sólo en esas fechas pudo existir dinero procedente de la actividad que se atribuye a su esposo y, por tanto, habría prescrito».

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

El instituto de la prescripción proyecta sus efectos sobre el delito objeto de enjuiciamiento, que, en el caso presente, es el tipificado en el artículo 301, epígrafe 1, que sanciona la conducta consistente en transformar el dinero o bienes obtenidos ilegalmente en dinero de apariencia legal mediante alguna de las acciones recogidas en el precepto, agravándose la respuesta punitiva cuando los bienes objeto de la actuación criminal tienen su origen en el tráfico de drogas.

Por ello, la pretensión del recurrente de que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción es el de la comisión de los delitos contra la salud pública que menciona la sentencia, no puede ser aceptada. En primer lugar, porque la sentencia de instancia no especifica que los 51 millones de pesetas invertidas por la acusada procedieran de aquellos dos delitos por los que su esposo fue condenado, sino que eran cantidades de dinero «provenientes del tráfico de estupefacientes», sin más precisiones, lo que, por ende, no excluye que aquellas cantidades dinerarias provinieran de actividades ilícitas distintas de las que fueron condenadas en las sentencias referidas en el *factum*, que, como atinadamente apunta el Fiscal, son datos simplemente indicativos de que el marido estaba implicado en actividades de tráfico de drogas y que el Tribunal sentenciador valora como elemento indiciario para declarar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo por el que fue condenada la acusada, debiéndose significar, por otra parte, que el tipo penal de blanqueo no exige la previa condena del delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, sino que queda integrado con la mera existencia de bienes o ganancias procedentes de uno de los delitos previstos 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 (véase STS de 29 de septiembre de 2001). De donde se deduce la autonomía de la figura delictiva de blanqueo con respecto a los delitos de los que proceden las ganancias blanqueadas, de tal suerte que aunque estos últimos estuvieren identificados y concretados e, incluso, hubieren sido sentenciados, la actividad de ocultar sus ilícitos frutos mediante alguna de las acciones típicas del artículo 301 adquiere sustantividad penal propia e independiente del delito del que proceden los bienes blanqueados (con la sola excepción, ya contemplada en la Sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2000, de que el autor de ambos delitos sea la misma persona).

Consecuencia de las consideraciones que preceden es la irrelevancia de la fecha de comisión por el marido de la acusada de los delitos contra la salud pública por los que fue condenado en las sentencias que se citan en el *factum* de la recurrida, al no tener trascendencia alguna para la prescripción del delito de blanqueo de capitales por el que fue sancionada la esposa de aquél. La conducta típica mediante la cual «la acusada convirtió bienes, sabiendo que provenían del tráfico de drogas, y los incorpora a circuitos económicos legales para que no se detecte su origen ni su titularidad» (fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada), se llevó a cabo por aquélla en los años 1995 y 1996, en tanto que el Auto de incoación del procedimiento por dicho delito es de diciembre de 1998, por lo que en ningún caso habría transcurrido el plazo prescriptivo que es de diez años para el delito del artículo 301.1 CP.

Tercero.—El motivo segundo del recurso se articula al amparo del artículo 5.4 LOPJ para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE. No se cuestiona por el recurrente la existencia de prueba de cargo acreditativa del elemento material del delito, sino la carencia de suficiente prueba de la concurrencia del componente subjetivo del tipo, esto es, que la acusada tuviera conocimiento de que la actividad de donde procedía el dinero con el que se financió la construcción del restaurante era el tráfico de drogas.

El último motivo, al amparo del artículo 849.1.º LECrim., alega la incorrecta aplicación del artículo 301 CP por falta del dolo exigible.

Dada la palmaria interrelación entre ambas censuras, las examinaremos de manera conjunta.

Siguiendo la doctrina sentada en la STS de 29 de septiembre de 2001, antes citada, debemos señalar que el tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales consiste ante todo, 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 301 CP/1995 le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala, (SSTS de 22 de febrero de 1992, 2 de abril y 9 de julio de 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, pues el conocimiento del autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, el completo y cumplido de las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que, ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución (STS de 10 de enero de 2000). Algunas resoluciones 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/1973 como en el artículo 301.3 CP vigente, se prevé su forma culposa. Hay que apresurarse a decir, sin embargo, que no es eventual sino directo el do-

lo 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 (SSTS de 15 de abril de 1998, 10 de enero de 1999 y 28 de diciembre de 1999, 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 presente, la sentencia reseña en su fundamento de derecho quinto los hechos indiciarios sobre los que edifica su juicio de inferencia, especificando los elementos probatorios que acreditan tales indicios. Y, así, expone: «1.º la acusada acomete a primeros del año 1995 la construcción de un restaurante de lujo que le costó, como mínimo, 51.000.000 de pesetas (declaración de la acusada, facturas que obran incorporadas a los autos y testifical de diversos gremios que intervinieron en la construcción del restaurante); 2.º la acusada no tenía dinero para financiar tan importante obra. No acredita que tras la compra de la finca y estructura de hormigón tuviera actividad lícita alguna que sirva para justificar ese pago tan importante de dinero, ni tampoco actividad anterior que justifique que hubiera podido ahorrar dinero suficiente, ya que el dinero de que disponía por las capitulaciones matrimoniales, traspaso y venta de locales lo había invertido en la compra de la finca y de la estructura, por tanto, se lo había gastado; 3.º la acusada, ni cuando declaró ante el Juez de Instrucción ni, tampoco, en el plenario, dio una explicación razonable del origen del dinero con el que pagó la construcción del restaurante. Manifestó que un amigo de su marido le prestó dinero, y ni siquiera precisó quién era ese amigo de su marido, cómo se llamaba y qué importe le prestó; 4.º el pago a los distintos gremios que intervinieron en la construcción, 51.000.000 de pesetas, los hizo con dinero de su marido Luis L. (prueba testifical de diferentes gremios que intervinieron en la obra); 5.º no constan operaciones comerciales o negocios por parte de Luis L. que pudieran justificar el origen lícito de tan importantes cantidades de dinero, 51.000.000 de pesetas, vida laboral y declaraciones fiscales; 6.º la acusada, ni cuando declaró ante el Juez de Instrucción ni, tampoco, en el plenario, no dio una explicación razonable del origen del dinero con el que pagó la construcción del restaurante, ni tampoco de cómo, o a través de qué medio lícito podía su marido haber adquirido o disponer de los millones con los que se financió la construcción del restaurante y 7.º el marido de la acusada, Luis L., fue condenado en dos ocasiones por tráfico de drogas, y tanto la acusada como su marido tienen relación familiar con personas que se mueven en el mundo ilegal del tráfico de drogas, y que han resultado condenadas por dicho delito».

Estos datos fácticos son más que sobrados para garantizar la racionalidad del juicio de inferencia de la concurrencia del elemento subjetivo del delito que ha que-

dado debidamente acreditado por la prueba indiciaria practicada en la instancia, y no resulta ocioso recordar que además de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala del Tribunal Supremo sobre la aptitud de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia es la propia Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (publicada en el «BOE» de 10 de noviembre de 1990) la que expresamente afirma en su artículo 3, apartado 3, la legalidad de la prueba indirecta o circunstancial para obtener el juicio de certeza acerca del conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento anímico de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo, entre los que se encuentra el blanqueo de capitales apartado primero, epígrafe b).

Ambos motivos deben, por consiguiente, ser desestimados y, con ellos, el recurso en su integridad.

(Sentencia de 10 de febrero de 2003)

ARTÍCULO 305.4

Condena como inductor al asesor fiscal, pese a absolución de los obligados tributarios por actuar por error de tipo

Decimosexto.—En el mismo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim., se denuncia una inaplicación indebida del artículo 14.2.º CP/1973 artículo 28 a) CP vigente por lo que se refiere a la participación que tuvo el acusado José María V. V., único condenado en la sentencia recurrida, en los hechos realizados por los acusados que han sido absueltos, cada uno de los cuales constituyó, según la tesis del Ministerio Público, un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 349.1 CP/1973. Se pretende, pues, en este último recurso que no fue uno sino catorce los delitos cometidos, en lo que coincide el Ministerio Fiscal con el Abogado del Estado, pero estima el primero, a diferencia del segundo, que el único responsable de los catorce delitos es el acusado José María V. V. de uno de ellos como autor directo y material y de trece como inductor. La impugnación que en este recurso se dirige contra la sentencia recurrida versa sobre la absolución acordada en relación con la intervención de dicho acusado en los delitos objetivamente perpetrados por los absueltos.

Lo primero que debe observarse, siguiendo la exposición del fiscal, es que la absolución de José María V. V. por los delitos que se dice cometió participando en las defraudaciones realizadas por los otros trece acusados, se encuentra razonada en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia pero no expresamente pronunciada en el fallo en el que el Tribunal se limitó a condenar al mencionado V. V. como autor de un delito contra la Hacienda Pública, el que personalmente había cometido eludiendo la cuota tributaria que le incumbía. Esta omisión pudo ser subsanada, de oficio o a instancia de parte, por la vía establecida en el artículo 267.1 LOPJ o pudo quizá dar lugar a un recurso de casación en que se denunciase por el Ministerio Público, que solicitó en conclusiones definitivas la condena del acusado José María V. V. como autor de catorce delitos contra la Hacienda Pública, el quebrantamiento de la forma previsto en el artículo 851.3.º LECrim. Pero no habiendo sido la citada omisión subsanada ni recurrida, parece razonable tener ya a José María V. V. como absuelto de trece delitos, como hace el Fiscal en las consideraciones aclaratorias con que inicia la interposición de su recurso.

La segunda cuestión que debe ser abordada en la fundamentación de nuestra respuesta a este recurso, es la discrepancia que *prima facie* se advierte entre la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas y la expresada en el recurso de casación interpuesto ante esta Sala. En el acto del juicio oral, el Fiscal modificó sus conclusiones provisionales y presentó un escrito de conclusiones definitivas en la tercera de las cuales se decía que José María V. V. el autor de los catorce delitos contra la Hacienda Pública que constituyen los hechos «conforme a lo dispuesto en el artículo 28.1 del vigente Código penal, en relación con el artículo 14.1.º del derogado Cuerpo punitivo». De la fase que hemos puesto entre comillas podría deducirse, quizá, que la responsabilidad atribuida por el Ministerio Fiscal, en aquel escrito, al acusado José María V. V. era la de autor de los catorce delitos, por haber tomado «parte directa en la ejecución del hecho», sin distinguir entre la defraudación perpetrada en su provecho y las que beneficiaron a los demás acusados. Frente a esta tesis, sólo aparente, como enseguida veremos, tenemos la formulada en el recurso de casación de la misma parte, en que se denuncia haber sido infringido el artículo 14.2.º CP/1973, concordante con el artículo 28 a) CP vigente, por no haber sido aplicada dicha norma a los actos con los que José María V. V. participó en las defraudaciones objetivamente cometidas por los demás acusados. La contradicción, sin embargo, queda considerablemente diluida con la lectura del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, en que claramente se pone de manifiesto que la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de instancia no fue la de que el acusado José María V. V. tomó parte directa en la ejecución de los trece delitos cometidos por los acusados absueltos sino la de considerarle autor mediato de dichos delitos. Expresamente se dice, en el indicado lugar de la sentencia, que «según la tesis del Fiscal [...] el acusado se habría valido de los demás acusados, irresponsables en tanto que no conocían el sentido fraudulento de su conducta, para defraudar la cuota correspondiente a cada uno de ellos». Parece, pues, que la incardinación de la conducta de José María V. V., relacionada con las defraudaciones de los otros acusados, en el artículo 28.1 CP vigente significaba, en la óptica del Ministerio Fiscal, que aquél se había servido de los otros acusados como instrumentos para la realización de sus respectivas defraudaciones. Ahora bien, como algunas formas de autoría mediata tienen una estructura muy cercana a la inducción, cabe entender que en las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal se acusó a José María V. V., alternativamente, como responsable en concepto de autor mediato o de inductor de los hechos que otra de las partes acusadoras el Abogado del Estado imputaba a los otros trece acusados. Esta interpretación resulta, además, corroborada por el hecho de que el Tribunal de instancia se considerase en el caso de rechazar, tanto la autoría mediata como la inducción e incluso la cooperación necesaria, en la calificación de los actos de José María V. V. relacionados con las defraudaciones materialmente llevadas a cabo, al menos en parte, por los acusados absueltos. No cabe, por tanto, negar legitimidad al Ministerio Fiscal para denunciar, en sede de casación, la inaplicación del artículo 14.2.º CP/1973 ni con ello se infringe bajo ningún concepto como pretende la representación del sentenciado el principio acusatorio.

Resueltos los puntos anteriores, veamos si el recurso del Ministerio Fiscal tiene fundamento, conviene subrayar, ante todo y aunque en el recurso no sea sostenida ya esta tesis como principal, que el acusado José María V. V. no hubiera podido ser condenado como responsable, en concepto de autor mediato, de los delitos fiscales objetivamente cometidos por los otros acusados. El delito contra la Hacienda Pública está legalmente configurado como un tipo especial propio en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Y como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusa-

do José María V. V. únicamente pudo cometer el delito concretado en la elusión fraudulenta de la cuota tributaria que pesaba sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediata, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía. En este sentido, hay que decir que tiene plena razón el Tribunal de instancia al desestimar la pretensión de que José María V. V. fuese condenado como autor de catorce delitos contra la Hacienda Pública, de uno de ellos como autor material y directo y de los otros trece como autor mediato. Pero distinta debe ser la solución si de lo que se trata es de imputarle responsabilidad en esos trece delitos en concepto de inductor.

La inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido, que actúa como autor inmediato con dominio del hecho, aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria. Por lo demás, cabe recordar, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, que la inducción ha de ser: *a)* anterior al hecho punible puesto que es su causa; *b)* directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado; *c)* eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, *d)* dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce; y *e)* productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito. Desde otro punto de vista, debe decirse que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «accesoriedad media o limitada» conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare. E inevitable es, en el contexto de esta respuesta al recurso del Ministerio Fiscal, hacer referencia a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el *extraneus*, esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del *extraneus*. El tema ha sido largamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia pero en ésta desde hace algún tiempo la solución viene siendo favorable a la admisión de dicha posibilidad, pudiendo ser citadas en este respecto las Sentencias de esta Sala de 18 de enero y 24 de junio de 1994, 20 de mayo de 1996, 25 de marzo de 1997 y, más recientemente, 21 de diciembre de 1999. Como se dice en la última de las sentencias mencionadas, «la Ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraeus*. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: 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. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el 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».

A la luz de cuanto acabamos de decir no parece dudoso que el acusado José María V. V. debió ser condenado como inductor de los delitos contra la Hacienda Pública que realmente cometieron, aunque por ellos no les sea exigible responsabilidad criminal, las personas que estaban vinculadas a aquél por lazos familiares o laborales. Dichas personas, los acusados absueltos no sólo presentaron, cada uno de ellos, las declaraciones mendaces del IRPF correspondiente al ejercicio de 1992, acto final de la operación con que directamente se eludió el pago a que estaban obligados en razón de los dividendos obtenidos con la venta de las acciones que habían recibido de José María V. V., sino que con anterioridad realizaron múltiples actos que fueron preparando el encubrimiento de los sujetos al impuesto y la omisión de su pago, mediante acuerdos adoptados en las juntas de accionistas de la sociedad instrumental en que se habían concentrado las acciones, tales como el reparto de los dividendos, las sucesivas ampliaciones y reducción del capital de dicha sociedad, el consentimiento en la adquisición por la sociedad finalmente interpuesta del 97,20 por 100 de dicho capital social, etc. De este modo, se puede decir que cada acusado absuelto realizó una actividad que, en su conjunto, constituía un hecho típicamente antijurídico puesto que consistía en la participación en una maquinación engañosa encaminada a eludir el pago de la cuota del IRPF que a cada uno correspondía. No se les ha considerado autores de delito porque no se ha estimado acreditado que tuvieran conocimiento de la finalidad y efectos de las operaciones realizadas y sí que actuaron en la confianza que tenían depositada en quien fue, además de cabeza de familia, el director permanente de las empresas y negocios familiares y cuya actuación difícilmente podían interferir pues exigía la colaboración de todo el grupo. Pero aunque esto haya sido bastante para descartar en los acusados absueltos el dolo propio del delito fiscal o quizá mejor, el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento es claro que la conducta de José María V. V., diseñando y planificando cuidadosamente la operación defraudatoria, dando a sus familiares y a su empleado de confianza las instrucciones necesarias para que todos desempeñasen el papel que les había asignado en el desarrollo de la operación, de forma que todos llegasen a la misma meta de omitir el pago del impuesto, para lo cual ejerció la indiscutible autoridad que se le reconocía, y ejecutando materialmente los actos para los que no era necesario el concurso de los demás, es claro decimos que dicha conducta es fundamentalmente la de un inductor aunque no falten en ella elementos propios de la cooperación necesaria. La conclusión a que todo ellos nos conduce es que efectivamente en la Sentencia recurrida se infringió el artículo 14.2.º CP/1973 al no subsumir en esta norma y en el tipo de la inducción al acusado José María V. V. por lo que se refiere a su participación en los trece delitos contra la Hacienda Pública objetivamente cometidos por los acusados absueltos en la instancia.

La rectificación, que en este sentido haremos de la calificación jurídica mantenida en la sentencia recurrida, tendrá que ir acompañada de un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil del acusado condenado y de los absueltos acorde con lo establecido en el artículo 108 CP/1973 reproducido sustancialmente en el artículo 122 CP/1995.

(Sentencia de 30 de abril de 2003)

ARTÍCULO 313

Traficar de manera ilegal con mano de obra: existencia; entrada de mujeres para luego obligarlas a prostituirse, en concepto de turistas: claro fraude de ley, pues el recurso a la condición de turistas sólo constituía una tapadera

Undécimo.—Igualmente por infracción de ley (art. 849.1.º) el Fiscal, en su quinto motivo, estima inaplicable el artículo 313-1.º del Código penal, a pesar de haberlo interesado así en la instancia formulando acusación.

La vía que elige limita la imputación delictiva a Lidia, respecto a la cual en los apartados 1.º, 5.º y 6.º del *factum* se realizan afirmaciones que suponen la comisión del delito imputado.

1. Es oportuno extraer y resaltar de la resultancia probatoria los siguientes aspectos:

a) Apartado 1.º: «Aprovechando los contactos que tenía con personas residentes en Colombia, las cuales a su vez contactaban con mujeres jóvenes con necesidades económicas y dispuestas a trasladarse a España para el ejercicio de la prostitución, recibió durante el referido período a ocho mujeres...» y que «las ciudadanas colombianas recibían en su país un billete de avión de ida y vuelta, con destino Madrid, entrando en España con la condición de turistas, una reserva de hotel, dos mil dólares y una carta de invitación, comprometiéndose a pagar una cantidad inferior al millón de pesetas, conviniendo en que la mitad de lo ganado (en el ejercicio de la prostitución) sería para ellas y la otra mitad para pagar la deuda a la persona que les alojase en España, de la cual se les facilitaba un número de teléfono para que se pusieran en contacto con la misma una vez llegasen, resultando que cuando eran recibidas por la acusada Lidia les solicitaba el pasaporte, el billete de avión, los dólares y resto de la documentación...».

b) Apartado 5.º: «En el registro de los pisos de la calle ... se ocuparon ... cuadernos con apuntes donde figuraban las horas de llegadas de vuelos de Colombia, nombres de la mujeres, características físicas...».

c) Apartado 6.º: Entre otras cosas le fueron intervenidos en San Sebastián al hijo de la acusada y a Martí los siguientes documentos provenientes de la casa de Burgos: «... resguardos de declaración de entrada de varias ciudadanas colombianas, billetes de avión, tarjetas de embarque y declaración de entrada en España de las ocho mujeres colombianas, etc.».

2. De las referencias fácticas se desprende la comisión de un delito de «inmigración clandestina de trabajadores a España» por parte de Lidia. Las conductas nucleares típicas, por otro lado, revisten la mayor amplitud, al atribuir naturaleza de autoría a actividades de simple cooperación secundaria, promoción o favorecimiento de la inmigración, que estrictamente deberían calificarse de complicidad.

Tampoco se yuxtaponen las conductas tipificadas en el 313-1.º y la del 312-2.º del Código penal, por la que también se castiga, al ser distintos los bienes jurídicos tutelados.

El delito de inmigración clandestina de trabajadores es de simple actividad y se consuma con actos de mero favorecimiento o promoción de la introducción en el país de mano de obra ilegal, sin ser preciso que el objetivo se haya conseguido, protegiendo el precepto el peligro o riesgo de que los derechos de los trabajadores a ser respetados en su libertad, seguridad y dignidad, puedan verse seriamente afectados.

El artículo 312-2.º por el contrario, configura un delito de resultado, que se consuma cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores, empleando a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo.

La acusada pudo haber participado en la introducción de mano de obra clandestina en el país y, sin embargo, no haber tenido nada que ver en las contrataciones laborales realizadas a las extranjeras en situación ilegal, y viceversa, pudo desconocer sus derechos al contratarlas, sin haber tenido participación alguna en su introducción en el país.

3. La razón que aduce la Audiencia para decretar la absolución por tal delito, es que tal actividad inmigratoria no fue clandestina, al haber entrado las mujeres colombianas por una de las fronteras habilitadas, habiéndose autorizado legalmente tal entrada en concepto de turistas.

Mas, la clandestinidad en la inmigración no es aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración (subrepticia), sino que alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales.

En nuestro caso se produjo un claro fraude de ley. El recurso a la condición de turistas, sólo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o designio inicial.

Ni las mujeres colombianas ocuparon en ningún momento el hotel reservado, ni realizaron el viaje de vuelta previsto, ni se dedicaron a hacer turismo en el país, sino que desde el primer instante, privadas del dinero que poseían, de su pasaporte y demás documentos, se les exigió dedicarse a la prostitución (actividad originariamente aceptada), pero imponiendo severas restricciones y con unos condicionamientos leoninos no anunciados ni esperados por las jóvenes mujeres (engaño).

Aunque hipotéticamente estimáramos que existió un propósito serio de hacer turismo en España (circunstancia que no se acepta), transcurrido el tiempo límite de la autorización sin regresar a su país, la estancia en el nuestro se tornaba ilegal y, por ende, clandestina, al no haberse otorgado a tales personas el derecho de residencia a efectos laborales.

El motivo deberá estimarse.

(Sentencia de 18 de julio de 2003)

ARTÍCULO 319

Constituye delito contra la ordenación urbana el llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable por un particular (que construye vivienda en parcela no urbanizable). El «promotor» no precisa condición profesional alguna

Segundo.—Por el cauce del artículo 849.1.º LECrim., se ha alegado indebida aplicación del artículo 319.2.º Código penal. En este caso el argumento es que en el relato de hechos no concurren los elementos integrantes del supuesto fáctico del precepto penal aplicado.

El artículo 319.2.º Código penal sanciona, entre otros, a los «promotores (...) que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable». Se trata, pues, de determinar si el acusado, por haber desarrollado la actividad que consta, merece ser calificado de «promotor»; y comprobar si las características de la edificación y del terreno responden a las demás previsiones típicas.

Por lo que se refiere al primer extremo, el recurrente objeta que es la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, la que aborda de modo expreso la identificación y concreción de las responsabilidades de todos los que intervienen en las actividades de construcción. Y es allí donde se dice que «promotor lo puede ser cualquiera (...) incluso ocasionalmente».

Pero ocurre que al pronunciarse así la ley no constituye esa figura, sino que se limita a tomarla de una realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante, financiándola, una obra. Porque el vocablo «promotor» no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario.

Por eso, resulta patente que las circunstancias personales del acusado satisfacen las exigencias del tipo, como ya lo entendió esta sala, en Sentencia de 26 de junio de 2001, que cita en la recurrida y donde se lee que «será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación».

Por lo demás, y por lo que se refiere a la calificación del terreno, después de un articulado razonamiento, a partir de los elementos de prueba de que dispuso, el Tribunal de instancia llegó a la conclusión de que la parcela se encuentra en suelo no urbanizable. Afirmación ésta recogida en los hechos probados y que no cabe discutir en un motivo de casación por infracción de ley, como el que se examina.

Sugiere el recurrente que, con todo, en la materia no existiría certeza legislativa, por falta de claridad en la remisión a la legislación administrativa que hace el artículo 319 Código penal y que, siendo así, por imperativo del principio de intervención mínima, debería darse lugar al motivo. Pero lo cierto es que éste es un principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa. Y, siendo así, los tribunales deben partir de la opción que haya hecho el legislador, que en este caso es clara, como resulta de lo razonado. Es por lo que debe asimismo rechazarse este aspecto de la impugnación.

(Sentencia de 14 de mayo de 2003)

ARTÍCULO 325

Contaminación acústica: constituye delito contra el medio ambiente

Primero.—En un complejo recurso, se invoca la infracción de preceptos administrativos, de artículo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, del artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del derecho de presunción de inocencia, de preceptos del Código penal referentes a la imposición de las penas y la responsabilidad civil, de error en la apreciación de la prueba, y por último quebrantamiento de forma, en los que se combate la apreciación que se ha hecho por el Tribunal de instancia de un delito contra el medio ambiente tipificado en el artículo 325 del Código penal.

Sin perjuicio de que esta Sala examine uno por uno los distintos extremos a los que se extienden estos motivos, para una mayor claridad, parece oportuno iniciar el examen de este recurso analizando la subsunción que de la conducta del recurrente ha hecho el Tribunal sentenciador en el citado artículo 325 del Código penal, aunque expresamente no se invoque la infracción de dicho precepto ya que esa voluntad impugnativa sí se infiere del contenido del recurso.

El Tribunal de instancia ha condenado al recurrente como autor de un delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica y procedemos a examinar si concurren o no los elementos que caracterizan esta figura delictiva.

1. Contaminación acústica. Consideraciones generales y evolución legislativa.

Aunque de forma esporádica, ya antes de la Constitución se exterioriza la preocupación y la necesidad de proteger el medio ambiente y la conveniencia de promulgar disposiciones generales sobre criterios de calidad del aire, niveles de emisión de sustancias contaminantes, calidades de los combustibles y carburantes utilizables, controles de fabricación y homologación de motores, generadores de calor y otras fuentes de emisión de contaminantes fijas y móviles, con el fin de reducir las altas cotas de emisión de sustancias contaminantes. Fruto de esta preocupación fue la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, que tenía por objeto prevenir, vigilar y corregir la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño, o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza.

No se hacía expresa referencia a la contaminación acústica aunque no se podía descartar que pudiera estar incluida en la amplia referencia a las formas de energía que implican riesgo, daño o molestia para las personas y bienes.

Transcurridos treinta años, el reciente Anteproyecto de Ley del Ruido hace mención, en su Exposición de Motivos, a la falta de atención que tradicionalmente ha sufrido la inmisión sonora y señala que el ruido, en su vertiente ambiental, no circunscrita a ámbitos específicos, como el laboral, sino en tanto que inmisión sonora presente en el habitat humano o en la naturaleza, no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente.

Todos los tratadistas que han estudiado estos temas coinciden en señalar que la Constitución (arts. 43 y 45) al proteger la salud y el medio ambiente incluye en su ámbito de control a la contaminación acústica, como nos recuerda la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, y a pesar de ello se carece de una norma general de ámbito estatal, reguladora de este fenómeno.

No sucede lo mismo con las Comunidades Autónomas que han promulgado leyes que regulan la protección contra la contaminación acústica.

Así, entre otras, la Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica; el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, que regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid; y la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica.

Es de destacar los objetos y finalidad de estas normas autonómicas. Así la mencionada Ley de la Generalitat de Cataluña señala que el objeto de la presente Ley es regular las medidas necesarias para prevenir y corregir la contaminación acústica, que afecta a los ciudadanos y ciudadanas y el medio ambiente, provocada por los ruidos y vibraciones, y al mismo tiempo establecer un régimen de intervención administrativa que sea de aplicación en todo el territorio de Cataluña. La finalidad de dicha Ley, según su artículo 2, es garantizar la protección de: a) el derecho a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; b) el derecho a la protección de la salud; el derecho a la intimidad; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos. Son muy interesantes las definiciones que se contienen en su artículo 4. Se dice que emisor acústico es cualquier infraestructura, instalación, maquinaria, actividad o comportamiento que genere ruido y vibraciones; ruido es un contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de

las personas; nivel de evaluación es el nivel de presión acústica evaluado por un período de tiempo especificado, que se obtiene a partir de mediciones y, si procede, de ajustes, en función del carácter total o impulsivo del sonido; nivel de inmisión es el nivel acústico medio existente durante un período de tiempo determinado, medido en un sitio determinado. Se expresa en dB; valor límite de inmisión es el nivel de inmisión máximo permitido dentro de un período de tiempo determinado.

El Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid dispone, en su preámbulo, que la contaminación acústica es motivo de preocupación por las graves molestias que origina y por sus efectos sobre la salud (tanto fisiológicos como psicológicos), el comportamiento humano y las actividades de las personas. Dispone que el objeto de este Decreto es prevenir, vigilar y corregir la contaminación acústica que afecta tanto a las personas como al medio ambiente, protegiéndolos contra ruidos y vibraciones, cualquiera que sea su origen, así como regular las actuaciones específicas en materia de ruido y vibraciones en el territorio de la Comunidad de Madrid y como objetivos generales de este Decreto se señalan: *a)* prevenir la contaminación acústica y sus efectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente; *b)* establecer los niveles, límites, sistemas, procedimientos e instrumentos de actuación necesarios para el control eficiente por parte de las Administraciones Públicas del cumplimiento de los objetivos de calidad en materia acústica.

La Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica, la define como sonidos y vibraciones no deseados o nocivos generados por la actividad humana que puedan causar molestias a las personas, generar riesgos para su salud o bienestar o deteriorar la calidad del medio ambiente. Dispone, entre otras cosas, que los ayuntamientos podrán desarrollar las prescripciones contenidas en la presente Ley y en sus desarrollos reglamentarios mediante las correspondientes ordenanzas municipales de protección contra la contaminación acústica. Los niveles de ruido se medirán y expresarán en decibelios. Ninguna fuente sonora podrá emitir o transmitir niveles de ruido y vibraciones superiores a los límites establecidos...

En el ámbito internacional, el reconocimiento de las consecuencias negativas del ruido, como agente contaminante, se produjo oficialmente en el Congreso de Medio Ambiente organizado por las Naciones Unidas en Estocolmo, en el año 1972.

La Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, señala en su Exposición de Motivos, que debe alcanzarse un grado elevado de protección del medio ambiente y la salud, y uno de los objetivos a los que debe tenderse es la protección contra el ruido. En el Libro Verde sobre política futura de lucha contra el ruido, la Comisión se refiere al ruido ambiental como uno de los mayores problemas medioambientales de Europa. Se señala que algunas categorías de emisiones de ruidos procedentes de determinados productos ya están cubiertas por la legislación comunitaria, como la Directiva 70/157/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor; la Directiva 77/311/CEE del Consejo, de 29 de marzo de 1977, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro en los oídos de los conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas; la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas... La presente Directiva debe, entre otras cosas, proporcionar una base para desarrollar y completar el conjunto de medidas comunitarias existentes sobre el ruido emitido por las principales fuentes, en particular vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y má-

quinas móviles, y para desarrollar medidas adicionales a corto, medio y largo plazo. Es necesario también establecer métodos comunes de evaluación del ruido ambiental y una definición de los valores límite, en función de indicadores armonizados para calcular los niveles de ruido. Los Estados miembros determinarán las cifras concretas de todo valor límite, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la necesidad de aplicar el principio de prevención a fin de mantener espacios tranquilos en aglomeraciones. Los indicadores de ruidos comunes seleccionados son L_{den} , para evaluar molestias, y L_{night} , para evaluar alteraciones de sueño. Será también útil permitir que los Estados miembros empleen indicadores suplementarios para vigilar o controlar situaciones especiales de ruido. Respecto a su ámbito de aplicación, su artículo 2 dispone que la presente Directiva se aplicará al ruido ambiental al que están expuestos los seres humanos en particular en zonas urbanizadas, en parques públicos u otras zonas tranquilas en una aglomeración, en zonas tranquilas en campo abierto, en las proximidades de centros escolares y en los alrededores de hospitales, y en otros edificios y lugares vulnerables al ruido. La presente Directiva no se aplicará al ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el lugar de trabajo ni en el interior de medios de transporte, así como tampoco a los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares.

2. Concepto de ruido y sus efectos.

No es sencillo definir el ruido como agente contaminante.

A la contaminación acústica se refiere el Anteproyecto de Ley del Ruido como la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente. Las Leyes autonómicas también contienen definiciones sobre el ruido. Así la Ley de la Generalitat de Cataluña define el ruido como contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de las personas.

Si tradicionalmente el ruido se ha incluido entre las actividades molestas hoy está plenamente reconocido que la contaminación acústica puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos.

Se ha escrito por especialistas que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y pérdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardíacas y circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustia, pérdidas de concentración, insomnio, irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual.

No plantea cuestión, pues, que el ruido es una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente y a la salud de las personas y ello ha exigido una respuesta del Derecho.

3. El ruido y el Derecho penal.

El medio ambiente es uno de los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse «sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando

medidas administrativas con medidas penales. Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será lícito el recurso al Derecho penal.

El examen del artículo 325 del Código penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Y «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

El ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código penal de 1995, a diferencia del texto derogado, como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas.

Este precepto constituye un ejemplo de Ley Penal en blanco que suscita las conocidas dificultades en cuanto a la reserva de Ley Orgánica para las leyes penales (art. 81.1 CE) y posible quebranto del principio de legalidad si la conducta típica no se define con la precisión y el detalle que exige dicho principio.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 347 bis del derogado Código penal, que tipificaba el delito ecológico, afirmando que «no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad, y afirma que son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada. Pues bien, se dice en la sentencia citada que el artículo 347 bis CP reúne los requisitos de *lex praevia*, *certa* y *scripta* exigido constitucionalmente puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para el tipo a una circunstancia, o sea la de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente...».

El ruido aparece, pues, como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente. Junto a él está el elemento normativo integrado por la contravención de Leyes y otras disposiciones de carácter general. Ciertamente se hace depender la relevancia típica de que la acción constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito de que se trate hasta el punto de que si la conducta no está prohibida por dicha normativa o se produce dentro de los límites autorizados, no será típica.

4. Qué se entiende por disposiciones de carácter general.

No aparece sencillo determinar con precisión qué se entiende por contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general que aparece como un elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente.

No plantea cuestión el término «leyes», mayor dificultad interpretativa plantea la expresión «disposiciones de carácter general».

Son diversos los criterios interpretativos que se han seguido para esclarecer lo que se entiende por disposiciones de carácter general. Una posición minoritaria opone disposición general a disposición especial, en el sentido de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del aire, del agua, etc.), otros, igualmente minoritarios enfrentan la disposición general con la autonómica o local, lo que

supone desconocer las competencias de las Comunidades Autónomas. Otros, con mejor criterio, enfrentan la disposición de carácter general a aquella que se refiere a una actuación administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular.

a) Alcance estatal de las disposiciones de carácter general.

La reserva de Ley Orgánica en materia penal no impide, ha expresado el Tribunal Constitucional, la remisión a normas de rango inferior para integrar un tipo cuyo núcleo esencial se describa en el Código penal, por lo que es perfectamente posible que la remisión se efectúe a Reglamentos y a Leyes estatales que no sean orgánicas.

b) Alcance autonómico de las disposiciones de carácter general.

La entrada en vigor de la Constitución supuso un giro importante en la concepción competencial de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas vinculados al medio ambiente. Así, de una concepción centralista se pasó a una evidente descentralización competencial que primó en gran medida a las Comunidades Autónomas.

La distribución de competencias en el campo ambiental se realiza por los artículos 149.1.23 y 148.1 de la Constitución, reseñando el artículo 148 las competencias que podrán ser asumidas por las CC.AA. y mientras que el artículo 149 se refiere a las exclusivas competencias del Estado, de manera que las demás materias no contempladas en estos dos preceptos podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas a partir de sus Estatutos de Autonomía y, en su defecto, pasarían a la esfera de competencia estatal.

El artículo 149.1.23.º CE especifica entre las competencias exclusivas del Estado la «legislación básica sobre protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Por su parte, el artículo 148.19.º CE atribuye a las Comunidades Autónomas «la gestión en materia de protección del medio ambiente».

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 junio, examina la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente y comentando los artículos de la Constitución declara que, por una parte se dice que «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde» a las Comunidades Autónomas «el desarrollo legislativo y la ejecución» en la materia de «protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de aquéllas para establecer normas adicionales de protección y por otra parte, que la función ejecutiva de la legislación estatal sobre protección del medio ambiente que a veces se llama «gestión», incluidos los vertidos industriales y contaminantes en ríos, lagos y aguas territoriales (en su caso) corresponde a las Comunidades Autónomas. Añade dicha sentencia que el juego recíproco de las normas constitucionales (arts. 148.1.9 y 149.1.23 CE) y de las estatutarias pone de manifiesto «sin lugar a dudas, que las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente, en general... corresponden a» las Comunidades Autónomas «y no al Estado» (SSTC 149/1991 y 329/1993). Por tanto, si el Estado *strictu sensu* tiene una competencia sobre el medio ambiente, compartida con las Comunidades Autónomas, resultan admisibles, por su propio peso específico, tanto el primer párrafo de esta disposición adicional como el segundo, sin que ello signifique privar a éstas de todo margen para desarrollar, en el sector subvencionado, una política propia orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares.

Así pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extra-penales que son de su competencia. Así el artículo 149.23 de la Constitución establece que el Es-

tado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar «Leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente», cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico.

c) Alcance local o municipal de las disposiciones de carácter general.

En materia de medio ambiente la potestad reglamentaria de la Administración se manifiesta en las Ordenanzas municipales aprobadas por los Ayuntamientos. Su razón de ser le viene otorgado en el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, al permitir que los reglamentos administrativos completen el sistema legal de infracciones y sanciones, de forma subordinada a la Ley, pudiendo ejercer potestades sancionadoras expresamente atribuidas por una norma con rango de Ley con respeto a los tipos previstos legalmente. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 25.f) de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a la Administración local competencias para «la protección del medio ambiente», podrá tipificar mediante ordenanzas la imposición de multas. La ordenanza local cumple un papel complementario indispensable de la Ley Sectorial Protectora del Medio Ambiente que les da cobertura. Sería inconstitucional, por infracción del principio de reserva legal, la ordenanza local que sancionara como infracción los comportamientos que no tuvieran previo acomodo legal. Por el contrario es perfectamente lícito y acorde con la Constitución que reglamentos, ordenanzas y disposiciones municipales puedan sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una Ley del Estado o de una Comunidad Autónoma.

En esa línea de atribución de competencias se orienta la Ley General de Sanidad de 1986 cuyo artículo 42.3 b) señala como una de las responsabilidades del Ayuntamiento el control sanitario de ruidos y vibraciones. Competencias que los Ayuntamientos han desarrollado mediante Reglamentos y Ordenanzas, que pueden sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una Ley del Estado o de una Comunidad Autónoma, como antes se dejó expresado.

d) Alcance del ordenamiento de la Unión Europea como disposiciones de carácter general.

La Comunidad Europea dispone de competencias legislativas en materia de Medio Ambiente, y las ejerce por medio de Reglamentos y Directivas. En cuanto a los Reglamentos el artículo 189 del Tratado de la CEE dispone que «el Reglamento tendrá valor general. Será obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable a cada uno de los Estados miembros»; en consecuencia, las normas de protección ambiental dictadas por la Comunidad Europea con rango de Reglamento pueden integrar el tipo penal del delito ecológico, incluyendo en la remisión que éste efectúa a las «disposiciones de carácter general».

Esa claridad no puede aplicarse a las directivas. Una posición doctrinal, con base en Sentencias del Tribunal de Justicia, entiende que unas Directivas que no han sido traspuestas al Derecho interno de los Estados no puede integrarse en el tipo penal como Disposición General. Así, en la sentencia de 26 de septiembre de 1996 (asunto C-168/1995, Medio Ambiente y Consumidores, caso Luciano Arcaro), en un tema referido a la interpretación de las Directivas 76/464/CEE y 83/513/CEE, sobre vertidos de Cadmio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró, ratificando su doctrina anterior, «que la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccio-

nal nacional una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno sólo existe en favor de los particulares y respecto a todo Estado miembro destinatario». De ello resulta que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular. En ese mismo sentido se expresa la sentencia de 11 de junio de 1987 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en relación con una cuestión prejudicial planteada por la «Pretura» de Saló (Italia), en un proceso penal por delito ecológico incoado por la contaminación de aguas y muerte masiva de peces en el río Chiese, cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró que las Directivas de la Comunidad y concretamente la Directiva 78/659 de la CEE de 18 de julio de 1978, no pueden por sí mismas determinar o agravar la responsabilidad penal, es decir, no puede tomarse en consideración su infracción como elemento del tipo penal por no estar dirigidas directamente a los ciudadanos sino a los Estados miembros (art. 189 del Tratado de Roma).

Otro sector de la doctrina entiende, por el contrario, que el reenvío que nuestro Código realiza a Leyes y Disposiciones de carácter general obliga a tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho comunitario, que puede ampliar así las circunstancias delictivas, incluso vía Directiva con efecto directo, lo que habrá de apreciar el Juez penal. Esta posición tiene también su apoyo en Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, a partir de las Sentencias GRAD y SALE de 1970 (y de modo más rotundo tras la Sentencia BECKER en 1982) ha venido progresivamente extendiendo el efecto directo de las Directivas, aunque no estén trasladadas a la legislación del Estado miembro, en aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan desde el punto de vista de su contenido como incondicionadas y suficientemente precisas y el Estado no haya cumplido los plazos establecidos para acomodar su legislación a lo dispuesto en la Directiva. Hay otras sentencias del Tribunal Europeo que se oponen a esta interpretación como sucede con la Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, precisamente porque los ciudadanos pueden hacer valer respecto del Estado que es quien ha incumplido su obligación de actuar la Directiva dentro del plazo, y en consecuencia no puede oponer a los particulares que se apoyan en la Directiva la inejecución por su parte de sus obligaciones (sentencia RATTI del TJCE, de 5 de abril de 1979). Al contrario, el Estado incumplidor no puede utilizar la Directiva no actuada contra los particulares en el ejercicio del *ius puniendi* del propio Estado, ampliando los términos de la responsabilidad penal del particular, pues ello vulneraría el principio de legalidad y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que admite la aplicación directa frente al Estado incumplidor pero no frente al particular (Sentencia citada «Pretore di Salo», de 11 de junio de 1987).

En consecuencia, para la integración del tipo penal del artículo 325 del Código penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo. Este criterio es reafirmado por la Sentencia «Kolfinghuis-Nijnugen BU», de 7 de octubre de 1987, que estima que «en definitiva debería excluirse la posibilidad de que la directiva no actuada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo de la interpretación de preexistentes disposiciones incriminadoras».

e) Disposiciones de carácter general con relación a la contaminación acústica.

Desde un punto de vista jurídico, el inicio de la contaminación acústica surge, pues, cuando se traspasa los límites máximos tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvi-

dar que la mera contravención administrativa no es suficiente para generar una conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afectación del bien jurídico protegido.

Antes hemos hecho referencia a las disposiciones generales que de modo indirecto protegen el medio ambiente de manifestaciones de contaminación acústica por superar los límites permitidos de ruidos y vibraciones. Son de mencionar el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, y la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Igualmente se ha hecho referencia a Leyes y Decretos aprobadas por los parlamentos autonómicos sobre este particular y las competencias municipales y locales en materia de ruidos y vibraciones.

Existe, pues, acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre su modalidad de tipo penal en blanco, en tanto en cuanto que para que exista la figura delictiva es necesario remitirse a las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, y se considera necesaria su contravención para que se configure el hecho delictivo. Se trata de un elemento normativo que es necesario dilucidar con antelación al pronunciamiento definitivo sobre la naturaleza penal de las conductas enjuiciadas (Cfr. STS de 23 de octubre de 2002).

5. Aplicación al supuesto objeto de este recurso de la doctrina que se ha dejado expuesta sobre lo que debe entenderse por disposiciones de carácter general.

Expuesta la anterior doctrina procede examinar, en primer lugar, si en el supuesto que examinamos concurre el elemento normativo del tipo objetivo constituido por la infracción de una disposición de carácter general.

Los hechos enjuiciados suceden en la ciudad de Palencia, y el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas recoge, en su artículo 1, el objeto de este Decreto y así dispone que quedan sometidas a las disposiciones del presente Decreto todas las industrias, actividades, instalaciones, máquinas y, en general, cualquier dispositivo o actividad susceptible de generar niveles sonoros o de vibraciones, que puedan ser causa de molestia a las personas o de riesgos para la salud o el bienestar de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo en su ámbito correspondiente. En su artículo 2 se establece su ámbito de aplicación disponiendo que el presente Decreto será de obligado cumplimiento en la Comunidad de Castilla y León, con independencia del posterior desarrollo que realice del mismo cada Ayuntamiento por medio de sus ordenanzas, de conformidad con los mínimos establecidos en la presente Norma. Su artículo 3 establece el órgano competente disponiendo que corresponderá al Ayuntamiento, en el ámbito de su Municipio, ejercer de oficio o a instancia de parte, el control de las determinaciones del presente Decreto y de sus normas de desarrollo, exigir la adopción de las medidas correctoras necesarias, señalar limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo ordenado. Su artículo 5 señala que la intervención municipal evitará que las perturbaciones por ruidos excesivos excedan de los límites que se señalan en cada caso. Los ruidos se medirán y expresarán en decibelios ponderados, de acuerdo con la escala normalizada A (dB(A)) y en su artículo 7 se dispone que los ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, con excepción de los originados por el tráfico, no podrán superar los niveles que se indican en el Anexo II y en ese Anexo, en lo que se refiere a zona residencial se fijan de día en 35 el nivel máximo de dB (A) y de noche en 30 cuando se refiere a piezas habitables, excepto cocinas; en pasillos, aseos y cocinas en 40 y 35, respectivamente y en zonas de acceso común en 50 y 40 dB(A).

Este Decreto ha sido desarrollado por las Ordenanzas Municipales como sucede con la Ordenanza Municipal para la Protección del Medio Ambiente contra las Emi-

siones de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Palencia de 19 de septiembre de 1996, publicada en el «Boletín Oficial de la Provincia» el 23 de octubre de 1996, fijándose los mismos límites de inmisión de ruidos.

En el caso que examinamos aparece concretado, en los hechos que se declaran probados, el siguiente resultado de las mediciones realizadas en viviendas del mismo edificio en cuyos bajos está situada la Sala de Fiestas Chapó de la que es responsable el acusado: el día 22 de febrero de 1998, en el piso..., a las 5 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 35 y 36 decibelios; el día 1 de enero de 1998, en el piso..., a las 3 h 25 minutos de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultado de 36,9 y 40,1 decibelios, haciéndose constar en el acta que se levantó, todo lo cual ha sido ratificado en el acto del juicio oral, que en el dormitorio de esa casa dormían niños menores de 3 años; el día 8 de marzo de 1998, en un piso de esa misma comunidad, se realizaron dos mediciones con resultados de 34,1 y 34,2 decibelios; el día 19 de abril de 1998, en el piso..., a las 5 h 40 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 36 y 37 decibelios; el día 2 de mayo de 1998, en el piso..., a las 5 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38,6 y 41,5 decibelios, haciendo constar los propios policías que los ruidos procedentes de la discoteca son perfectamente audibles al oído humano; el día 2 de mayo de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el pasillo con resultados de 36,8 y 39,8 decibelios, manifestando los policías que los sonidos procedentes de la discoteca son perfectamente audibles por el oído humano; el día 31 de mayo de 1998, en el piso..., a las 6 h 10 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 34 y 36 decibelios; el día 8 de agosto de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38 y 40 decibelios; el día 10 de octubre de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio principal con resultados de 34,3 y 35,2 decibelios, haciendo constar los policías intervinientes que el sonido que se escucha resulta más molesto de lo que en principio registra el sonómetro; el día 8 de diciembre de 1998, en el piso..., a las 6 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38 y 40 decibelios...

Queda, pues, perfectamente recogido en los hechos que se declaran probados que se ha infringido, en reiteradas ocasiones, el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, así como la Ordenanza Municipal antes mencionada, al superarse con mucho los límites autorizados en cuanto se dispone en dicho Decreto que los ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, con excepción de los originados por el tráfico, no podrán superar los niveles que se indican en el Anexo II, y en ese Anexo, en lo que se refiere a zona residencial, se fijan de día en 35 el nivel máximo de dB (A) y de noche en 30 cuando se refiere a piezas habitables como dormitorios. Igualmente se recoge en el relato fáctico de la sentencia recurrida que el limitador de la distribución musical precintado por el Ayuntamiento había sido manipulado.

En este caso, queda, en consecuencia, cumplido el elemento normativo del delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica.

6. Su naturaleza de delito de peligro, bien jurídico protegido y la gravedad del riesgo como otro elemento objetivo del tipo.

No basta la transgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente para que pueda actuar el Derecho penal, se requiere algo más.

Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Esta-

do de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho penal.

El examen del artículo 325 del Código penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Y «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan en peligro el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo a la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa.

La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico «medio ambiente» y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión.

Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código penal en cuanto tras describir las manifestaciones de la conducta delictiva se añade que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. La Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2002, nos recuerda que en cuanto el artículo 45 de la Constitución dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva y que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia de 25 de octubre de 2002, en la que se declara que en el artículo 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el artículo 347 bis eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requie-

ren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el artículo 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso «que puedan perjudicar gravemente» (art. 325 CP) o «que genere riesgo» (art. 362.2 CP); (SSTS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999). Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundaría indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (STS de 3 de abril de 1995). La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 ha venido aplicando al nuevo artículo 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al artículo 347 bis CP/1973, es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto. Pero no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medio ambiente era evidente (SSTS de 17 de septiembre de 2001 y 13 de marzo de 2000); bien se excluía la del propio carácter peligroso de la acción (SSTS de 23 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 1998) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medio ambiente (STS de 27 de abril de 2001); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código penal anterior (SSTS de 19 de mayo de 1999, 16 de diciembre de 1998 y 1 de febrero de 1997). Añade que una clara evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación del artículo 325 CP próxima a la contenida en la presente sentencia aparece ya en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 y 9 de octubre de 2000.

Lo que sucede en algunos casos, como se expresa en la sentencia que acabamos de mencionar, y asimismo ocurre en el supuesto que es objeto del presente recurso, es que, además, la creación de un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos se presenta como evidente y perfectamente definido.

Y lo que acabamos de expresar nos adentra en el examen del bien jurídico objeto de protección en esta modalidad de delito contra el medio ambiente. Antes hemos hecho mención a la pauta que marca el artículo 45 de la Constitución al hacer referencia al desarrollo de la persona y al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, y de ello parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En concreto, en lo que se refiere a la contaminación acústica, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso López Ostra), de 9 de diciembre de 1994, en la que conoció de una demanda contra el Estado español por molestias causadas por una estación depuradora de aguas y residuos sólidos próxima a la vivienda de la demandante, reconoce que los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por dicha estación depuradora vulneraban su derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8 del Tratado de

Roma, de 4 de noviembre de 1950, declarando su derecho a ser reembolsada de los perjuicios morales y materiales sufridos.

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, en la Sentencia de 24 mayo de 2001, en la que se conoció de demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en la que residía, se declara que el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Añade que en dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 y de 19 de febrero de 1998). Habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Respecto a los derechos del artículo 18 CE, ese ámbito de la vida de las personas ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre y 94/1999, de 31 de mayo). Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad.

La Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2002, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar, pone de relieve la trascendencia del bien jurídico protegido. Y ciertamente es así, en cuanto nada menos que están en juego los derechos de protección de la salud; a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales.

Y en éste como en los demás casos de los que conocen los Tribunales de lo Penal, se requiere, además, que esa puesta en peligro de estos bienes constitucionalmente protegidos lo sea con entidad y gravedad suficiente para que se justifique la intervención del Derecho penal.

Respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2002, en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (Sentencia de 27 de enero de 1999). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP y antes el 347 bis habrá que acudir, como dijo la citada sentencia de 27 de enero de 1999, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

7. Aplicación al supuesto que se somete al presente recurso de la doctrina expuesta sobre el requisito del grave perjuicio.

En el caso que examinamos, vistos los hechos que se declaran probados, como bien se razona por el Tribunal de instancia, los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la Sala de Fiestas han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un período aproximado de nueve meses, no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como responsable de la Sala de Fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnias y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos.

Por todo lo que se deja mencionado, el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la Sala de Fiestas de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.

8. El tipo subjetivo.

Como señala la Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1999, el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro, máxime en casos como el presente en los que fluye, por lo reiterado y contumaz, una decidida voluntad de no desistir de la situación de grave peligro creada.

9. Conclusión.

Concurren, pues, cuantos elementos pertenecen al tipo objetivo, tanto los descriptivos, como los normativos y valorativos, como los propios del tipo subjetivo, ya que el acusado, contraviniendo el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, en el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas, así como la Ordenanza Municipal para la Protección del Medio Ambiente contra las Emisiones de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Palencia, ha sido responsable, con conocimiento de ello, de inmisiones de ruidos procedentes de una Sala de Fiestas que han superado en mucho los límites máximos permitidos y han creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos de un inmueble, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas.

El Tribunal de instancia ha aplicado correctamente el artículo 325 del Código penal al condenar al acusado como autor de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica a la pena de dos años y tres meses de prisión y multa.

(Sentencia de 24 de febrero de 2003)

Delito contra el medio ambiente: delito de peligro hipotético, tipificándose un comportamiento idóneo para producir peligro al bien jurídico protegido; existencia: aguas residuales de empresa de proteínas y grasa que son vertidas a canal pluvial quedando convertido en una cloaca, con presencia de grasas, amoníaco, que impiden el desarrollo de la vida animal y vegetal, con riesgo de filtración en aguas situadas en acuífero y de afectación al ecosistema

Séptimo.—No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS de 25 de octubre de 2002, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el artículo 325 del Código penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Esta modalidad delictiva ya se ha utilizado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 11 de junio de 2001, 20 de enero de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4

de octubre de 1999), en relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas (art. 364 2.º Código penal de 1995).

En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto *stricto sensu*. Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española.

Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

ARTÍCULO 326 a)

Industria o actividad que funciona clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones: significado de funcionamiento clandestino de industria o actividad; inexistencia en caso de empresa de proteínas y grasas con relaciones fluidas con la Administración que realiza vertidos contaminantes no actuando clandestinamente y teniendo la licencia municipal de apertura, sin que la falta de licencia específica de vertidos motive la aplicación del tipo agravado

Octavo.—El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega indebida aplicación del subtipo agravado del artículo 326 a) del Código penal de 1995, toda vez que la empresa Proteínas y Grasas Gimeno, S. L. no funcionaba clandestinamente, pues disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad.

El motivo debe ser estimado. El artículo 326 a) del Código penal de 1995 dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra la circunstancia de que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

En el caso actual consta acreditado, como hemos señalado al resolver el motivo primero de recurso, que Proteínas y Grasas Gimeno, S. L. disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad (califi-

cada conforme al Reglamento de Actividades Molestas Insalubres y Peligrosas) otorgada por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, por lo que no podemos estimar, desde la perspectiva formal, que funcionase clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

Por otra parte consta también acreditado que el 17 de junio de 1996, tres años antes de estos hechos, el Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña aceptó el Programa de Descontaminación Gradual presentado por esta empresa el 31 de enero del mismo año, estableciendo un plazo hasta el 30 de noviembre de 1996 para que la calidad de las aguas residuales vertidas al cauce pluvial 59 cumplieran los límites fijados en la tabla tres del anexo al Título IV del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y autorizando provisionalmente el vertido con unos parámetros determinados, plazo que fue incrementado en dos ocasiones, como se declara probado en el relato fáctico. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista material puede afirmarse que la actividad de vertidos fuese clandestina, pues era conocida y fue autorizada con carácter provisional por la Administración.

Noveno.—Es cierto que el término concedido para adecuarse a la normativa general había caducado y sin embargo el recurrente realizó vertidos muy por encima de los límites permitidos. Pero es precisamente esta infracción lo que integra la vulneración de las disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, que constituye el elemento normativo del tipo base, por lo que no puede valorarse nuevamente para integrar el tipo agravado. Lo relevante es que las instalaciones no eran clandestinas, pues la empresa disponía de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad, y la realización de vertidos era conocida por la Administración, que le había concedido una autorización provisional.

Décimo.—La Sala sentenciadora aplica el subtipo agravado porque la empresa carecía en la fecha de los vertidos contaminantes el 9 de marzo y el 12 de mayo de 1999, de la preceptiva autorización de vertidos que le fue concedida posteriormente el 8 de octubre de 1999. Considera irrelevante que la autorización estuviese en trámite, porque estima que lo determinante es que carecía de ella, y también estima irrelevante que existiesen con anterioridad unos planes de descontaminación, pues ya no se encontraban vigentes cuando se produjo el hecho delictivo.

En definitiva, estima que concurre clandestinidad, y debe aplicarse el subtipo agravado siempre que la industria o actividad carezca de la preceptiva autorización para los vertidos, aunque disponga de licencia de actividad y la realización de vertidos sea conocida por la Administración. Esta concepción del subtipo es compartida por el Ministerio Fiscal, en el escrito de impugnación del recurso.

Undécimo.—Este criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva *contra reo* del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad.

En efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma aceptada en la sentencia de instancia, se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el artículo 4.1.º del Código penal de 1995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones.

Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la Administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión «funcionamiento clandestino» más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

Duodécimo.—La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado.

Así, en la STS de 26 de junio de 2002, se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante (SSTS de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999), pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en «los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante».

Este criterio restrictivo se justifica especialmente tras la publicación el Código penal de 1995, aplicable en el caso ahora enjuiciado, pues como señala la referida sentencia de 26 de junio de 2002, las previsiones legales del texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en estos casos de subtipo agravado, determinan que «la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente».

En la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, se afirma expresamente que «la falta de autorización administrativa en el presente caso, (se refiere a la autorización para vertidos) es precisamente la contravención de la normativa administrativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado».

En la Sentencia de 30 de enero de 2002, se señala que «tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a), pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en el que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico». Se trata de un supuesto en que el vertido realizado en unos bidones procedía inicialmente de un taller mecánico, que obviamente carecía de autorización de vertidos.

En la Sentencia de 19 de enero de 2002, se desestima la pretensión del Ministerio Público que interesaba en el recurso la apreciación de esta agravante, rechazando el criterio de que la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración equivalga a la clandestinidad del funcionamiento de la industria, pues ello supondría «aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente».

Decimotercero.—En la reciente Sentencia de 4 de diciembre de 2002, se analiza un supuesto muy similar al aquí enjuiciado, y también se acuerda mantener la conde-

na por el tipo básico, pero estimar el recurso interpuesto contra la apreciación de la agravante de clandestinidad del artículo 326.a). La razón de la estimación del recurso de casación consiste en que la inexistencia de las licencias de vertido «no permite la agravación, pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalidad de Cataluña, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial, e incluso, de la actividad contaminante, extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta».

Decimocuarto.—Es cierto que existen otras resoluciones que mantienen un criterio diferenciado, pero estimamos que debe reafirmarse el expresado en las últimas sentencias que acabamos de referenciar, por las siguientes razones:

1.º Es más respetuoso con el sentido literal del precepto, y en consecuencia con el principio de legalidad.

2.º Es más respetuoso con el principio de proporcionalidad. En efecto el Código penal de 1995 impone una sustancial elevación punitiva para los subtipos agravados del artículo 326, pues la pena mínima de seis meses y un día prevenida en el Código penal anterior para estos casos se ha convertido en un mínimo de cuatro años de prisión, sin posibilidad de suspensión condicional, por lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados sólo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa.

3.º Impide una excesiva expansión del subtipo agravado en detrimento del básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico.

Por todo ello, procede, como ya se ha expresado, la estimación del presente motivo.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

ARTÍCULO 329

Comisión omisiva de delito contra el medio ambiente: alcalde y equipos técnicos de Ayuntamiento que presidía que no realizan inspección de las instalaciones de granja que crea residuos contaminantes, teniendo el primero la obligación legal de control e inspección y con su inactividad creó unos resultados dañosos concretos

Primero.—El Ministerio Fiscal formaliza, un único motivo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha omitido la aplicación del artículo 329 del Código penal.

1. Entiende la Fiscalía, que la sentencia incurre en error, al considerar que el delito de prevaricación medioambiental, sólo permite sancionar estrictamente a la autoridad o funcionario público, que realice inspecciones medioambientales y silencie el incumplimiento de la normativa vigente y no, a quienes teniendo conocimiento de ello, incumplen las obligaciones generales de inspección y control de la observancia

de las disposiciones de carácter general, sobre esta materia. Los representantes de las diversas Administraciones, cada una en su respectivo campo de actuación, se erigen en garantes, *ex lege*, de que se efectúe la debida fiscalización del funcionamiento de las instalaciones contaminantes.

El recurso afecta, únicamente, a la persona que ostentaba la condición de ... de la Corporación Municipal, del término municipal en el que se encontraba la granja causante de la contaminación.

2. El Ministerio Fiscal, basa su acusación, en la omisión de las obligaciones que le imponía, el Reglamento de actividades clasificadas de 30 de noviembre de 1961 y sobre todo en que, la licencia concedida por parte del acusado a la granja, con fecha 28 de julio de 1988, se otorgó sin inspeccionarla y sin siquiera visitarla. Como ya se ha señalado, estima que la Sala sentenciadora ha considerado incorrectamente, que dicha conducta o comportamiento, cuya realidad reconoce, es atípica. Sostiene que no se puede establecer una separación entre el comportamiento de los autores materiales de los informes favorables (farmacéutico, ingeniero y arquitectos municipales) y la conducta, ya descrita, mantenida por el..., al que afecta el recurso.

Según el artículo 6 de dicho Reglamento, corresponde a los alcaldes, la concesión de licencia para el ejercicio de las actividades reguladas y la vigilancia para el mejor cumplimiento de los objetivos de dicha disposición, que no son otros, que, controlar todas aquellas instalaciones que alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen graves daños o impliquen riesgo grave para las personas o los bienes. La Orden de 15 de marzo de 1963, dictada para la aplicación del Reglamento, antes citado, precisa que, la práctica de inspección, deberá ser acordada por el..., cuando lo estime preciso (art. 12).

3. El legislador de 1995, ha querido incluir como una modalidad específica de prevaricación, la cometida por la autoridad o funcionario que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente, la concesión de licencias manifiestamente ilegales, que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes. También incluye otra modalidad alternativa, que sólo pueden cometer, aquellos que, teniendo la misión técnica de verificar las condiciones de la instalación y de realizar periódicas inspecciones, hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general, dictadas para aminorar o eliminar las actividades contaminantes de la industria en cuestión.

También castiga a la autoridad o funcionario que, por sí mismo o formando parte de un órgano colegiado, hubiese votado o resuelto a favor de su concesión, a sabiendas de su injusticia. A pesar de la referencia genérica de nuestro Código penal, a la posible comisión de los delitos medioambientales, por imprudencia grave, la específica figura de la prevaricación, sólo admite su comisión dolosa al exigirse una intencionalidad específica, reforzada por la expresión «a sabiendas».

4. La sentencia, después de relatar las actividades y calificarlas como muy tóxicas, afirma que la granja de donde procedían los residuos contaminantes, no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas cuya concesión correspondía al Ayuntamiento, del que era ... el acusado al que afecta este recurso, el cual, ni él personalmente ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidió, había inspeccionado las instalaciones de la granja.

Añade que la Policía Judicial, comprobó que, con posterioridad a iniciarse las diligencias judiciales de investigación, se han realizado modificaciones, que parecen encaminadas a remediar las deficiencias observadas.

5. Los elementos básicos, que nos sirven de apoyo para analizar si concurren los requisitos necesarios para la integración de la figura de la prevaricación medioambiental, son los anteriormente transcritos, si bien es necesario interpretarlos, a la luz de los datos que figuran en el apartado relativo a la valoración de la prueba. Se decla-

ra, como ya se ha dicho, que, los hechos declarados probados, acreditan que ni el acusado ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía, inspeccionó las instalaciones de la granja, lo que implica la imputación de una conducta omisiva, que acarree graves repercusiones para el medio ambiente.

6. Cualquiera que sea el criterio y la técnica de tutela penal elegida en materia medioambiental (delitos de riesgo o peligro abstracto o concreto), la responsabilidad cabe extenderla, no sólo a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino a los administradores públicos, a los que se debe exigir un escrupuloso cumplimiento de sus responsabilidades, aun reconociendo, que es necesario dejar en sus manos, una cierta discrecionalidad técnica, para conjugar las políticas de desarrollo sostenible, con la promoción de fuentes de creación de riqueza y desarrollo. Como se ha dicho por la doctrina, debemos resignarnos a un Derecho penal intervencionista y preventivo, impuesto por las modernas sociedades de riesgo, que encuentra, en la materia ambiental, un campo que debe ser tutelado no sólo en función de los intereses nacionales, sino también supranacionales.

Por ello, no sólo deben jugar las disposiciones de rango general interno, sino también aquellas que, derivadas de los sistemas supranacionales en que estamos integrados, o de los tratados internacionales, pretenden regular e imponer compromisos con la conservación del medio ambiente. En nuestro ámbito, disponemos de una numerosa jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, encargado de velar por el cumplimiento de las Directivas y el resto de la legislación de la Unión Europea.

7. La acción típica, viene integrada, no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. Es cierto que las otras dos modalidades concretas de prevaricación funcional, en materia de ordenación del territorio y patrimonio histórico, no contemplan, de manera expresa, la comisión omisiva, pero no se puede olvidar que, la prevaricación omisiva, ha sido admitida por esta Sala en Acuerdo General de 30 de junio de 1997, por lo que no existe obstáculo alguno para acudir a la cláusula general del artículo 11 del Código penal.

Como señala dicho precepto, en los delitos de resultado, cabe la comisión por omisión cuando el autor, al infringir un deber jurídico, es la causa de la lesión del bien jurídico afectado. En este caso no puede discutirse, por lo ya expuesto sobre la regulación de las actividades molestas, insalvables y peligrosas, que el... tenía la obligación legal de inspeccionar y con su inactividad creó una ocasión de riesgo, que se ha materializado en resultados dañosos de carácter concreto. En este caso no se puede argumentar que Jaime desconocía la instalación de la granja, ya que el hecho probado descarta esta posibilidad. Se trata de un municipio de poco más de mil habitantes y la extensión de la granja la hacía fácilmente detectable, sin necesidad de desplegar una intensa y minuciosa inspección. Era un hecho notorio y perfectamente visible.

8. La modalidad de prevaricación omisiva ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala y adquiere todavía una mayor justificación y razonabilidad en los casos de actuaciones de los funcionarios responsables en actuaciones medioambientales. Así, la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental, de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa medioambiental.

La doctrina había criticado que, en los proyectos precedentes y en el actual Código penal, no se hubiere contemplado una modalidad prevaricadora por negligencia. El hecho probado se nos dice que, en la fecha en que ocurrieron los hechos, la granja porcina no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas y se imputa y critica al acusado porque ni él personalmente, ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía inspeccionara las instalaciones de la granja. Esta forma de comportarse lleva implícita la afirmación de que la instalación era conocida por el Ayuntamiento y que nadie actuó con arreglo a las exigencias legales, ocasionando con esta conducta omisiva, un daño al medio ambiente tal como ha sido descrito por la sentencia recurrida. La solicitud, *a posteriori*, de la licencia no excluye la tipicidad de los actos previos, que son los que efectivamente se imputan al acusado.

9. Partiendo del hecho de que, en ningún momento, se realizó la inspección como señala la sentencia recurrida, lo cierto es que después del reproche a esta inactividad, llega a la consideración de que, esta conducta omisiva, no encaja en el tipo del artículo 329 del Código penal. Con ello entra en la paradoja, señalada acertadamente por el Ministerio Fiscal, de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, cuando el funcionario que la realiza se supone que por motivos ilícitos, silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente y sin embargo la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune. La función fiscalizadora y garante del ... se declara en la Sentencia de 29 de septiembre de 2001.

Como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora y desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria, no siempre exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota, en tal sentido STS 22 de mayo de 2001.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 24 de mayo de 2003)

Prevaricación medioambiental en concurso ideal con delito contra el medio ambiente

Primero.—El Ministerio Fiscal recurre contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial y formaliza un único motivo, sistematizado en dos apartados, relativos a la absolución del delito de prevaricación medio ambiental y del delito contra el medio ambiente. La acusación particular mantiene la misma tesis, por lo que, trataremos ambos motivos conjuntamente.

1. En lo que se denomina apartado primero, se acude al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para denunciar la inaplicación 329.2.º o alternatively del artículo 404, ambos del Código penal.

En su opinión se han dictado una serie de resoluciones injustas, (autorizaciones), que reúnen los requisitos jurisprudenciales exigidos para estimar la existencia de un delito de prevaricación.

Considera que la resolución es injusta, por haber adoptado acuerdos y que no se encontraban amparadas por disposición legal alguna y que afectaban al «suelo no urbanizable protegido marjalería B». Estima que se han vulnerado una serie de disposiciones de carácter general y de ámbito autonómico que examina con profusión de detalles y alegaciones técnicas. Destaca que esta situación de injusticia sobresale más, si se tiene en cuenta que, la zona afectada gozaba de protección. Pone especial énfasis en combatir los argumentos de la sentencia absolutoria, que se basa en que el terreno no había sido declarado previamente zona húmeda. Sostiene que esta naturaleza se adquiere por su propia condición y configuración y no por declaración administrativa. En su opinión esto se demuestra con la lectura del artículo 103.1 de la Ley de Aguas, que cita a continuación, así como con una serie de disposiciones, que avalan la tesis de la vulneración de las normas administrativas, que constituyen la base de la injusticia y la arbitrariedad.

Mantiene, en contra de lo afirmado por la sentencia, que el Alcalde actuó a sabiendas y que se ha producido una conculcación flagrante, clamorosa y evidente de la normativa que se debió aplicar. Por último considera evidente que, la decisión de aterrizar un humedal produjo, como pusieron de relieve los medios de comunicación, un perjuicio a terceros y a la causa pública en general.

2. Para llegar a una conclusión sobre la cuestión planteada, es necesario analizar de los argumentos y razonamientos utilizados por la Sala sentenciadora para llegar a una conclusión absolutoria, si bien ciñéndonos, exclusivamente, al contenido del hecho probado.

Como es lógico, no se discute la condición de funcionario del Alcalde, por lo que este tema no es objeto de debate.

La sentencia da por sentado, que el acusado tuvo conocimiento de los vertidos de escombros y otros productos que se venían realizando en una serie de parcelas ubicadas en los polígonos 3 y 7 comprendidos en «el marjal de La Safor» cuyo suelo estaba clasificado «como no urbanizable protegido marjalería B».

Sostiene que, el Alcalde actuó con el fin de poder controlar tales vertidos y concedió autorizaciones a propietarios o cultivadores para el almacenamiento de escombros procedentes de obras, excluyendo determinados residuos que se enumeran en la citada autorización. Estas autorizaciones se extendieron a lo largo de un tiempo que va, desde el año 1995 hasta el 13 de mayo de 1998.

El hecho probado admite que se fueron vertiendo escombros, no sólo sobre la superficie firme de las parcelas, sino también sobre una serie de balsas anejas a algunas parcelas, la mayoría con cultivos de naranjos en producción, formados por la extracción de tierras, que se aprovechaban para elevar el terreno y también, de forma natural, por el agua que manaba de los acuíferos.

Como resumen valorativo de todo lo que ha descrito, la sentencia afirma y reconoce que: «tales vertidos sobre las parcelas autorizadas y el aterramiento producido sobre parte de las balsas, produjo una incidencia medio ambiental de un valor 2-incidencia baja».

3. Las consideraciones previas que se hacen en los fundamentos de derecho son muy interesantes para perfilar la cuestión que se somete a nuestro examen. La descripción del entorno en que se sitúan los terrenos afectados y sus sucesivos usos a lo largo de los años aparecen perfectamente descritos. Los Marjales de La Safor, constituyen, «una superficie de tipo palustre y de carácter pantanoso, formada tanto por aguas de lluvia, como arrastre de la caída de las montañas, así como la emanada de los acuíferos o hullas». Los sucesivos cultivos de diferentes especies han producido una modificación de la geomorfología y del paisaje de las zonas afectadas. Se concluye este prólogo afirmando que la «degradación del Marjal B, de menor valor ecológico que los terrenos ubicados en la zona A, se han producido mayoritariamente»

por las actuaciones efectuadas con anterioridad al año 1990. Reproduce con ello el informe sobre la incidencia medioambiental de los vertidos, de 21 de febrero de 2000, elaborado por la Unidad de Inspección Medio Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente, resaltando que todo ello es anterior al año 1995, que es cuando el acusado dio las autorizaciones. Con ello delimita el enjuiciamiento, a lo sucedido, entre la primera autorización de 20 de abril de 1995 y el acuerdo municipal, de 4 de agosto de 1998, por el que se suspendía las autorizaciones concedidas hasta la fecha.

4. La sentencia realiza un minucioso y ordenado examen de la legislación que estima aplicable, ya que el delito de prevaricación exige, como elemento subjetivo, ligado indisolublemente al principio de culpabilidad, la conciencia de la arbitrariedad o injusticia de la resolución que no es otra cosa, que el apartamiento, consciente y deliberado de las ordenaciones legales y normativas que rigen las decisiones o actividades administrativas. Precisamente, tanto la acusación pública como la ejercida por la acusación popular, representada por una Asociación ecologista, censuran e impugnan la existencia de una cobertura legal que ampare las decisiones tomadas.

La sentencia, invoca las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, aprobadas por la Comisión Territorial de Urbanismo de la Generalidad Valencia de 31 de octubre de 1989, que enumera las actuaciones prohibidas. El artículo 16, admite indistintamente que se trataba de un terreno especialmente protegido ya que, no sólo prohibía la edificación de tipo residencial, sino también el vertido de pesticidas y plaguicidas en las «acequias» si bien no se hace mención expresa a los escombros. Estimamos que, sin distorsionar el texto, con mucha más razón estarían contraindicados los vertidos o de residuos sólidos que autorizó el acusado.

5. Entrando en el análisis de los elementos subjetivos del tipo de la prevaricación y proyectándolos sobre la modalidad específica de carácter medio ambiental, la resolución recurrida se apunta a un criterio meramente formalista. Sienta como tesis, que no se está obligado a proteger nada de lo que no haya sido especial y anteriormente declarado o catalogado como paraje protegido. Destaca que la propia acusación popular, reconoce que el Catálogo de Zonas Húmedas, fue publicado el 2 de febrero de 1998, si bien admite que las últimas autorizaciones eran posteriores a dicha fecha. Acogiéndose a la Ley de Aguas y al reparto de competencias entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas, llega a la conclusión de que el acusado no tenía ninguna facultad sobre la zona húmeda. Refuerza esta conclusión haciendo notar que, la Consellería de Medio Ambiente informó, con fecha 20 de agosto de 1998, que no tiene declarada ninguna zona dentro del término municipal como «espacio natural protegido».

Para reforzar su convicción sobre la ausencia del elemento culpabilístico, añade que la concesión de las autorizaciones se hizo con el asesoramiento del Secretario del Ayuntamiento y del Técnico Agrícola. Descarta el dolo directo afirmando que una vez que se iniciaron las actuaciones judiciales (27 de julio de 1998), la Corporación Municipal tomó dos importantes acuerdos, suspendiendo las autorizaciones para vertidos y solicitando del Juzgado la delimitación y consideración, «como zona húmeda», del término afectado.

6. Como ya se ha venido exponiendo, alguna de las afirmaciones de la sentencia recurrida para justificar que no ha existido vulneración de la normativa medio ambiental deben ser matizadas. En primer lugar, como hemos dicho, el artículo 16 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, establece unas pautas que cualquier lector, sea cual sea su condición profesional o su formación cultural, puede comprender. La exclusión de edificaciones y vertidos químicos en las acequias, supone, con abrumadora lógica, la prohibición añadida de autorizar actuaciones muchísimo más graves y destructivas, como los vertidos de escombros, que no sólo afectan a los cauces sino que eliminan los humedales en la zona en la que se producen. Como señala el Minis-

terio Fiscal, la Ley de la Generalitat Valenciana del Suelo no Urbanizable 4/1992 establece, con carácter general, el deber de «abstenerse de realizar cualesquiera actividades o actos que puedan tener como consecuencia o efectos la contaminación de la tierra, el agua o el aire».

Creemos que es posible enlazar esta disposición de carácter general, con la específica configuración orográfica de ciertas comarcas de la Comunidad Valenciana. La cultura del agua y de los humedales está profundamente arraigada en los habitantes de los terrenos próximos o cercanos a estas masas de agua, cuya reserva principal, mundialmente conocida, es la Albufera. Estos humedales, asociados a la pesca y al cultivo del arroz, son una seña de identidad de la región, especialmente valorada en dicha comunidad y que, de manera especial, debe ser apreciada por una persona que ostenta responsabilidades públicas. El Alcalde de una localidad en la que existen, desde tiempo inmemorial, unas zonas húmedas, no puede alegar, en ese contexto social, que la inexistencia de una norma específica de carácter prohibitivo autoriza, sin límites ni condicionamientos, una actuación tan agresiva como el vertido de residuos sólidos, hasta conseguir un aterramiento, que no sólo destruye el espacio, sino que elimina de raíz sus condiciones medio ambientales, incidiendo sobre el equilibrio de la naturaleza.

7. Relacionando estas consideraciones con la interpretación que se debe dar a la legislación protectora del medio ambiente conviene citar, tal como hace el Ministerio Fiscal, que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en materia administrativa, ha declarado que las zonas húmedas deben ser protegidas, sin necesidad de una declaración específica que las convierta, en virtud de una especie de acto taumatúrgico, obrado por el simple impulso del «Boletín Oficial», en zonas protegidas. Cualquier persona que esté simplemente inmersa en su medio, sabe de antemano y con independencia de cualquier declaración formal, que las zonas húmedas constituyen un espacio singular en nuestra geografía y que, sólo por ello, cualquier actuación sobre las mismas, debe preservarlas de cualquier peligro concreto de desaparición, como ha sucedido en el caso presente con una superficie considerable del Marjal de La Safor.

La lenta maquinaria burocrática ha confirmado la condición de Espacio Natural Protegido y ha incluido el paraje que es objeto de este enjuiciamiento en el catálogo correspondiente. Ahora bien, mucho antes, Ley de Aguas en su artículo 103.1, establecía que: «Las zonas pantanosas o encharcadas, incluso las creadas artificialmente, tendrán la consideración de zonas húmedas» sin perjuicio de que su delimitación se realice de «acuerdo con la correspondiente legislación específica».

La misma Ley de Aguas contempla como dominio público los lechos de los lagos y lagunas (art. 2.e). Otras disposiciones de este mismo texto evidenciaban, desde su entrada en vigor la especial protección de estas zonas. Al regular la planificación hidrológica, hace una referencia específica al uso del agua en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales y considera de protección especial, determinados acuíferos o masas de aguas que, por sus características naturales o intereses ecológicos, lo justificase (arts. 38 y 41).

En relación con el hecho que estamos examinando ya la Ley de Aguas prohibía, con carácter general, la acumulación de residuos sólidos o escombros que constituyan un peligro para la degradación del entorno (art. 89).

Se encomienda a los organismos públicos próximos a las zonas húmedas y a la Administración ambiental, la coordinación de acciones para una eficaz protección de su interés natural o paisajístico.

El Reglamento, que desarrolla aspectos parciales de la Ley de Aguas, impone el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua para cualquier actuación sobre el dominio público hidráulico (RD 29 de julio de 1988, arts. 11 y 20).

Asimismo la Normativa Comunitaria desde los años setenta, al regular los vertidos, advierte de la necesidad de proteger el medio acuático frente a toda clase de actuaciones de esta naturaleza que lo pongan en peligro.

8. Otras disposiciones de carácter general, dictadas por la Generalitat Valenciana, como la Ley 11/1994 de la Generalitat Valenciana de Espacios Naturales Protegidos nos dice claramente en sus artículos 15.1 y 2 que «se entenderán por zonas húmedas, a efectos de la presente Ley, las marismas, marjales, turberas y aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, salobres o salinas, naturales o artificiales». Volvemos a insistir, añadiendo argumentos de carácter cultural y científico, que la valoración de la necesidad de mantener el medio ambiente como patrimonio y garantía de las generaciones futuras, se ha integrado en el acervo cultural de la humanidad e incluso, las legislaciones más modernas, como la española, han llegado a incluir la protección al medio ambiente en el texto constitucional. Cualquier actuación, en un medio de tan especiales características como un marjal en tierras valencianas, obliga a desechar, impedir y desterrar cualquier actuación que, como los vertidos autorizados, puedan deteriorarlo incluso de forma irreversible. Estas advertencias y consideraciones no sólo se realizan en las Leyes que desarrollan la Constitución, sino también, como ya se ha dicho, las normas ambientales de carácter supranacional, como las de la Unión Europea, que son obligatorias en nuestro país. En este caso concreto existía, además, para reforzar la exigencia de adoptar posturas conservacionistas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (art. 7 de la Ley 4/1989), que advierte sobre la prohibición de cualquier acto que suponga una transformación sensible de la realidad física o biológica, que pueda llegar a hacer imposible o dificultar, de forma importante, la consecución de los objetivos de la planificación.

9. La actuación es contraria a las previsiones legales, que de forma inequívoca advertían a cualquiera y mucho más a un Alcalde, gestor de los intereses sociales, que no se podía actuar con autorizaciones agresivas como las que se describen en el hecho probado, sobre un medio específico y de singulares características que debía ser especialmente protegido. La conciencia y voluntad de actuar de forma consciente para modificar y recalificar, en un futuro, los terrenos que surgen del aterramiento provocado por los vertidos (a sabiendas de la ilegalidad de su decisión) se pone de manifiesto por la actuación sobre una norma urbanística de gran trascendencia como es en cualquier municipio, el Plan General de Ordenación Urbana. El Alcalde acusado, por Decreto de 12 de mayo de 1997, pone en marcha una maniobra atentatoria al medio ambiente, como es la de cambiar la calificación del marjal a suelo urbanizable común, lo que suponía un grave peligro para la estabilidad ecológica del sistema. Como destaca el Ministerio Fiscal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible, no lo consintió y rechazó la propuesta del cambio de calificación.

Este dato nos sitúa ante un conflicto permanente en todos nuestros municipios. La colisión entre los intereses de un desarrollo urbanístico y la protección medioambiental, tiene un cauce de debate en los organismos especializados, que son los que se deben pronunciar sobre la viabilidad o no de los proyectos desarrollistas y urbanísticos y atemperar o eliminar, si es posible, el impacto medio ambiental, que no es, en absoluto, obstáculo para que el ensanche de los centros urbanos, pueda perfectamente encontrar otros cauces sin necesidad de agredir y destruir parcialmente un terreno, tan intrínsecamente protegible, como es un humedal de las características de la que estamos contemplando en este caso.

10. Se termina alegando por la sentencia absolutoria, como dato que evidencia la ausencia de dolo del Alcalde, el hecho de que al conocer la iniciación de las actuaciones judiciales suspendió las autorizaciones que había venido dando. Esta argumentación no podemos compartirla, en cuanto que no elimina, por sí sola, la convic-

ción, por las razones ya expuestas, de que el acusado conocía perfectamente la trascendencia ecológica de la zona que estaba bajo su jurisdicción y no obstante, pasando por encima de las exigencias de la Constitución, de las Leyes y del deber de preservar el medio ambiente, autorizó actuaciones que dañaron y destruyeron un amplio espacio que va a ser costoso recuperar. Es evidente que actuó a sabiendas, es decir, con dolo y a conciencia de la injusticia y la ilegalidad de su decisión. Todos los factores que hemos consignado lo acreditan. Como se ha señalado por la doctrina el conocimiento de la antijuridicidad del acto se mide en función de la especial naturaleza de la realidad sobre la que se actúa. En este caso, era perfectamente factible que el autor conociese la realidad externa sobre la que, deliberadamente estaba actuando. El objeto sobre el que recae la acción formaba parte de un mundo, perfectamente accesible a la observación de sus circunstancias específicas. Con sus autorizaciones, contrarias a la legalidad y a la más elemental racionalidad, que proporciona del conocimiento del valor ecológico del humedal, produjo un daño de incuestionable impacto ecológico como reconoce la propia sentencia recurrida.

La actuación *a posteriori*, cuando ya existía un requerimiento judicial para que suspendiese las autorizaciones, sólo es la expresión de una decisión obligada que, en caso contrario, habría dado lugar a un delito de desobediencia. En todo caso podríamos considerarlo, como un elemento o dato a tomar en consideración, a la hora de individualizar la pena, aunque hay que hacer constar que la reparación o disminución de los daños va a resultar muy costosa.

11. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto entramos en el tema de la responsabilidad civil contraída por el acusado a consecuencia del delito medioambiental cometido. Nuestro sistema penal contempla, como aspectos sustanciales de la misma la restitución, reparación o indemnización.

Las acusaciones solicitaron, como responsabilidad civil, el pago del importe, fijado pericialmente, de las tareas de recuperación, en lo posible, del Marjal de Xeresa, para restituirlo o restablecerlo en la situación anterior a los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la actuación reparadora de los efectos y consecuencias del delito se mueven en las dos opciones posibles, la reparación y la indemnización.

Tratándose de un delito cometido contra un paraje de valor ecológico incuestionable, como reconoce la propia sentencia, el efecto reparador de la actuación del Derecho penal, debe poner especial énfasis en la recuperación, a ser posible total, de la configuración del Marjal antes de que se empezase a actuar por parte del acusado, ya que no es posible establecer responsabilidad civil subsidiaria en este trámite, porque la Corporación Local no ha sido parte en el recurso de casación, ni ha sido oída.

El efecto más adecuado de la actuación del Derecho penal, sería el de conseguir, en primer lugar, la restitución íntegra e indemne del objeto del delito o la reparación del daño o, en último caso, obtener una satisfacción indemnizatoria que no siempre colma las exigencias de las partes. En este caso la solución ajustada es la de realizar, a costa del causante, las actuaciones necesarias para retirar los escombros vertidos, levantando el aterramiento y restituyendo al Marjal de La Safor su estado anterior a los vertidos derivados de las autorizaciones ilícitas concedidas o actuaciones concertadas por el acusado.

En el ámbito del medio ambiente la búsqueda de la regeneración de los espacios afectados, es una aspiración del legislador que impone, según los casos, la reforestación o reposición de los elementos dañados. La reversibilidad del espacio a su situación anterior, la tiene en cuenta el propio Código penal, al considerar como una agravante específica, el mero riesgo de que el daño sea catastrófico o irreversible.

Por lo expuesto esta parte del motivo debe ser estimada.

Segundo.—La segunda parte del recurso de las acusaciones versa sobre la existencia añadida, de un delito contra el medio ambiente al margen del delito de prevaricación que ya ha sido examinado.

1. Los delitos contra el medio ambiente contemplan la posibilidad ilimitada de que cualquier persona pueda ser autora de los mismos, en función de la realización material de las conductas que se describen en el tipo básico del artículo 325 del Código penal. No se trata, por tanto, de un delito especial propio, que exige una determinada cualidad o condición en el autor del hecho punible, por lo que, cualquiera que actúe en el marco punitivo previsto puede ser considerado autor del mismo. Ello no evita que, en algunos casos, que nada tienen que ver con el presente, como cuando se actúa en el seno de las personas jurídicas tengamos que indagar a quiénes se puede y se debe imputar la actividad delictiva.

En el caso presente, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del medio ambiente y como consecuencia directa de este comportamiento ilícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. El daño ambiental al margen de la actuación prevaricadora, tenía además, como desvalor añadido, el hecho de querer transformar un paraje de protección natural, por sus especiales características en suelo urbanizable, lo que demuestra que, además de su actuación administrativa irregular, estaba cometiendo, de forma directa y material, una de las conductas típicas previstas en el artículo 325 del Código penal. Las personas que solicitaron la autorización para hacer los vertidos y que la obtuvieron, no aparecen implicados en unos actos, cuya materialización dependía directamente del acusado.

2. La cuestión que debemos solventar es la relativa a punición de ambas conductas, en función de la posible conexión concursal, abriéndonos a todas las variantes posibles, según el texto punitivo, desde la concurrencia de normas, hasta las modalidades concursales de carácter real, ideal o medial. Esta cuestión tiene diversos precedentes en nuestra literatura jurisprudencial, lo que nos obliga a ponderar todas las tesis manejables, desde el punto de vista doctrinal y legal para buscar las que mejor solucionen el conflicto, que se nos presenta.

Para enfrentarnos a este dilema debemos partir, por razones lógicas y sistemáticas, del tipo penal que constituye el inicio de la vulneración de los derechos y bienes jurídicos tutelados. No cabe duda que la agresión al medio ambiente tiene su origen en una conducta, que hemos estimado prevaricadora y que tiene entidad propia e independiente, sin perjuicio de su conexión con la prevaricación genérica del funcionario, que se contempla en el actual artículo 404 del Código penal. A consecuencia de esta decisión prevaricadora, se da vía libre para la realización de las conductas típicas que inciden de manera directa y con carácter autónomo, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, que tiene, a su vez, un rango constitucional. Desde este punto de vista, podemos aislar dos modalidades delictivas distintas, lo que descartaría los problemas y cuestiones derivadas de los conflictos de normas que confluyen sobre una determinada conducta. En términos más sencillos, podemos afirmar que, se ha prevaricado y además se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido. Es precisamente la conducta prevaricadora del funcionario, garante de la protección de ambos bienes jurídicos, la que, que con su actuación dolosa, da vía libre a la producción del riesgo o daño.

4. El concurso entre la prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ha dado lugar a un debate doctrinal que se ha tenido en cuenta en algunas resoluciones jurisprudenciales. En las sentencias

de 7 de noviembre de 1986 y 10 de abril de 1992, se contemplan supuestos en los que la decisión prevaricadora ha ido seguida de un desalojo o demolición de una vivienda. En estos casos, se ha considerado que existía un concurso de normas, que producía la absorción de todo el desvalor del ordenamiento jurídico en el delito de prevaricación, llegando a considerar que, la demolición del edificio, no eran daños adicionales, sino secuelas civiles de la prevaricación.

Sin embargo, en otra Sentencia de 22 de abril de 1996, que aborda una doble condena por cohecho y prevaricación, considera que no ha existido vulneración del *ne bis in idem*. Establece como doctrina que la recepción de dinero por abstenerse de vigilar, es antecedente de la efectiva dejación de funciones que permitió que se llevaran el tabaco almacenado. Considera que ambas conductas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción.

5. El punto sobre el que gira la construcción de las alternativas concursales, se centra en torno a la naturaleza y conformación del acto delictivo. Es decir, debemos dilucidar si nos encontramos ante un solo hecho, en su sentido natural y jurídico, o ante varias acciones que pueden ser descompuestas, desde la perspectiva de lo que, en la doctrina se conoce como acción natural.

Desde el punto de vista del concurso de acciones, se puede admitir, a efectos puramente doctrinales y jurisprudenciales, que el delito de prevaricación es compatible con el delito contra el medio ambiente, si se cumplen las reglas generales de la autoría y participación. Se puede producir una connivencia entre el funcionario y el particular que lleve a aquel a la comisión de un delito de prevaricación, del que se puede considerar inductor al extraño, y por supuesto una cooperación necesaria en el delito medioambiental.

Ahora bien, para ello es necesario contemplar las vicisitudes reales de cada caso y, en concreto, lo que ha sucedido, en el supuesto que ha sido objeto de recurso. El autor de las autorizaciones de vertidos ilegales fue el propio Alcalde, por lo que se considera autor de un delito de prevaricación específica contra el medio ambiente. No consta que ninguna otra persona haya participado, por inducción o compra de voluntades, en la expedición de las autorizaciones, lo que impide que busquemos responsabilidades más allá de la actuación del funcionario público. Los terrenos sobre los que se producían los vertidos autorizados, eran de dominio público y lo que pretendía el recurrente es que, por este medio se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma también, en autor del delito contra el medio ambiente.

6. Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el artículo 77 del Código penal, que nos lleva a considerar, *a priori*, la imposición, en la mitad superior, la pena correspondiente al delito que tenga fijada una sanción más elevada. Todo ello, sin perjuicio de buscar la fórmula más adecuada y proporcionada, cuando sea posible llegar a una solución más favorable para el reo, si se procede a penar por separado cada una de las infracciones constatadas.

7. La pena correspondiente al delito de prevaricación del artículo 329 del Código penal es la genérica de la prevaricación (art. 404): inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, complementada por la pena específica del delito especial, que es la de seis meses a tres años de prisión o alternativamente, la multa de ocho a veinticuatro meses. Por su lado, la pena correspondiente al tipo básico del delito contra el medio ambiente del artículo 325 del Código penal, es la de seis meses a cuatro años de prisión, con multa conjunta de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de

uno a tres años. Como puede verse la combinación de opciones condenatorias, de muy diversa naturaleza e índole, y la necesaria búsqueda de la proporcionalidad e individualización de la pena, plantea problemas a la hora de escoger la pena imponible, según el artículo 77 del Código penal.

En principio parece que la existencia de un delito cometido por un servidor público, que ostenta además la confianza de sus votantes, por ser un cargo electivo, aconsejaría decantarse como pena más grave por la de prevaricación, que permitiría una inhabilitación específica para cargo o empleo público por un tiempo mínimo de siete años y máximo de diez. A ello se acompañaría una pena privativa de libertad, que, situada en la mitad superior, nos llevaría a una duración de un año y nueve meses *mínimo* a tres años *máximo*. Como hemos señalado, cabe la alternativa por una pena de multa que afectase de forma importante al patrimonio del autor. Esta opción, en principio, podría satisfacer la adecuación de la pena a las circunstancias personales del autor y al contexto en el que se produce.

8. Ahora bien el delito contra el medio ambiente, supone una infracción grave, que perjudica no sólo el buen funcionamiento de la Administración Pública, sino que supone un riesgo potencial o en todo caso una agresión, prácticamente irreversible, a un paraje medio ambientalmente protegido a través de una conducta típica, como es el aterramiento. La pena prevista en orden a privación de libertad es más extensa, seis meses a cuatro años lo que nos sitúa en una pena mínima de dos años y un mes a cuatro años de prisión, debiendo acumularse la pena de multa y manteniendo una inhabilitación que no afecta al cargo público y sí solamente a la profesión u oficio. Como diremos más adelante, al motivar la individualización de la pena, los titulares de los poderes públicos y especialmente los alcaldes, tienen un especial deber de cumplir con el mandato constitucional y legal que impone conservar y proteger el hábitat natural, no sólo en función del respeto por la calidad de vida, sino asumiendo que nos encontramos ante un bien permanente, que no es patrimonio de los actuales habitantes, sino que debe transmitirse a las generaciones futuras como muestra de una insoslayable solidaridad colectiva.

9. No obstante, el artículo 77 del Código penal, impone la punición por separado de ambas conductas delictivas cuando la pena que resulte de la aplicación de las reglas anteriores (delito más grave en su mitad superior) es superior a la que resultaría de penar los delitos separadamente.

En el caso presente la prevaricación permite una pena de multa, alternativa a la prisión, que va desde los ocho a los veinticuatro meses. Aplicando las previsiones del Código penal sobre la forma de cuantificar la pena de multa, la cuota diaria, cuando todavía no se había adoptado el euro era de un mínimo de doscientas y un máximo de cincuenta mil pesetas. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales, por parte de un servidor público elegido por voluntad ciudadana, estimamos que la cuantía ajustada y proporcionada del día-multa debe ser la de cincuenta mil pesetas. A su vez, por las mismas razones y por haberse sustituido la pena privativa de la libertad por una sanción pecuniaria, la cantidad debe calcularse sobre su duración máxima, es decir, veinticuatro meses. En relación con la pena de inhabilitación especial, su duración se debe fijar en ocho años, que equivalen a dos períodos electorales.

Por su parte el delito contra el medio ambiente nos permite imponer una pena de un año de prisión, una multa de veinticuatro meses en la cuantía de día-multa de cincuenta mil pesetas y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de dos años.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 30 de septiembre de 2003)

ARTÍCULO 368

Tenencia para el propio consumo: existencia: 50 pastillas de MDMA al 26 por 100 de pureza, equivalentes a 2,39 g de anfetamina pura: supera los 0,48 g de dosis diaria por tres días. Cantidad excesiva, pero que no supera la destinada a cinco días de consumo ordinario. Tenencia preordenada al tráfico: no puede deducirse automáticamente de la cantidad aprehendida. El destino de la droga al consumo propio no es una excepción que sea necesario probar, sino que debe ser acreditado el destino al tráfico

Cuarto.—El recurso del Ministerio Fiscal otorga un valor casi absoluto a un dato único, que aun cuando es relevante no puede ser decisivo, como es la cantidad de droga ocupada, que en este caso no resulta excesiva y no permite descartar el criterio fundado de la Audiencia en cuanto a su destino al autoconsumo.

En lo que se refiere a la cantidad de droga ocupada esta Sala, por ejemplo en Sentencia de 5 marzo 1993, excluye que el destino al tráfico se pueda apreciar de un modo automático cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos establecida por la jurisprudencia. Tal entendimiento supondría, en realidad, una modificación del tipo objetivo del delito extendiéndolo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una cantidad determinada, aunque sea para el propio consumo. Siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo inmediato.

En consecuencia la Sala sentenciadora puede y debe valorar las explicaciones de los acusados justificativas de la tenencia concreta. Cuando la cantidad no sea excesiva, dichas explicaciones resulten para la Sala razonables y verosímiles e incluso como sucede en este caso estén avaladas por otros datos y testimonios, como son las declaraciones de los técnicos del Centro de Deshabitación sobre el relevante nivel de consumo de los acusados, no podemos sustituir la decisión absolutoria de la Sala sentenciadora por otra condenatoria fundada de modo prácticamente exclusivo en la cantidad de droga ocupada, pues ello equivaldría a valorar el destino al tráfico con un criterio de absoluto automatismo.

Quinto.—Por otra parte la doctrina consolidada que estima procedente la revisión en casación del juicio de inferencia de la Sala sentenciadora sobre el destino al tráfico o al consumo, no debe llevarse al extremo de revisar el criterio de la Sala sentenciadora en cuanto a la valoración de la credibilidad de los testimonios y declaraciones prestadas en su presencia, lo que es contrario a la naturaleza del recurso de casación y al obligado respeto al principio de inmediación.

Quando la Sala sentenciadora funda en gran parte su convicción (o su ausencia de convicción sobre la concurrencia de un elemento del tipo, como sucede en este caso) en su apreciación de determinados testimonios y en la verosimilitud de la versión de los acusados, ha de cuidarse extremadamente no rebasar los límites de lo que es revisión del juicio de inferencia e invadir lo que es revisión del criterio valorativo de la Sala sentenciadora en la opción entre dos relatos fácticos alternativos, ambos verosímiles.

Esto es, a nuestro entender, lo que sucede en el caso actual, en el que existen dos alternativas fácticas, la de la acusación y la de la defensa, dos relatos diferentes con

elementos circunstanciales que van más allá del mero elemento subjetivo del destino de la droga ocupada, y la Sala sentenciadora opta razonada y razonablemente entre esos dos relatos considerando verosímil la versión fáctica de los acusados, en el sentido de que habían efectuado un acopio de pastillas para cuatro o cinco días, versión que se corresponde con la cantidad de droga ocupada.

De la duda no cabe extraer certeza por lo que no es procedente que este Tribunal casacional, sin haber contemplado el juicio, sustituya la duda del Tribunal sentenciador por una convicción condenatoria.

Sexto.—Por último, ha de tenerse en cuenta que en el análisis de la razonabilidad del discurso del Tribunal sentenciador no pueden aplicarse a la inversa las reglas elaboradas para garantizar el respeto a la presunción constitucional de inocencia.

En efecto, es cierto que cuando el Tribunal funda su condena en un análisis de la prueba indiciaria que no se estima por el Tribunal casacional suficientemente razonable, el principio constitucional de presunción de inocencia impone la casación de la sentencia y la absolución del acusado. Pero no sucede lo mismo en el supuesto contrario, pues aun cuando el razonamiento expuesto por el Tribunal sentenciador para justificar su duda entre dos versiones del relato fáctico no se considere suficientemente razonable que, en el presente caso, si lo es, lo cierto es que el Tribunal de instancia no ha alcanzado la convicción necesaria para fundamentar la condena, y no existe un principio constitucional de presunción de inocencia invertida, que imponga en tales casos la condena del acusado.

En definitiva el destino de la droga ocupada al propio consumo no es una excepción que sea necesario probar, sino que es el destino al tráfico según la redacción actual del tipo descrito en el artículo 368 Código penal lo que debe ser acreditado, y sobre lo que debe obtener una convicción, adecuadamente motivada, el Tribunal sentenciador.

Séptimo.—En el caso actual ni la hora, ni el día, ni el lugar, son especialmente significativos, pues los acusados tanto podían portar las pastillas para su venta como acabar de adquirirlas para su consumo.

En consecuencia el único elemento del que deducir el destino al tráfico, es la cantidad (50 pastillas de «éxtasis» para cada acusado, con un peso en bruto de 9,19 gramos y una pureza del 26 por 100, equivalente a 2,39 gramos de droga pura).

Se trata de una cantidad significativa pero no excesiva. La Sala podría haber deducido de ella, en conjunto con otras circunstancias y valorando la inexistencia o inverosimilitud de las explicaciones de los acusados, que su destino era la venta. Pero si llega a la convicción contraria, como ha hecho en este caso, su criterio debe ser respetado pues, como ya se ha señalado, en realidad la cantidad ocupada no supera la destinada a cinco días de consumo ordinario (2,40 gramos), una cantidad que la doctrina de esta Sala estima asumible para el propio consumo, por lo que se trata de una inferencia que entra en el campo de lo razonable.

Dictar en tales circunstancias segunda sentencia condenatoria por esta Sala en casación, sin haber oído a los acusados, implicaría otorgar a la cantidad de droga ocupada un valor absoluto y prescindir indebidamente del criterio de la Sala sentenciadora, sin haber dispuesto de las ventajas que la inmediación y la contradicción han proporcionado al Tribunal *a quo* en la apreciación directa de la prueba.

El recurso del Ministerio Fiscal debe ser, por tanto, desestimado, confirmando el criterio de la Sala de instancia.

(Sentencia de 18 de marzo de 2003)

Es atípica la conducta, por no atentar al bien jurídico protegido, de negarse los acusados a vender droga por 2.000 pesetas, diciendo a los compradores que sólo vendían por gramos, no llegándose a realizar transacción alguna

Primero.—Recurren conjuntamente los cuatro acusados y formalizan un primer motivo por vulneración de derechos fundamentales al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

1. El motivo se extiende tanto al delito contra la salud pública como a la falta de lesiones por la que se condena a uno de ellos, Lucas ... En el desarrollo de los argumentos que sustentan la impugnación de la sentencia, se entremezclan cuestiones relativas a la presunción de inocencia, con otros aspectos diferentes, como es el de la insuficiencia de datos fácticos necesarios, para incardinar los hechos en el delito contra la salud pública por el que han sido condenados.

Sostienen que no existen pruebas de cargo claras y terminantes, por lo que entra en contradicción con la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora. En definitiva, no niega la existencia de prueba válida, sino que la estima sin entidad suficiente para sustentar una sentencia condenatoria. También denuncian que se ha dado más importancia a las pruebas obtenidas en la fase de investigación, que a las practicadas en el momento del juicio oral.

Finalmente y por vía totalmente incorrecta, plantean la posibilidad de corregir el relato de hechos probados, aunque sea de forma parcial.

2. En relación con el delito contra la salud pública, que afecta a los cuatro recurrentes, estimamos que los datos de hecho incorporados a la relación fáctica, son el resultado de la existencia de una prueba válida y debidamente depurada y valorada por la Sala sentenciadora, por lo que, en términos estrictos, se debe rechazar la presunción de inocencia. Ahora bien, de forma poco ortodoxa, se incluye un debate sobre la suficiencia de los elementos fácticos necesarios para configurar el componente objetivo e incluso subjetivo o finalista, que se exige para la concurrencia del delito contra la salud pública que, aunque es un delito de riesgo colectivo o de mera actividad, exige la realización concreta de los actos típicos que se contienen en el artículo 368 del Código penal.

3. La sentencia comienza afirmando que los acusados: «Durante los primeros meses del año 2000, surtían de heroína a diversas personas adictas al consumo de esta sustancia a cambio de dinero». A continuación precisa que, esta actividad, se venía realizando en determinadas calles de la localidad de Plasencia.

Esta imputación genérica, no es suficiente para integrar un delito contra la salud pública. Para configurarlo, es necesaria la atribución de una conducta específica, bien ocasional, bien habitual, que integre, de manera taxativa, un acto de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, ya que el derecho penal sólo puede aplicarse a un supuesto de hecho estrictamente determinado, con prohibición expresa de extender la tipificación de forma genérica más allá de lo que exige el principio de legalidad. Aun en el supuesto de que admitiésemos esta posibilidad, la concreción que supone limitarse a imputar a una o más personas, un conjunto inespecífico de actividades delictivas, choca con el resultado probatorio. Esta afirmación tan genérica ni siquiera tiene sustento probatorio suficiente, ya que los testimonios de las dos personas que resultaron agredidas, no tienen entidad incriminatoria, por las circunstancias en que se producen.

4. La primera parte del relato fáctico atribuye a los acusados una forma de vida o hábitos de comportamiento de una manera genérica. Esta imputación no puede ser considerada, como la base para la aplicación del tipo del delito contra la salud pública.

Se trata de una expresión tautológica y determinante del fallo, que se mueve en el terreno indeterminado de la imputación de hábitos de conducta delictivos. Esta declaración es tan incorrecta, como afirmar que los acusados se dedicaban al robo, la estafa o a cualquier otra modalidad delictiva, por lo que su posibilidad de ser tipificada debe ser rechazada.

En relación con los acontecimientos concretos, que se sitúan cronológicamente en las 21.30 horas del día 13 de febrero de 2000, su desenvolvimiento se aparta de los cánones tradicionales a los que nos tiene acostumbrado la abrumadora práctica diaria. No nos encontramos ante un supuesto clásico de posesión directa o indirecta de droga, determinada por su tenencia en manos del vendedor o vendedores, u ocupada en manos de un comprador, sorprendido en el momento de la transacción, e interceptado por la policía. Si nos encontrásemos ante alguno de estos casos, no habría ningún problema para calificar los hechos, dentro de las tipologías de los delitos contra la salud pública, en alguna de sus modalidades.

5. Sin embargo, en el caso presente y ateniéndonos al contenido del hecho probado tenemos más dificultades. Se nos dice que los compradores se dirigieron solamente a una de las acusadas que se encontraba en la puerta de la vivienda, a la que solicitaron que les proporcionase heroína a cambio de 2.000 pesetas «a lo que ésta se negó diciéndoles que sólo vende por gramos». Surgió una discusión en la que interviene otro acusado Lucas (marido de Mariana) que les repite que sólo vendía por gramos. El enfrentamiento ocasionó las lesiones que se describen en el relato fáctico, sobre cuyo contenido y calificación jurídica nada tenemos que objetar.

En el caso que nos ocupa, la negativa a vender en las cantidades solicitadas por los compradores, deja sin efecto el acto al tráfico que no se objetiva de manera suficiente, por lo que no podemos situarnos ante un desarrollo típico de la acción.

Las manifestaciones de los testigos, que resultaron además perjudicados por la agresión, no sirven ni siquiera para establecer un principio probatorio, ya que una vez realizadas en la policía, no fueron ratificadas en el juicio oral. Aunque se tomasen en consideración algunas de las manifestaciones que formularon los testigos, lo cierto es que los términos específicos que se relatan no se incorporan al hecho probado, lo que sólo nos permite valorar como probado, la negativa de dos de los acusados a vender droga al menudeo o en cantidades inferiores a un gramo.

6. Es precisamente esta conducta la que tenemos que examinar para decidir si constituye un acto imperfecto de ejecución, que sólo se podría atribuir a Mariana y Lucas..., o por el contrario, la negativa a vender nos sitúa ante la inexistencia objetiva y material de una, aunque fuese pequeña cantidad de droga de la que pudieran disponer para la venta. Esta postura debe considerarse, fuera del marco punitivo y del tipo previsto en el artículo 368 del Código penal.

Lo cierto es que la negativa de los dos únicos acusados que la exteriorizan impide la consumación y la realización material de las conductas típicas ya no sólo el tráfico no se produce sino que tampoco puede hablarse de que la negativa a vender, aunque sea por razones de las condiciones de la transacción sea un modo genérico de favorecimiento del consumo. El reconocimiento propio según los testimonios de las personas que vieron defraudados sus deseos de adquirir droga sólo nos sirve para sentar, de forma genérica, que los acusados es posible que vendiesen, pero no se diseña de forma clara y precisa una actividad de venta que pudiera ser objeto de constatación al margen de los testimonios no corroborados de los frustrados compradores. La condena no puede construirse sobre una manifestación de voluntad, que no va seguida del comienzo de alguna acción típica.

En el caso presente, sólo nos consta una forma de hábito de conducta por parte de los acusados, pero lo cierto es que cualquiera que sea la consideración que dicha circunstancia nos merezca, la lesión al bien jurídico protegido no se produce por la decisión de los acusados de no vender la droga solicitada, aunque se alegue que no se realizó la venta, porque los compradores no llevaban dinero suficiente para adquirir la droga por gramos, no se puede objetivar un daño real ni presente a la salud pública que es el bien protegido. El bien jurídico es el bien ideal que se incorpora al concreto objeto del ataque y sólo es lesionable dañando los respectivos objetos individuales de la acción. Es evidente que, en este caso, por unas especiales y no frecuentes circunstancias, no ha habido daño al bien social y jurídico protegido, ni se ha objetivado ninguna otra conducta contenida el tipo penal que se aplica y que pudiera, de manera autónoma y desligada de la acción enjuiciada, constituir una base para determinar un principio de lesión. El principio de lesividad, es un componente inseparable de la tipificación penal, ya que el legislador decide castigar todas aquellas conductas que, de forma directa o potencial, pueden afectar al bien jurídico protegido, pero el derecho penal debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en el caso presente, la conducta imputada es solamente sospechosa pero no constitutiva, de un daño o simple riesgo para la salud pública.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 13 de mayo de 2003)

Conductas atípicas: autoconsumo compartido: requisitos. No existe en el caso de consumidores no adictos y reunión en fiesta multitudinaria abierta al público

Cuarto.—El motivo segundo, formalizado por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código penal, con base en la teoría del denominado «consumo compartido».

Dado el cauce casacional elegido por el recurrente, deben respetarse los hechos declarados probados, y en ellos se expone que el acusado Luis Pedro portaba una bolsa conteniendo 15,248 gramos de cocaína, de riqueza base del 28,94 por 100, que había adquirido por encargo de unos amigos para ser consumidos al día siguiente (24-12-2000) por la noche, tras la cena de Navidad, «en una fiesta de música electrónica en Puerto Real, en una carpa del Ayuntamiento, de acceso público. Ninguna de las personas entre quienes iba a distribuirse la cocaína era adicto a esta droga».

Como se dice por la sentencia recurrida, la defensa en realidad no ha cuestionado los hechos en que se fundamenta la acusación; lo que plantea es que tales hechos son impunes por tratarse de un «autoconsumo compartido». En igual sentido, el voto particular hace también una valoración jurídica sobre el mismo.

Los requisitos que ha construido la jurisprudencia de esta Sala para su apreciación son los siguientes, según las Sentencias de 8 de marzo de 2000 y de 27 de noviembre de 2002, entre otras muchas: 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995. 2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte

de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995. 3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (ver Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995). 4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social. 5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. 6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. Al «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia en las Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

Esta doctrina debe ser aplicada, como es obvio, restrictivamente, siempre y cuando concurren estrictamente todos los aludidos requisitos.

En el caso, podría cuestionarse si tal consumo es no inmediato, o si es más o menos «insignificante», pero lo que no puede ponerse en duda es que algunos consumidores lo eran, al menos, muy esporádicamente, no siendo propiamente «adictos», y en todo caso, uno de los requisitos, cual es el de que el consumo tenga lugar en lugar cerrado, tampoco concurre indiscutiblemente, en tanto la fiesta donde se iba a compartir el consumo se celebraba en una carpa del Ayuntamiento, abierta al público, fiesta que es calificada por la Sala sentenciadora como de «multitudinaria», lo que produce, como también se expone, que «nada garantizaba, en absoluto, que terceros ajenos a quienes proyectaron el consumo pudieran ser finalmente copartícipes en el mismo». En el voto particular se expone, por el contrario, que el consumo tendría lugar en «casa de alguno de ellos», sin especificar más datos, y este aserto se encuentra contradicho en los hechos probados, a los cuales no se atuvo en consecuencia al redactar tal disenso, pese a lo expuesto en el primer apartado de su voto particular, que solo lo refería a la consideración de adictos a la cocaína, como consumidores regulares de dicha sustancia.

En razón a las anteriores consideraciones jurídicas, y muy particularmente el lugar en donde tendría lugar el consumo compartido, no puede aplicarse la doctrina de esta Sala al respecto, sin perjuicio de que la pena impuesta, no obstante ser la mínima imponible, se encuentra desproporcionada a los elementos fácticos que han sido estudiados, y a la proximidad de nuestra doctrina, lo que permitiría activar por el recurrente el oportuno mecanismo de gracia (indulto parcial por la mitad de la pena impuesta), si se cumplen los demás requisitos exigibles, y de la resolución final del mismo, que obviamente no nos corresponde.

(Sentencia de 24 de julio de 2003)

Venta de una papelina de cocaína, no especificándose el grado de pureza, por lo que podría tratarse de una cuantía insignificante: la protección del bien jurídico no depende de la cantidad de la droga difundida, sino del riesgo de adicción generalizado

Primero.—El primero y el segundo motivo del recurso deben ser tratados en forma conjunta, dado que se refieren a la misma cuestión. El recurrente sostiene que no consta la pureza de la droga que le ha sido ocupada en un total de once envoltorios predispuestos para su venta y uno vendido a un tercero. Por lo tanto, estima que no es posible conocer la nocividad de la sustancia y que ello impide establecer si se ha vulnerado realmente el bien jurídico protegido.

Ambos motivos deben ser desestimados.

En realidad el recurrente plantea una sola cuestión, la referente a la posible exclusión de la tipicidad por tener en su poder sólo una cantidad insignificante de droga pura. Respecto de la insignificancia, sin embargo, esta Sala viene sosteniendo que la conducta prohibida por el tipo penal del artículo 368 CP consiste en la difusión de droga (en este caso cocaína y heroína), y que el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la Ley Penal quiere evitar. Es preciso subrayar que el bien jurídico salud pública no se forma con la suma de las saludes individuales. Lo que el legislador ha querido impedir no son estos daños individuales, que hubiera podido alcanzar con el tipo penal de las lesiones, sino algo distinto. La finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave. Desde esta perspectiva, es evidente que el grado de pureza puede tener una cierta relevancia a los efectos de establecer la cantidad como circunstancia de agravación en el artículo 369 CP, pero no respecto de la difusión de cantidades que no alcanzan a constituir dicha circunstancia. La difusión de drogas, que el artículo 368 prevé a través de diversas acciones típicas, en sí mismo no depende de la cantidad de la droga difundida, sino del riesgo de adicción generalizado que se supone implícito en todo acto de distribución o de cooperación en la misma.

(Sentencia de 18 de julio de 2003)

ARTÍCULO 390.1.1.º

La falsedad realizada en fotocopia de documento oficial que es posteriormente compulsada o autenticada constituye documento oficial; existencia: alteración del nombre en fotocopia de título de Graduado Escolar que, desconociéndose como, posteriormente, es compulsado por la Guardia Civil

Primero.—El único motivo del recurso interpuesto, por infracción de ley, alega indebida aplicación del artículo 392 en relación con el 390.1 números 1.º y 2.º del Código penal de 1995.

Alega el recurrente que los hechos acreditados no integran un delito de falsedad en documento oficial cometida por particular, en ninguna de las dos modalidades falsarias que sirven de fundamento a la condena.

Lo que hicieron los condenados fue falsificar las fotocopias de numerosos títulos de Graduado Escolar alterando la identidad de sus titulares, conseguir de alguna forma en cada documento una diligencia de cotejo de la fotocopia con el original suscrita por la Guardia Civil, y utilizar posteriormente las fotocopias así compulsadas para presentarlas en la Delegación del Gobierno, con el fin de acreditar que sus empleados poseían la titulación exigida por la Administración para acceder a las pruebas de habilitación para Vigilantes de Seguridad.

Estima la parte recurrente que dicha actuación no integra la modalidad falsaria prevenida en el párrafo primero del artículo 390.1 por que no se alteró un documento oficial sino una simple fotocopia del mismo. Y tampoco la del párrafo segundo porque los recurrentes no simularon el título original, sino una fotocopia autenticada, estimando que lo falso es la diligencia de cotejo, por lo que la falsedad la habrían

cometido, como víctimas de un engaño, los guardias civiles que certificaron la autenticidad de las fotocopias.

Segundo.—Constituye doctrina reiterada de esta Sala (por ejemplo Sentencias de 14 de abril de 2000, 14 de febrero de 2001 y 24 de octubre de 2002), que las fotocopias constituyen documentos que pueden ser objeto de delito de falsedad, si bien 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 fotocopias no autenticadas constituyen, en principio, falsedades en documento privado y no en documento oficial.

Esta doctrina es aplicable a los supuestos de falsedades materiales del núm. 1 del artículo 390.1 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, pero como señala la Sentencia de 14 de febrero de 2001, en la modalidad de falsedad prevenida en el núm. dos del artículo 390.1 del mismo texto legal («simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Cuando se utiliza una reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, se comete falsedad en documento oficial si el documento que se simula es efectivamente un documento oficial.

Tercero.—Las fotocopias de un documento oficial compulsadas, cotejadas o autenticadas, tienen la misma naturaleza oficial que el documento original, pues su valor probatorio les viene otorgado por la intervención fedataria de un funcionario público y producen los mismos efectos que el documento original conforme a la legislación administrativa.

Ha de tenerse en cuenta que en el ámbito de la Administración Pública, y para cualquier tipo de subvenciones, ayudas, becas, títulos, licencias, autorizaciones, etc. ya no se requiere generalmente la acreditación de los requisitos exigidos mediante documentos originales, sino a través de fotocopias compulsadas o cotejadas.

Es más, conforme a los artículos 35 y 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), los documentos originales sólo excepcionalmente deberán obrar en los procedimientos administrativos, constituyendo un derecho de los ciudadanos la utilización de copias, previo cotejo de la fotocopia con el original para autenticarla en el registro de cualquier órgano de la Administración General del Estado.

Cuarto.—En el caso actual los documentos falsificados son fotocopias compulsadas o autenticadas de títulos de Graduado Escolar, es decir, documentos oficiales. La acción de los acusados integra un comportamiento complejo, en el que inicialmente se altera materialmente un documento privado, la fotocopia del título, que constituye seguidamente el soporte para simular un documento oficial compuesto, integrado por dicho soporte más la diligencia de autenticación.

La alegación de que la falsedad de la diligencia de autenticación es solamente imputable a los guardias civiles que la extendieron, no puede ser acogida, pues los acusados son los autores mediatos de dicha falsedad. No consta suficientemente como consiguieron la autenticación. La sentencia señala dos posibilidades, bien que se utilizasen para el cotejo otros documentos también falsos con apariencia de originales, bien que los funcionarios fueron engañados de otro modo, porque se fiaban de la persona que les llevaba las fotocopias para el cotejo al ser un antiguo guardia civil.

En cualquier caso consta que los acusados se valieron de ellos como meros instrumentos de la falsedad, pues los agentes no eran conscientes de estar siendo utilizados y eran los recurrentes quienes controlaban íntegramente el desarrollo del proceso causal.

(Sentencia de 9 de mayo de 2003)

ARTÍCULO 390.1.2.º

Simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: diferencias entre documento auténtico y genuino: concepto y supuestos de autenticidad; son punibles las conductas de simulación de documento aunque el autor aparente coincida con el real, ya que es relevante la alteración del documento respecto al objeto, contenido y fecha del mismo: aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-2-1999

Tercero.—Además, los hechos son también integradores de la modalidad falsaria del artículo 302 9.º (simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por lo que en cualquier caso debió condenarse en la forma interesada por las acusaciones.

En la fundamentación de la sentencia, en lo atinente al delito de falsedad, se niega la subsunción en el núm. 9.º del artículo 302 (simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, hoy artículo 390.1.2.º), porque considera el Tribunal de instancia que los mandamientos de pago, aunque se refieran a cantidades inexistentes, abonadas supuestamente a una persona ficticia que nunca trabajó en el Ayuntamiento, por unas funciones que no fueron en absoluto desempeñadas, son, sin embargo, mandamientos auténticos por el mero hecho de estar firmados, con plena conciencia de su falsedad, por el Alcalde y el Secretario de la Corporación. Y ello, porque el Tribunal sentenciador entiende, siguiendo a un sector doctrinal relevante, que es auténtico todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real, prescindiendo absolutamente del objeto, contenido y fecha del mismo.

Maneja, en consecuencia, un concepto estrictamente subjetivo de autenticidad documental que es insuficiente, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de esta Sala, ya que dejaría sin contenido alguno dicha modalidad falsaria. En efecto todos los supuestos de divergencia entre el autor aparente y el autor real son actualmente subsumibles en el artículo 390.1.3.º (suponer en un acto la intervención de una persona que no la ha tenido), por lo que si el artículo 390.1.2.º únicamente se refiriese a dichos supuestos resultaría manifiestamente redundante.

La jurisprudencia de esta Sala ha rechazado reiteradamente este concepto restringido de autenticidad desde el Pleno de 26 de febrero de 1999 (Sentencias, entre otras, de 14 de diciembre de 1999, 25 de septiembre de 2000, 28 de octubre de 2000, 26 de octubre de 2001, 24 de enero de 2002, 22 de abril de 2002, 29 de mayo de 2002, 11 de julio de 2002 y 26 de septiembre de 2002).

En el caso actual no nos encontramos meramente ante una alteración del contenido veraz de algunos aspectos del documento, que también sería típica dado el carácter oficial de los documentos falseados, sino que se han confeccionado y firmado documentos que son íntegramente falsos, en el sentido de que contienen una relación o situación jurídica absolutamente inexistente referida a unos emolumentos ficticios derivados de una relación laboral también ficticia con una persona inexistente. Los firmantes, en consecuencia, han simulado unos mandamientos de pago, induciendo a error sobre su autenticidad precisamente mediante su firma, cuando no respondían a realidad alguna.

Por tanto los hechos deben subsumirse en el núm. 9.º del artículo 302 del Código penal de 1973, hoy artículo 390.1 2.º.

Cuarto.—Recapitulando la doctrina de esta Sala sobre esta materia, por razones de seguridad jurídica y dado que algunas opiniones doctrinales mantienen el criterio

restrictivo de autenticidad como si constituyese doctrina jurisprudencial, conviene reiterar los pronunciamientos más recientes de esta Sala que consolidan la doctrina mayoritaria.

En la sentencia de 22 de abril de 2002, se expresaba, y ahora se reitera, que entre las modalidades falsarias que el legislador, de modo expreso, estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el artículo 390.1.2 del Código penal 1995: «simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad».

Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su Sentencia de 28 de octubre de 2000, por lo que no puede referirse únicamente a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir, que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya está cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del artículo 390.1.

En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica esta modalidad falsaria, son los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir, aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad.

Como señalan las SSTS de 28 de enero de 1999 y 28 de octubre de 2000, entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del artículo 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del artículo 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999.

Quinto.—La reciente Sentencia de 29 de mayo de 2002, reitera que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Las SSTS 18 de noviembre de 1998 y de 28 de enero de 1999 añaden que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba. Cuando la mendacidad documentada afecta al documento en su conjunto porque éste ha sido configurado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente, nos encontramos en un supuesto de falsedad del vigente artículo 390.1.2 del Código penal.

Sexto.—En las Sentencias de 28 de octubre de 2000, y 29 de mayo de 2002, entre otras, se utiliza la denominación de documento genuino para identificar y distinguir los supuestos en que el autor aparente coincide con el autor real, pero que corresponden a documentos que no son auténticos en sentido objetivo, ya que acreditan relaciones jurídicas totalmente inexistentes, es decir, documentos que no se limitan a faltar a la verdad en la descripción de unos hechos siquiera nuclearmente auténticos y reales, sino que la simulación es radical y absoluta aseverando una relación jurídica absolutamente irreal. Estos supuestos no integran las modalidades falsarias despenalizadas, debiendo subsumirse en el subtipo del artículo 390.9 del Código penal vigente, correspondiente al artículo 302.1.2 anterior.

Séptimo.— En la Sentencia de 14 diciembre de 1999, se utiliza la doble exigencia de autenticidad subjetiva (documentos que hemos denominado genuinos, en los que

el autor aparente coincide con el autor real) y autenticidad objetiva, subsumiendo en el artículo 390.1.2.º ambos supuestos.

Señala esta resolución que se distinguen los supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En efecto, un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva, es decir, la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido presupone como realidad objetiva verdadera.

Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora.

Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

Octavo.—En la Sentencia de 11 de julio de 2002, se reitera que tras la celebración del Pleno citado (Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios de 26 de febrero de 1999), la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del Código penal de 1995, en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 302.9.º del Código penal de 1973.

Noveno.—En la sentencia de 5 de octubre de 1999, se analiza un caso de falta de autenticidad por simulación de la fecha en que se emite el documento, cuando ésta es esencialmente relevante. Se trata de un supuesto de separación matrimonial, con asignación de la vivienda a la esposa, en el que los arrendadores pactan con el otro cónyuge, arrendatario original, la suscripción actual de un documento, con fecha atrasada, que simulaba ser el auténtico contrato arrendaticio, y en el que se acordaba una duración de tres años, sometiéndose expresamente a lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 6/1985, de 30 de abril. Con este documento simulado se procedió al desahucio del arrendatario y su cónyuge al finalizar el plazo, plazo que en realidad nunca se había pactado, privando a la esposa del uso de la vivienda.

Se trata de un documento subjetivamente auténtico, pues sus autores aparentes coinciden con sus autores reales. Sin embargo es claro que se ha simulado un documento (el que acredita el contrato arrendaticio) induciendo a error sobre su autenticidad, pues el contrato fraudulentamente confeccionado y presentado no es el contrato auténtico, es decir no es el auténtico documento donde figuraba el contrato original.

La sentencia de instancia califica el hecho como delito de falsedad en documento privado del artículo 306 del Código penal de 1973, en la modalidad prevenida en el núm. 9.º del artículo 302, simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Esta Sala, en la Sentencia de casación citada, de 5 de octubre de 1999, desestima los motivos por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que alegan indebida aplicación de los artículos 306 y 302.9.º, estimando que dada la vía procesal elegida, el relato fáctico ha de permanecer inalterable, y conforme al mismo, es indudable que, respecto a los acusados se describe una simulación de documento privado, el contrato de arrendamiento, realizada en perjuicio de tercero, sin plantearse duda alguna sobre la falta de autenticidad del documento simulado.

Décimo.—Por todo ello es claro que la doctrina mayoritaria de esta Sala estima que el artículo 390.1.2.º no acoge el restrictivo concepto de autenticidad en sentido estrictamente subjetivo defendido ampliamente por la doctrina, y que identifica el documento auténtico exclusivamente con el documento genuino.

En términos generales un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material.

Auténtico, según el *Diccionario de la Lengua Española* en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino» significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia («propio» de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad.

Undécimo.—En definitiva, la doctrina mayoritaria de esta Sala acoge un criterio lato de autenticidad, similar al de un sector de la doctrina italiana, por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del artículo 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de esti-

marse que el legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido.

Por ello todo ello la doctrina mayoritaria ha optado por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres supuestos, para la aplicación del artículo 390.1.2.º, entre aquellos que afectan a la autenticidad del documento: *a)* la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad); *b)* la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante, como sucede en el caso enjuiciado en la Sentencia citada de 5 de octubre de 1999) la formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva).

Duodécimo.—El Tribunal Constitucional, en sus sentencias sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001, de 4 de junio).

Decimotercero.—Procede, por todo ello, la estimación de los dos primeros motivos del Ministerio Fiscal, dado que los mandamientos de pago simulados, que pretendían acreditar en la contabilidad municipal determinadas salidas dinerarias, no respondían en absoluto a su objeto, pues ni la persona a la que supuestamente se efectuaban los pagos, Antonia B. M. había trabajado en momento alguno para el Ayuntamiento, ni existía tal persona, ni las cantidades se le habían lógicamente abonado a dicho perceptor inexistente, ni los trabajos a que se referían se habían efectuado.

En cualquier caso es manifiesto que también se faltó a la verdad en la narración de los hechos.

Decimocuarto.—En el tercer motivo de recurso se denuncia por el Ministerio Fiscal la inaplicación del delito de estafa a los tres acusados. Se refiere a la percepción fraudulenta por la acusada, con la necesaria cooperación del Alcalde y el Secretario municipal, de la prestación de desempleo, cuando continuaba trabajando y percibiendo emolumentos en el Ayuntamiento.

El motivo debe ser desestimado, pues como razona el Tribunal sentenciador vigente la conducta enjuiciada no puede ser subsumida en el delito de estafa, ya que la aplicación del principio de especialidad del artículo 8 del Código penal obliga a la subsunción de los hechos en el tipo del delito de fraude de subvenciones, en el que la cantidad defraudada no alcanza el umbral mínimo delictivo.

Como señala la Sentencia de 29 de mayo de 2002, la jurisprudencia de esta Sala, (SSTS 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1997, 25 de noviembre de 1998, 19 de marzo de 2001 y 19 de abril de 2001), ha declarado que «el pago de subsidios de desempleo es una actividad de finalidad social y promueve la consecución del fin público de paliar los efectos negativos del paro laboral» (STS 25 de noviembre de 1998) y «las ayudas previstas en el RD 2298/1984, de 26 de diciembre, constituyen una disposición gratuita de fondos públicos para promover la consecución de un fin público en los términos del artículo 81.2 a) de la Ley General Presupuestaria» (STS de 19 de abril de 1997). «De esta manera se evita la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención».

La conducta declarada probada, la obtención fraudulenta de subsidios de desempleo, en principio, es típica del delito previsto en el artículo 308 del Código penal vigente, artículo 350 del Código penal de 1973, debiendo ser incluido el subsidio de desempleo en el concepto típico de subvención y de ayuda. Los fondos dispuestos son fondos públicos destinados a intereses generales, de carácter social.

Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad referida a la cuantía mínima de 10 millones de pesetas para su punición.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de febrero de 2002 acordó incluir en la tipicidad del artículo 308 los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo. Al no rellenarse la condición objetiva de la penalidad que el artículo contempla, procede desestimar en este aspecto el recurso de la acusación pública.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso del Ministerio Fiscal, acogéndolo en lo que se refiere a la comisión del delito de falsedad, pero no en lo referente al delito de estafa.

(Sentencia de 29 de enero de 2003)

ARTÍCULO 403

Desarrollar una actividad profesional que exija de un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y no estar en posesión de dicho título: inexistencia: médico que trabaja en el área de la oncología sin ser especialista: existe una regulación oficial de la profesión pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos

Vigésimo.— Por último cuestiona la parte recurrente la condena por delito de intrusismo. Esta condena se fundamenta en la realización por el condenado de actos propios de la especialidad de oncólogo, de la que carecía. El recurso plantea, en consecuencia la debatida cuestión del delito de intrusismo en el ámbito de las especialidades médicas.

Para el análisis de esta cuestión ha de prescindirse del hecho de que en el caso actual el condenado ha cometido un grave delito contra la salud pública así como un delito de estafa, utilizando en este último, como un elemento más del engaño, la atribución de la cualidad de especialista en oncología, de la que carecía. Dichas conductas ya han sido sancionadas a través de los tipos delictivos expresados.

De lo que se trata ahora es de determinar únicamente si la realización de actos que se consideran propios de una especialidad médica, como en este caso la prevención y el tratamiento del cáncer, por parte del titular de otra especialidad o de quien dispone únicamente del título de Licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión de médico con carácter general, debe subsumirse en el tipo delictivo de intrusismo.

Aun cuando la condena impuesta se fundamente en el Código penal anterior, el análisis lo efectuaremos desde la perspectiva del actualmente vigente, pues la doctrina que va a establecerse considera atípica estas conductas en el Código penal actual, y esta atipicidad ha de aplicarse retroactivamente a los hechos cometidos durante la

vigencia del Código penal de 1973, con independencia de la interpretación que pueda hacerse de la anterior regulación.

Vigesimoprimer.-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.

Si bien es cierto que quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, en la acepción más grave del inciso primero, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial.

En efecto, el inciso primero del precepto resulta inaplicable, pues legalmente el título de especialista no es un título académico, ya que esta denominación ha de reservarse para los de doctor, Licenciado, Diplomado y análogos, que son los reconocidos por la normativa universitaria.

Un sector doctrinal ha estimado procedente aplicar a estos supuestos el inciso segundo, por estimar, acertadamente, que el título de especialista constituye un título oficial.

Pero el tipo requiere en todo caso dos requisitos: *a)* el ejercicio de actos propios de una profesión, (o el ejercicio de una actividad profesional, que consideramos equivalente); y *b)* la carencia de título oficial.

Por ello, para determinar la comisión de este delito no basta con apreciar la carencia del título, oficial o académico, sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión (o, si se quiere, que se ejerce una actividad profesional), distinta a aquella para la que el agente se encuentra habilitado.

Y este requisito no concurre en los supuestos enjuiciados, pues no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos, y la prohibición de realización de los mismos a los médicos no especialistas o titulados en otra especialidad, más o menos próxima.

En definitiva, legalmente la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia (Ley 10/1986 de 17 de marzo y STS 29 de septiembre de 1999).

En consecuencia, no cabe aplicar el inciso segundo del artículo 403 a los médicos no especialistas.

Vigesimosegundo.-En la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001, ya se había avanzado esta posición al señalar que «se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo del artículo 403 del Código penal de 1995 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: a) desconoce la génesis legislativa del precepto; b) va más allá del sentido literal de la norma, y c) 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...».

Vigésimotercero.—Profundizando en esta cuestión ha de señalarse que la atipicidad de esta conducta no sólo se fundamenta en la interpretación literal, lógica y sistemática de la norma o en los debates legislativos sobre el artículo 403 del Código penal de 1995, sino también en razones de respeto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

En primer lugar, desde la perspectiva de la legalidad, la norma reguladora de las especialidades médicas no es hábil para complementar el tipo penal de intrusismo por su carencia de rango legal.

Cabe plantearse, en el plano de *lege ferenda* si materialmente existe un interés constitucionalmente relevante que pueda justificar el que se reserve por Ley el ejercicio exclusivo de los actos médicos propios de cada especialidad a quienes hayan obtenido el correspondiente título acreditativo, si dicha reserva debe abarcar todos los actos que entran en el ámbito de cada especialidad o sólo los más relevantes y si realmente es factible establecer una distinción precisa, sin solapamientos, entre la actividad médica de cada una de las especialidades y la de la medicina general, con la seguridad y precisión exigible para la aplicación de una norma penal.

Pero, con independencia de este debate, lo cierto es que dicha restricción de acceso al ejercicio de la profesión en el ámbito de los actos médicos propios de cada especialidad a los demás Licenciados en Medicina y Cirugía, exige una norma con rango formal de Ley, pues el artículo 36 de la Constitución española dispone expresamente que será la Ley la que regulará el ejercicio de las profesiones tituladas.

Norma con rango de Ley que en el momento actual no existe, pues la regulación del título de especialista está establecida por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, en el que se dispone el procedimiento de obtención del referido título. Este Real Decreto es una norma postconstitucional que sin embargo no tiene el rango normativo exigido por la Constitución para reconocerle el alcance de norma reguladora de un amplio elenco de profesiones tituladas. En consecuencia, la validez de este Real Decreto se limita específicamente a lo que enuncia en su epígrafe (regular la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista), pero no constituye una norma hábil para complementar la norma penal reglamentando específicamente nuevas profesiones tituladas.

Vigésimocuarto.—Es cierto que el artículo 1.º del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, dispone que «el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación». Pero esta obligatoriedad no tiene sanción penal, pues la norma carece del rango de Ley necesario para complementar en esta materia la norma penal en blanco.

Por otra parte, es fácil observar que este precepto hace expresa reserva de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, y que no prohíbe en realidad a dichos licenciados el comportamiento específico sancionado en el Código

penal como delito de intrusismo (la realización de actos propios de una profesión careciendo de título), sino únicamente utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, y ejercer la profesión con este carácter, que son comportamientos diferentes del tipo básico de intrusismo definido penalmente.

Vigesimoquinto.—En dicha Ley reguladora de la profesión de especialista sería necesario, además, que se estableciese la exclusividad o exclusión de otros médicos del ámbito profesional de la especialidad, y que en la misma o en sus normas de desarrollo, se definiesen con precisión el elenco de actos propios de cada profesión especializada.

El citado Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, se limita en su contenido a regular la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista, relacionando las especialidades médicas y clasificándolas por grupos según requieran o no formación hospitalaria, pero sin definir en absoluto el elenco de actos médicos propio de cada una de ellas. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista material este Real Decreto puede constituir una norma hábil para regular una profesión diferenciada, y por tanto para complementar la norma penal en blanco.

La resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de 25 de abril de 1996, que desarrolla el citado Real Decreto e incorpora los programas para la formación médica especializada, propuestos por las Comisiones Nacionales de las correspondientes especialidades, ratificados por el Consejo Nacional de Especialidades, informados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y aprobados finalmente por el Ministerio de Educación y Ciencia, carece también, obviamente, del rango legal necesario para regular el ejercicio en exclusiva de profesiones tituladas.

Esta resolución, en consecuencia, se limita a aprobar los programas de formación propuestos, que incluyen una definición genérica de la especialidad y de su campo de acción, pero no incluyen una relación de actos propios prohibidos a los demás licenciados en medicina. Concretamente en relación con la oncología médica, especialidad que se reconoció oficialmente en 1978, se establece que «el oncólogo médico debe trabajar como un miembro importante del equipo dedicado al cuidado de los enfermos de cáncer, aportando su experiencia en el manejo médico de la enfermedad», lo que refleja claramente que no se atribuye a estos especialistas, pese a su notoria relevancia y formación, el tratamiento en exclusiva de los pacientes de cáncer.

Vigesimosexto.—Desde la perspectiva de la seguridad jurídica ha de recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales en blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996, 120/1998 y STS de 8 de febrero de 2000, entre otras) ha condicionado su validez al cumplimiento de ciertos requisitos entre los que destaca la exigencia de certeza.

Es necesario, en consecuencia, «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, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (SSTC 122/1987, 127/1990 y 120/1998).

Pues bien el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no puede cubrir dicha exigencia de certeza, pues no define el ámbito de los actos propios de cada especialidad. En el caso ahora enjuiciado no puede deducirse de dicho Real Decreto qué tipo de actos médicos relacionados con la prevención y tratamiento de las enfermedades cancerosas son propios o exclusivos de los especialistas en oncología médica u oncología radioterápica, o en su caso cuáles podrían realizarse por otros profesionales médicos, como los especialistas en medicina interna o neurocirugía, por ejemplo, o bien por los especialistas en neurología como el acusado o por los médicos en general.

Es claro que la aplicación de una norma penal en un campo tan específico y complejo, en el que los ámbitos de actividad tienden a solaparse, y en el que son

abundantes las zonas de competencias compartidas o competidas, exigiría, aun en el dudoso supuesto de que se estimase procedente la intervención penal, una norma legal suficientemente precisa y definitoria para evitar la absoluta inseguridad jurídica y la indefensión del conjunto de los profesionales de la medicina en este ámbito. Norma que no existe e impide, en consecuencia, extender la intervención penal a esta materia.

Vigesimoséptimo.—No quiere ello decir que los casos de abuso manifiesto no deban ser sancionados penalmente, pues pueden dar lugar a la aplicación de otros tipos delictivos, como el delito de estafa que aquí se ha aplicado si se simula la condición de especialista como parte de un montaje engañoso, o la imprudencia profesional, en el supuesto de intervenciones con manifiesta carencia de pericia, de formación o de capacidad.

Pero no procede aplicar el delito de intrusismo a los profesionales de la medicina por actos propios del ejercicio de su profesión, sin perjuicio de la actuación administrativa o colegial que resulte procedente si se vulneran las prohibiciones anteriormente referenciadas en materia de especialidades.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación en este ámbito, dejando sin efecto la condena impuesta por delito de intrusismo.

Esta condena tampoco podría fundamentarse en la venta directa de medicamentos alegando que se realizaron actos propios de la profesión de farmacéutico, pues como ya se ha expresado dichos medicamentos eran simulados, y el desvalor de dicha conducta queda ya abarcado por la sanción del delito contra la salud pública del artículo 344 ter. 3.º, y 4.º del Código penal de 1973) (hoy 362 del Código penal de 1995).

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

ARTÍCULO 417

Violación de secretos: bien jurídico protegido: daño a la causa pública constituido por la quiebra de la credibilidad que el colectivo social debe de tener en las instituciones y los funcionarios que las encarnan; existencia: jefe de Brigada de Seguridad Ciudadana de Policía que quebranta por tres veces el deber de sigilo que tiene respecto de informaciones que conoce por razón de su cargo. Posibilidad de coexistencia de la sanción penal y la disciplinaria en vía administrativa

Primero.—La Sentencia de 24 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Logroño, absolvió al acusado Emilio del delito de revelación de secretos.

Se ha formalizado recurso de casación por el Ministerio Fiscal a través de un motivo único encauzado por la vía del *error iuris* por indebida inaplicación del artículo 417-1.º del Código penal.

El Ministerio Fiscal partiendo del respeto a los hechos probados, discrepa de la argumentación de la sentencia que, en síntesis, estima que en el caso de autos, la incidencia de la infidelidad denunciada fue mínima sin haberse concretado la consecuencia de la deliberada violación del deber de sigilo por parte del imputado, con la conclusión de estimar que se está en presencia de una ilicitud administrativa a sancionar en ese orden de acuerdo con el artículo 27 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El argumento no es aceptable en esta sede casacional. Reafirmando la validez de los principios vertebradores de un sistema de justicia penal de una sociedad democrática, en concreto los de mínima intervención y *ultima ratio*, es lo cierto que: a) la acción enjuiciada lo fue por un jefe policial: concretamente del Inspector Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de la Comisaría de Policía de Logroño; y b) que su conducta tuvo una reiteración hasta tres veces se quebrantó el deber de sigilo; por otra parte la referencia a la gravedad o trascendencia de tal revelación, que viene a ser el argumento utilizado en la sentencia sometida al presente control casacional para justificar la absolución, debe ser puesta en relación no tanto con la idea de un daño tangible, sino por referencia al bien jurídico protegido por este delito y en general por todos los integrados en el Capítulo IV del Título XIX, capítulo de nuevo cuño que viene a estar integrado por un catálogo de conductas cuyo denominador común está representado en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en el concreto aspecto de la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la Administración, las que no pueden ni deben ser aprovechadas por los funcionarios, que son los primeros custodios de la legalidad, para ser utilizadas en fines extramuros de la función pública, y desde esta perspectiva, el daño a la causa pública está constituido por la quiebra de la credibilidad que en el colectivo social deben tener todas las instituciones y, los funcionarios que las encarnan. Nada más desmoralizador que el custodio de la legalidad en el concreto aspecto del sigilo profesional se convierte en el infractor de la norma, y desde esta perspectiva hay que concluir que ha habido un daño para la causa pública relevante penalmente dada la reiteración del quebrantamiento de secreto y la cualificación profesional del sujeto activo. Es evidente que la acción analizada integra el tipo básico del artículo 417.1.º del Código penal, se trata de una cesión de información a un tercero en tema referente a inmigración ilegal, y a trabajo clandestino en clubes de alterne de mujeres en situación ilegal en España, cuestiones ambas muy sensibles por el marco de explotación que suele acompañar tales actividades.

Los hechos encajan exactamente en las previsiones del artículo 417.1.º del Código penal, dada su relevancia, quedando todavía campo de ilicitud ya en vía administrativa, de acuerdo con el artículo 7.1j del RD 33/86 de 10 de enero de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado que califica como falta grave «... no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causan perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio...», así como de acuerdo con el artículo 207 del RD 1346/84 de 11 de julio sobre Régimen disciplinario del Cuerpo Superior de Policía que sería el aplicable dada la condición de miembro de tal cuerpo del recurrente que califica como faltas muy graves «...5) la violación del secreto profesional...», para otras situaciones donde no existan las notas que se observan en el caso enjuiciado tanto por la condición cualificada del sujeto activo, como por la reiteración del quebranto de sigilo como, finalmente, por la materia sobre la que incidió la cesión de información; en todo caso, debe recordarse la preferencia que tiene el ordenamiento penal sobre el administrativo como consecuencia del principio de prevalencia del Derecho penal, con independencia como recuerda la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 1999, de que con la sanción penal pudiera coexistir respuesta de la Administración en vía disciplinaria sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, y en tal sentido debemos citar también la reciente STC 2/2003, de 16 de enero.

Finalmente, citamos el precedente jurisprudencial que representa la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2002, que en un caso del todo semejante al actual funcionario de policía del Grupo de extranjeros de la Comisaría de Distrito de S. José de Zaragoza, también advertía por teléfono a encargados de establecimientos de alterne

advirtiéndoles de un control policial. En dicha resolución, se estimó cometido el delito que aquí se sanciona.

En conclusión, procede la estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 19 de junio de 2003)

Revelar los secretos que conoce por razón de su cargo: existencia: director general de Carreteras de Comunidad Autónoma que revela a su hermano la empresa constructora que va a ser adjudicataria de obra pública importante, utilizando la información el hermano para obtener un beneficio de la citada empresa

Decimoséptimo.—Establecido el elemento fáctico, que es la primera premisa del silogismo judicial que toda sentencia constituye, es ahora el momento de resolver la censura que, formulada al amparo del artículo 849.1 LECrim. denuncia *error iuris* por indebida aplicación del artículo 367 CP anterior en el que el Tribunal de instancia incardina la actividad del ahora recurrente que se describe en la declaración de hechos probados. No sin antes y como factor esencial de cuanto a continuación exponamos recordar que el objeto del recurso bajo la invocación del precepto procesal que cobija el motivo, se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos, por los juzgadores de instancia, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron (por todas, STS de 29 de mayo de 1992).

Pues bien, la sentencia impugnada declara probado que «el día 5 de mayo, el Director General don Manuel O. M., se reunió con el Consejero don Juan José L. M., informando a éste del resultado de los estudios de las ofertas técnicas y económicas, y sometiendo a su consideración el nombre de cuatro empresas que, a su juicio, podrían ser las idóneas, a saber, FOCSA (11 puntos, 5 en la técnica y 6 en la económica), OCISA (11 puntos: 5 + 6), G. N. (10 puntos: 4 + 6) y AZVI-RUS (7 puntos: 3 + 4), sin someter a la consideración del señor L. M. la variante 5.^a de AGROMÁN (12 puntos: 6 + 6) ni las de otras diez ofertas de empresas que fueron calificadas con 11 puntos. En dicha reunión el citado Consejero se decantó a favor de la empresa OCISA, atendiendo a criterios de profesionalidad, experiencia, seriedad y ejecutoria de la misma en otras obras dentro del territorio, indicando al Director General la conveniencia de que los técnicos valoraran las ofertas o variantes financieras presentadas y que fueron admitidas por la Mesa de Contratación, junto con las ofertas técnicas y económicas, y de que se reuniera con el Delegado Regional de OCISA, don Maximiliano N. R. para negociar sobre la base del adelantamiento de la obra, es decir, manteniendo los plazos de ejecución (desdoblando el pago de los 2.094.810.106 ptas. del año 1994, por mitad entre dicho año y el 1995), lo que materialmente suponía diferir el pago un año más y dividirlo prácticamente en 3 partes (1993: 750.000.000 de ptas.; 1994: 1.047.000.000 de ptas. y 1995: 1.047.000.000)».

También se declara probado que «en fechas no concretadas, anteriores a febrero de 1992, sobre el mes de septiembre de 1991, el acusado don Jorge O. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, venía concertado con otra persona imputada en esta causa, cuya conducta no se enjuicia al haber fallecido durante su tramitación, el día 9 de noviembre de 1998, a fin de obtener beneficios económicos cobrando comisiones a las empresas que resultaran adjudicatarias para ejecutar determinadas obras que

promovía la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, donde ejercía el cargo de Director General de Carreteras desde el año 1991, su hermano don Manuel O. M., para lo cual simulaban ejercer una decisiva influencia en las decisiones de dicho Organismo, a través de sus máximos responsables, determinante de las adjudicaciones que dependerían de la aceptación o no del pago de la comisión para lo que alegaban estar facultados para conseguirlas o impedir las. Para ello, don Jorge O., instigado por esa otra persona concedora de su precaria situación económica en su condición de acreedor suyo por varios millones de pesetas, en sus frecuentes reuniones con su hermano don Manuel O., intentaba obtener informaciones precisas sobre el trámite de los diferentes expedientes seguidos en la referida Dirección General, y sobre todo, de las mejores opciones de las empresas que pudieran ser las adjudicatarias, todo ello al margen de buscar cualquier otro medio que les facilitase los datos tendientes a conocer cuantas vicisitudes se iban produciendo a lo largo del proceso de adjudicación, especialmente las relacionadas con los informes técnicos que se iban emitiendo una vez abiertas las plizas de los concursos, y que iban concretando el cupo de las empresas con mayores posibilidades para aprovechar esas primicias informativas en sus actividades de presión. Así, en relación con el expediente a que se ha hecho mención en el ordinal precedente, sobre obras de desdoblamiento de la CN-321 desde el puerto de Las Pedrizas a Salinas, y tras negociaciones con responsables de la entidad FOCSA que en el curso del expediente aparecía con mayores expectativas y fue una de las 4 empresas que el Director General presentó al Consejero en su reunión de 5 de mayo de 1992 (martes), modifican su estrategia, al recibir don Jorge información puntual de su hermano en el sentido de que el Consejero había optado por la empresa OCISA y le había indicado a don Manuel la conveniencia de entrevistarse con el Director Regional de la misma, don Maximiliano N. R., para obtener mejoras en las condiciones de pago, y de que se valorasen las ofertas financieras no tenidas en cuenta por la Comisión Técnica, sabedor de que con esa puntuación la citada empresa Obras y Construcciones Industriales, S. A. conseguiría una posición de privilegio para la adjudicación de las obras. Dicha información, recibida de primera mano, por don Jorge O., es transmitida por éste a su socio, quien de forma inmediata contacta con don Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de OCISA, a quien ofrece su mediación, para con su influencia en la Consejería de Obras Públicas, obtener la adjudicación de las referidas obras, logrando con éste un convenio, en el que, de resultar adjudicataria, pagaría una comisión resultante de aplicar al precio de la oferta base propuesta (2.568.189,64) el 4 por 100, incrementado en el 10 por 100 de esta última cantidad, y a su vez con el Impuesto de Valor Añadido de la suma total (127.690.400 ptas.), comisión de la que se abonaría el 50 por 100 a Jorge O. y su socio, por mitad, no habiéndose podido esclarecer en este procedimiento el destino, a favor de persona física o jurídica, del otro 50 por 100 de la comisión convenida, ni si el mismo llegó a ser abonado. A cuenta de la citada comisión, ha resultado acreditado que la entidad OCISA, por órdenes de don Jesús R. B. abonó al señor Ll. R., la cantidad de 25.315.000 pesetas, mediante el libramiento de 55 cheques por importes variables inferiores a 500.000 pesetas, que reintegró los días 11, 12 y 16 de junio, de la cuenta corriente núm. ..., que la empresa tenía abierta en la Sucursal del Banco Urquijo, del Paseo de la Castellana, 46 en Madrid».

Decimoctavo.—No cabe duda alguna de que en el recurrente, en su calidad de Director General de Carreteras de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, ostentaba la condición de «autoridad pública» que exige el artículo 367 CP/1973 al sujeto activo del delito. Y, en lo que atañe a la acción típica, entiende esta Sala que también concurre en la actuación que el *factum* de la sentencia atribuye al acusado. En efecto, los datos acerca de las preferencias del Consejero de la empresa adjudicataria de unas obras públicas presupuestadas estimativamente en más de tres mil seis-

cientos millones de pesetas, o la opción al respecto de la Autoridad competente para resolver el concurso, es una información que no cabe calificar sino de relevante y sensible que, por su propia naturaleza hubiera debido quedar reservada al ámbito estricto de quienes, cómo el Consejero y el Director General, ejercían funciones y tenían responsabilidades administrativas directas en la materia, pero en modo alguno dicha información debía haber llegado a quien, como el hermano del recurrente, ni siquiera ostentaba la condición de funcionario.

Y no podemos aceptar la tesis de que la referida información estaba destinada a hacerse pública como consecuencia de la encomienda que el Consejero, señor L. M., hizo al Director General de que se entrevistara con el Delegado Regional de OCISA; argumento según el cual aquella información dejaba de ser reservada y, por consiguiente, sin relevancia penal. En primer lugar, porque la entrevista según el hecho probado tenía por finalidad «negociar» y «obtener mejoras en las condiciones de pago», que no es lo mismo que informar que el Consejero había optado por la adjudicación de la obra a OCISA, que fue la información que transmitió el recurrente a su hermano. En segundo lugar, porque, como sostiene y admite el propio motivo casacional, se trataría de una «selección provisional» de la empresa OCISA y, por consiguiente, susceptible de ser modificada la pre-decisión en virtud de su misma provisionalidad, por lo que no puede aceptarse que se tratara de divulgar una resolución administrativa destinada al próximo conocimiento público, lo que no empece que la transmisión a Jorge O. de la inicial opción del Consejero y de que se valorasen por la Comisión Técnica las ofertas financieras presentadas por los licitadores, proporcionaba a éste una privilegiada información que utilizó siempre según la declaración de hechos probados en su propio beneficio.

Y es este factor el que cierra el círculo del análisis. Porque en último extremo, y aunque admitiéramos a los meros efectos dialécticos que la información transmitida por el recurrente a su hermano no era secreta, confidencial o reservada porque tuviera como finalidad propia la divulgación, lo cierto es que en el momento en que se transmitió al coacusado no era una información accesible, lo cual propició que esta persona, ajena a la función pública, conociera antes que nadie la decisión que se proponía adoptar la autoridad administrativa, lo cual se subraya como dato probado permitió a los señores Ll. y Jorge O. utilizarla ante el coacusado Jesús R. (Presidente del Consejo de Administración de OCISA) cuando éste «no tenía aún conocimiento de las preferencias del Consejero» de Obras Públicas y «presionar» a éste para obtener el cobro de una comisión ilegal a cambio de mover sus influencias en pro de que le fuera adjudicado el contrato a dicha empresa.

Concurren, pues, los elementos subjetivos y materiales del tipo aplicado, y en esta conclusión no interfiere en absoluto el hecho de que no haya quedado probada la participación del ahora recurrente en las actividades de su hermano Jorge tras acceder a la información que se le proporcionó, al resultar ajeno al tipo básico aplicado el resultado de la acción típica.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

ARTÍCULO 423

Dávivas o promesas para corromper a las autoridades o funcionarios públicos: delito de simple actividad que se consuma cuando se intenta corromper al funcionario público, sin que la conducta de éste sea relevante, estando vinculado a todos las formas de cohecho acti-

vo y pasivo; existencia: responsable de empresa constructora que da orden de abonar cantidad de dinero a funcionarios con la finalidad de que le fuese adjudicada la realización de carretera. Encubridor: existencia: una vez hechos los pagos destinados a funcionarios el acusado confecciona facturas y recibos para darle a aquéllos una cobertura formal, ayudando al autor a impedir el descubrimiento del delito

Vigesimoprimer.–El tercer motivo se articula por el cauce del artículo 5.4 de la mencionada LOPJ, por vulneración del principio de legalidad, consagrado en el artículo 25 CE, que se habría producido, según se expone, «porque en el caso presente se condena por unos actos que son absolutamente impunes de acuerdo con los propios artículos del Código, sea el de 1973 como el vigente...».

El primer paso para resolver esta cuestión es examinar el relato de hechos probados que describen la conducta de los coacusados y, sólo desde el más riguroso respeto a esta premisa fáctica, comprobar si el Tribunal *a quo* ha incurrido en error de Derecho al calificar aquéllos como constitutivos del tipo penal aplicado, cual es el artículo 391 CP/1973.

Además del fragmento de la declaración de hechos probados que ha quedado transcrito con anterioridad, la Sala de instancia establece como datos probados que «don Jesús R. B. ordenó directamente que, con cargo a OCISA, se abonará al señor Ll., para que éste, a su vez, lo trasladase en todo o en parte a las personas o entidades con incidencia directa en la adjudicación de la obra a la que se ha hecho mención en el ordinal 1, la cantidad de 53.315.000 pesetas, en la convicción de que tal adjudicación de la obra estaba condicionada a dicho pago y no se obtendría sin él, al margen de las ofertas que pudieran hacer otras empresas, incluso si éstas fueran más ventajosas para la Administración, y que tal pago sería, por tanto, determinante para la adjudicación definitiva. El pago se llevó efectivamente a cabo y para darle una cobertura formal en la contabilidad de OCISA, don Luis N. M., también acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, conecedor de la realidad a la que respondía y con la finalidad de ocultarla, se puso de acuerdo con el asesor del señor Ll., no acusado en esta causa, pese al conocimiento de los hechos, para confeccionar facturas y recibos que aparentasen los negocios jurídicos a los que se ha hecho referencia (opción de compra y contrato laboral), lo que efectivamente se llevó a cabo de modo que, conforme a sus instrucciones, Ll. proporcionó los documentos que le solicitaban para justificar el pago, en la forma antes relatada, que, además, parte de ellos, se incorporaron a este proceso por iniciativa de los propios acusados. No se ha acreditado la existencia de la relación laboral-mercantil del señor Ll. R. con OCISA, ni la realidad del contrato de opción de compra invocado, que justificase el cobro de la cantidad referida, ni el destino de la cantidad resultante de restar a los 127.801.530 pesetas, los 53.315.000 pesetas abonados».

Como se ha dicho, el motivo aduce la atipicidad de estos hechos y la indebida aplicación del artículo 391 del anterior Código penal que sancionaba a «los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos».

La tesis del recurrente se cimenta en dos argumentos: *a*) por el lugar que ocupa en el Código vigente el artículo 423 (que describe el tipo sancionado en el artículo 391 CP anterior) se sostiene que al figurar después de los tipos que sancionan las conductas más graves artículos 419, 420 y 421 dicha figura penal y, por lo tanto, su análoga del artículo 391 del CP/1973 no debe ser aplicada respecto de las conductas menos graves de cohecho que se tipifican en los artículos posteriores a los citados, entre las que se encuentra la contemplada en el actual artículo 423 (antiguo 391); *b*) porque, se dice, cuando el artículo 391 (o el 423 actual) castiga al particular con las mis-

mas penas que al funcionario a excepción de la inhabilitación, se demuestra que el artículo 391 únicamente cabe aplicarlo en relación con las conductas de los artículos 385, 386 y 387 CP/1973, por ser las modalidades a que afecta la inhabilitación especial, pero no con la acción típica menos grave que se define en el artículo 390 (funcionario que admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente) a la que no alcanza la inhabilitación.

Es patente que, por más que elaborada, laboriosa y hasta cierto punto sugerente, esta argumentación no deja de ser un artificio dialéctico carente de un mínimo fundamento que permita su prosperabilidad porque lo que en definitiva se pretende es vincular la aplicación del tipo del artículo 391 (o 423 actual) a que la acción del funcionario a quien se intenta corromper sea una de las descritas en los artículos 419 a 421, pero no cuando la conducta de aquél sea la menos grave del 425 o 426. Esta pretensión debe ser decididamente rechazada. En primer lugar, porque todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público, sea cual fuere la actividad concreta que se demandara de éste como contraprestación, y de la mayor o menor gravedad de ésta.

Por consiguiente, carece de interés el lugar que ocupe el precepto penal en el catálogo de tipos delictivos establecidos en el Código siempre que la conducta del acusado se ajuste a la acción típica. De ahí que el artículo 391 CP/1973 aplicado por el Tribunal sentenciador acoge tanto a los supuestos en que la acción de corromper tenga por finalidad la ejecución por el funcionario de un acto delictivo o indebido, como la realización de actos no prohibidos en el ejercicio de su actividad funcional. Es decir, que el artículo 391 (hoy 423) se predica y relaciona con todos los supuestos de cohecho activo y pasivo establecidos en los artículos 419 a 421 y también al 426 (antiguo 390), que es esto último lo que niega el recurrente. Y, en este ámbito de aplicación del principio de legalidad, resulta del todo irrelevante que este último precepto no prevea la pena de inhabilitación.

Para finalizar, cabe señalar que las consideraciones que hasta aquí se han expuesto, vienen ratificadas por la doctrina de esta Sala, de la que podemos citar como exponente la sentencia de 16 de diciembre de 1998, en la que de manera explícita, diáfana y taxativa se afirmaba que «la conducta del que corrompe o intenta corromper a funcionarios públicos con dádivas o presentes, es evidente que no sólo afecta a los delitos de cohecho pasivo contemplados en los artículos 385 a 387, sino también al cohecho pasivo del artículo 390 que se refiere al funcionario corrupto que recibiere o admitiere dádiva o regalo en atención a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente». Y añade que «el hecho de que el legislador se haya olvidado de la pena de inhabilitación no quiere decir que la referencia del artículo 391 a la exclusión de la inhabilitación especial impide remitirse al artículo 390 con el pretexto de que allí no se incluye la inhabilitación especial».

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

ARTÍCULO 430

Delito de tráfico de influencias: solicitar de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptar ofrecimiento o promesa: delito de simple actividad: bien jurídico protegido; existencia:

hermano de director general de Carreteras de Comunidad Autónoma para obtener cantidades de dinero simulaba ante responsable de empresa constructora ejercer decisiva influencia en las decisiones del organismo que adjudicaba las obras

Vigesimoséptimo.—Precisamente es ésta la vía utilizada, correctamente, para denunciar la indebida aplicación del artículo 404 bis c) CP (1973, correspondiente artículo 430 CP 1995), a los hechos que la narración fáctica atribuye al acusado ahora recurrente. Habrá que repetir una vez más que una censura casacional articulada al amparo del artículo 849.1 LECrim. impide terminantemente salirse del hecho probado y someterse plena y estrictamente a los hechos que constituyen la premisa fáctica del silogismo judicial. Pues bien, en la declaración probatoria que hemos transcrito anteriormente, se establece con meridiana claridad que «Jorge O. y su socio fallecido, debidamente concertados, se propusieron lucrarse económicamente cobrando comisiones a las empresas adjudicatarias de las obras que promovía la Consejería de Obras Públicas y Transportes, donde ejercía el cargo de Director General el hermano de Jorge O., y en ejecución del plan elaborado, simulaban ejercer una decisiva influencia en las decisiones de dicho Organismo, a través de sus máximos responsables, determinante de las adjudicaciones...». En el seno de estas actividades, y en lo que afecta concretamente al concurso para la adjudicación de la carretera en cuestión, establece también el *factum* de la sentencia cómo tras recibir la información de su hermano sobre la situación, «...por don Jorge O. es transmitida por éste a su socio, quien de forma inmediata contacta con don Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de OCISA a quien ofrece su mediación, para con su influencia en la Consejería de Obras Públicas, obtener la adjudicación de las referidas obras, logrando con éste un convenio, en el que, de resultar adjudicataria, pagaría una comisión resultante de aplicar al precio de la oferta base propuesta (2.568.189,64) el 4 por 100, incrementado en el 10 por 100 de esta última cantidad, y a su vez con el Impuesto de Valor Añadido de la suma total (127.690.400 ptas.), comisión de la que se abonaría el 50 por 100 a Jorge O. y su socio, por mitad, no habiéndose podido esclarecer en este procedimiento el destino, a favor de persona física o jurídica, del otro 50 por 100 de la comisión convenida, ni si el mismo llegó a ser abonado».

El tipo penal aplicado sanciona a «los que, ofreciendo hacer uso de influencias acerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración...».

Se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia que puede ser real o ficticia sea ejercida efectivamente. Porque el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura en el Código penal por la LO 9/1991, de 22 de marzo es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad (véase STS de 10 de marzo de 1998), o, como ya se dijo por esta misma Sala en ocasión precedente al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno y otro tipo se trata de mantener dentro del Derecho, de la Ley y de la Ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública (STS de 24 de junio de 1994).

Es patente que sobre estas bases fácticas, legales y jurisprudenciales, el motivo debe decaer. El recurrente no puede soslayar que los hechos declarados probados se

incardinan con toda exactitud en el tipo aplicado por el Tribunal sentenciador, que ha calificado con plena corrección aquéllos como un delito de tráfico de influencias en su modalidad del artículo 404 bis c) CP/1973, pues del relato histórico se desprende palmariamente la concurrencia de los elementos material y subjetivo requeridos por el tipo, y sin que las alegaciones del recurrente sean mínimamente eficaces contra este pronunciamiento, toda vez que aquél, obviando tan contundente declaración probatoria, dedica su esfuerzo a interpretar determinados fragmentos de la motivación jurídica de la sentencia de manera subjetiva y parcial, y a efectuar una revisión de la valoración de la prueba realizada por los jueces *a quibus* que, como es bien sabido, no cabe admitir en casación.

Ningún *error iuris* se ha cometido, y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

ARTÍCULO 449

Retardo malicioso en la Administración de Justicia: Juez de Vigilancia Penitenciaria que, ante las malas relaciones con los directivos de establecimiento penitenciario, decide incluir en el procedimiento para la autorización de permisos de salida una serie de trámites desconocidos causando un colapso en el funcionamiento de la prisión

Decimotercero.—Los motivos Tercero y Cuarto del recurso se formulan al amparo del citado artículo 849.1.º, denunciando la indebida aplicación del artículo 449 CP por no figurar en los hechos probados los elementos objetivos y subjetivos que configuran el delito en que se subsumieron los hechos, y, así, se invoca la «palmaria ausencia del elemento objetivo del relato y del elemento subjetivo del injusto consistente en la conciencia de obrar con malicia».

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el artículo 449 CP sanciona un tipo de prevaricación que ha sido calificado por la doctrina como «de recogida» respecto a las figuras prevaricadoras de los artículos 446 a 448 del Código. El tipo añade viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial.

El elemento material al ilícito penal es el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la Ley exigen, y ese retardo bien puede ser consecuencia de una conducta meramente omisiva de dejar de resolver aquello a lo que el juez está obligado, o de una acción positiva, supeditando la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles, o injustificados que provocan una dilación en la resolución que, sin aquellas trabas, no habría tenido lugar.

En el caso presente, el retardo en la resolución por el acusado de las resoluciones y de autorización o denegación de los permisos penitenciarios concedidos por la Dirección de la prisión, preside, como realidad fáctica, todo el relato histórico que describe la conducta del acusado, aunque no se consigne el término gramatical o semántico. El retraso fue obligado, necesario y causal resultado de la adopción por el acusado de un masivo bloque de providencias «desconocidas en el ámbito penitenciario», inopinadamente decididas por el Juez de Vigilancia que, por la dificultad de su cumplimentación a tenor de la complejidad de su contenido, irremisiblemente provocaron que la resolución a adoptar se dilatara notablemente en el tiempo al estar

condicionada expresamente dicha resolución al cumplimiento por el Centro Penitenciario de las llamadas «providencias de PGT».

Y, del mismo modo, el retardo fue fatal consecuencia de otra serie de providencias, también masivas, de «pase al interno para alegaciones» que ocasionaron los mismos efectos dilatorios, cuando en ningún momento anterior durante los siete años de ejercicio de sus funciones el Juez de Vigilancia había adoptado estas providencias como las que sorpresivamente de modo generalizado y no individualizado decidió al cabo de tal tiempo.

Que el retraso así provocado afectó a un gran número de internos en la resolución definitiva de los permisos que ya les habían sido concedidos por el Equipo de Tratamiento del Centro, es una realidad indubitada según el *factum* de la sentencia, que reseña 154 casos de internos cuyos permisos se vieron demorados cuando no suspendidos por causa de la primera de las providencias citadas; así como otra serie de internos que sufrieron igual negativa consecuencia por causa de la segunda clase de providencias. Esta conducta del acusado, generadora de los retardos que las atípicas providencias inexorablemente ocasionaban «impidió que muchos de los internos de Quatre Camins recibieran respuesta en relación a permisos concedidos por el Centro Penitenciario para disfrutar las Navidades de 1998 [lo que] originó una crítica situación de la prisión, al borde del motín, que condujo a la Dirección del Centro en aras de evitar un incremento en el malestar de los internos que pusiera en peligro la convivencia pacífica en el Centro a otorgar a un gran número de presos, permisos de 48 horas, de carácter extraordinario, que en circunstancias de esta índole permite conceder la legislación penitenciaria», que fueron hasta 90 los así concedidos y que se reseñan de seguido (pp. 38 a 41 del *factum*).

La concurrencia del elemento material del injusto es, pues, patente, y este pronunciamiento no lo empece ni lo enturbia la alegación del recurrente de que no se especifica en la declaración probatoria los concretos permisos que sufrieron retraso, los internos afectados, cuánto retraso sufrieron y si éstos estaban causalmente ligados a la conducta del acusado de compleja creación de trámites adjetivos que la sentencia imputa a aquél como modalidad comisiva productora reprochada, pues basta examinar la relación de internos que sufrieron las consecuencias dilatorias de la «providencia de PGT» (folios 10 a 16 del *factum*) y, singularmente, la lista de presos afectados por las 35 providencias de «pásese para alegaciones» donde constan pormenorizados los datos de concesión del permiso por el Centro, la fecha de la providencia de «alegaciones» y la fecha resolviendo sobre el permiso, con un promedio de tres a cuatro meses entre el primer dato y el último, para comprobar lo infundado del alegato.

Carece también de eficacia la alegación que complementariamente se formula en el motivo cuarto en el que aduce que el elemento objetivo del tipo viene integrado de un componente hermenéutico consistente en el transcurso de 15 días de inactividad tras la petición expresa de resolución, invocando el artículo 759 LECrim., en la redacción anterior a su desaparición por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Con independencia de que los hechos objeto de enjuiciamiento no constituyen la modalidad de retraso por mera conducta omisiva de dejar correr el tiempo sin resolver lo obligado, lo cierto es que como sostiene el Fiscal al impugnar la alegación la expresa derogación del precepto procesal invocado por el recurrente exime de cualquier consideración al respecto, y en ningún caso existe base legal o jurisprudencial que avale la tesis de que para la comisión del delito del artículo 499 CP sea preciso dejar transcurrir el plazo que el derogado artículo 759 LECrim. señalaba.

Decimocuarto.—Claro es que la figura delictiva de la prevaricación tipificada en el artículo 449 CP necesita de la concurrencia del elemento subjetivo integrado por el delito del autor de obrar con malicia. «Retardo malicioso», describe la figura típica,

si bien, y a diferencia del artículo 357 del Código de 1973, el vigente 449 nos ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues de seguido, el precepto define el «retardo malicioso» como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia declara la concurrencia de este elemento subjetivo del injusto, afirmando que la actuación del acusado perseguía provocar una situación de colapso en la prisión, encaminando su actividad jurisdiccional a producir una situación de crisis en el Centro Penitenciario para poner en evidencia la política penitenciaria emprendida por el nuevo equipo directivo. Por su parte, el recurrente rechaza que la actividad desarrollada por el acusado persiguiera ésa u otra finalidad ajena a la propia de su quehacer estrictamente profesional, si bien se limita a exponer su discrepancia, adoleciendo el motivo de una notoria penuria argumental que justifique el reproche.

Ya hemos dicho anteriormente que la determinación del componente subjetivo del delito y, en concreto, los propósitos o designios del agente, solamente pueden ser establecidos mediante un juicio de inferencia cimentado en la valoración de los datos, circunstancias y elementos fácticos que rodean al hecho objeto de enjuiciamiento. Y que la impugnación casacional del pronunciamiento que, al respecto, haya realizado el Tribunal *a quo*, ha de seguir el cauce del artículo 849.1.º LECrim., pues lo que se cuestiona es la indebida aplicación del precepto penal por ausencia del elemento doloso imprescindible. En tal supuesto como aquí acontece, intangible la declaración de hechos probados al haber sido rechazados los motivos por *error facti* y vulneración de la presunción de inocencia que hubieran podido eventualmente modificar la narración histórica, el reproche casacional únicamente podrá prosperar si se demuestra que el raciocinio del juzgador es arbitrario o contrario a las reglas elementales de la lógica y del discurrir racional al formar el juicio de inferencia, correspondiendo a esta Sala, en el ejercicio del control casacional que desempeña, verificar exclusivamente la racionalidad o la arbitrariedad de la inferencia desde la perspectiva de los hechos probados que figuran en el relato.

Pues bien, de los que figuran en la sentencia, destacan:

1. Que desde 1991 en que el acusado prestaba sus servicios como titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y hasta finales de julio de 1998, el trámite seguido por éste para la concesión de permisos penitenciarios «era el que de forma general se sigue en todos los juzgados de tal carácter» remisión por parte del Centro Penitenciario al Juzgado de Vigilancia de los informes relativos al interno (criminológico, psicológico, socio-familiar), dichos informes se acompañan con el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento. b) El Juzgado da vista al Fiscal para que se manifieste en relación al permiso, y c) el Juez de Vigilancia responde autorizando o denegando el permiso.

2. Que el cambio de proceder del acusado tiene lugar a partir de finales de julio de 1998, precisamente a raíz de haberse deteriorado las relaciones de aquél con el nuevo equipo directivo de la prisión y de haberse producido diversos enfrentamientos entre el acusado y algunos miembros del citado equipo. A esas malas relaciones personales se añade que el acusado se sentía «molesto por la apertura de dos expedientes disciplinarios contra él, al pensar que habían sido abiertos por denuncias emanadas del mencionado equipo...».

3. A partir de dichas fechas, el acusado «decidió crear una serie de trámites jurisdiccionales novedosos que eran desconocidos en el ámbito penitenciario hasta el momento». Los nuevos trámites consistían en el cumplimiento por el Centro Penitenciario de unas singulares providencias (denominadas en la sentencia «PGT o Plan General de Tratamiento») en las que se requería la remisión de la compleja documen-

tación que figura en ellas, a cuya cumplimentación supeditó la resolución de los expedientes, habiendo dictado unas 700 de dichas providencias, todas de idéntico contenido al que ha quedado transcrito precedentemente, y que afectaron a un gran número de internos, de los que se relacionan en la sentencia a 154, a todos los cuales se les había concedido el permiso por el Centro Penitenciario previo informe favorable de la Junta de Tratamiento (unánime en 144 casos y mayoritario en 10) y elevados al Juez para que resolviese la autorización o denegación junto con la remisión de la «documentación pormenorizada, profunda, razonada emitida por el equipo técnico, que era más que suficiente para decidir en relación a la autorización o denegación del permiso». El dictado masivo de dichas providencias provocó una situación de colapso en el funcionamiento de la Junta de Tratamiento, que se vio desbordada, no pudiendo cumplimentar con la celeridad debida los requerimientos de aquéllas.

4. El hecho de que el acusado atribuyera trascendente relevancia a la cumplimentación de las «providencias PGT» hasta el punto de condicionar la resolución sobre autorización de los permisos a dicho cumplimiento. Sin embargo esa supuesta necesidad se revela infundada cuando la sentencia reseña hasta 45 casos en los que el acusado resolvió el expediente de permiso sin esperar a la remisión por el Centro de la documentación requerida en la providencia y a cuyo cumplimiento se supeditaba la resolución final. Del mismo modo que en otras 33 ocasiones, el Magistrado dictó la providencia al mismo tiempo que resolvía sobre el permiso solicitado. Dicho modo de actuar revela palmariamente que la providencia PGT no era determinante para la decisión judicial a adoptar y que la documentación remitida por el Equipo de Tratamiento era suficiente para resolver, de suerte que la exigencia de cumplimiento de las repetidas providencias y la dilación que generaba su dictado masivo habrían de obedecer a otra finalidad de la que aparentaban.

5. Además, y en otro estadio del proceder del acusado, próximas las fiestas navideñas de 1998, el Magistrado procedió al dictado de una serie numerosa de providencias que otorgaba a los internos la posibilidad de que formularan alegaciones frente a los datos desfavorables contenidos en los informes elaborados por el Equipo de Tratamiento, previa comunicación de éstos al interno, suspendiéndose de este modo la resolución de los permisos que le habían sido elevados al acusado con informe favorable de la Junta de Tratamiento, a pesar de que contaba con elementos más que suficientes para decidir. Dicho trámite, que tampoco había sido nunca dispuesto por el acusado, y del que no se tenía conocimiento en la órbita de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria «produjo negativas consecuencias, tanto en las relaciones entre los miembros del equipo técnico y la población reclusa, como en la evolución del tratamiento de cada interno».

6. Encontrando contrarias a derecho estas «providencias de alegaciones» el Fiscal interpuso recurso de apelación contra una de ellas, pero el acusado, en lugar de resolver sobre la admisión del recurso, suspendió el pronunciamiento, dictando nueva providencia por la que disponía esperar a la notificación al interno la «providencia de alegaciones» así como el recurso de apelación del Fiscal, para tramitar esta apelación. El Fiscal recurrió en queja ante la Audiencia Provincial contra esta providencia que suspendía la resolución de admitir o inadmitir el recurso de apelación, y la Audiencia por Auto de 1 de febrero de 1999 no sólo estimó el recurso de queja, sino que entró en el fondo del asunto y acordó la nulidad de las «providencias de alegaciones», disponiendo, asimismo, la deducción de testimonios por si procedía actuar disciplinariamente contra el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

7. A pesar de esta resolución por la que decidió la Audiencia Provincial la improcedencia del trámite de suspensión del recurso de apelación, el acusado aún en ocho ocasiones insistió en dicho trámite; acordada en el mismo Auto de 1 de febrero la improcedencia de las «providencias de alegaciones» (todos los recursos de apela-

ción contra éstas fueron estimados), el acusado persistió en su dictado en catorce ocasiones que se relacionan en el *factum*.

8. Consecuencia y resultado de todo este proceder fue que se impidió que muchos de los internos recibieran respuesta a los permisos concedidos por el Centro Penitenciario para disfrutar durante esas Navidades de 1998 lo que originó una situación crítica, al borde del motín, en la prisión que obligó a la Dirección del Centro Penitenciario a «otorgar a un gran número de presos permisos de 48 horas, de carácter extraordinario», en aras de evitar situaciones de graves conflictos.

9. Los trámites instaurados por el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria Ilmo. señor don José Ramón M. C., que condujeron a la crítica situación en el Centro Penitenciario de Quatre Camins, arriba descrita, motivaron múltiples y variadas quejas emitidas por parte de diversas autoridades vinculadas con el mundo jurisdiccional o penitenciario, a saber: a) el 27 de octubre de 1998 tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial queja planteada por el Director General de Servicios Penitenciarios de la Generalitat en el que se pone de manifiesto un retraso en la tramitación, resolución y ejecución de expedientes relativos a permisos; b) el 10 de noviembre de 1998 la queja se eleva ante el mismo órgano de gobierno de los Jueces, por parte de la Comisión de Justicia Penal del Iltr. Colegio de Abogados de Barcelona; c) el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya transmite al Consejo General del Poder Judicial en escrito que tiene entrada en la sede del Consejo el 11 de noviembre de 1998, las quejas que le plantean el Director de Instituciones Penitenciarias de la Generalitat, la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona y el Presidente de la Sección Novena de la Audiencia Provincial, en dicho escrito se pone de manifiesto, a su vez, que la tensión existente había generado gestiones en la Comisión de Justicia del Parlament de Catalunya; d) la Consellera de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en oficio que tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial el 30 de noviembre de 1998, hace sabedor al Excmo. señor Presidente de dicho órgano, el aumento constante de trámites, con nula significación jurídica, creados por el Magistrado-Juez.

Tal estado de cosas dio lugar a que el CGPJ incoara diligencias informativas contra el Magistrado que derivaron en el expediente disciplinario 7/1999 en el cual recayó Acuerdo de 12-1-1999, por la «posible comisión de una falta muy grave del artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por retraso en la iniciación, tramitación y resolución de expedientes penitenciarios». A raíz de dicho expediente la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial acordó la suspensión provisional del acusado (como Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria), situación que se prolongó hasta el 13-4-1999, cuando el Ilmo. señor don José Ramón M. C. fue destinado al Juzgado de Primera Instancia número 37 de Barcelona.

La suspensión del Magistrado Ilmo. señor don José Ramón M. C. de sus funciones en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona, dio lugar a que el nuevo Magistrado que se hizo cargo del mismo, dejara sin efecto la totalidad de las providencias dictadas en las que se solicitaba el PGT, se concedía el trámite de alegaciones o se suspendía la tramitación de la apelación, y procediera a resolver, sin más los permisos acordados por el Centro Penitenciario.

Decimoquinto.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente consignada, la tarea de esta Sala en trance de revisión casacional en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del delito declarada por el Tribunal de instancia, consiste en verificar que el juicio de inferencia que así lo establece, deducido de la valoración de los datos indiciarios probados, no quebranta las máximas de la lógica, del discurrir racional y de la común experiencia, excluyéndose de la conclusión inferida cualquier sospecha de que ésta sea fruto de la arbitrariedad, del absurdo o de la sinrazón. Y, a partir de la relevancia, pluralidad y entidad de los elementos fácticos

indiciarios sobre los que se edifica el juicio de valor inferido por los jueces *a quibus*, esta Sala no puede más que ratificar el pronunciamiento de la concurrencia del dolo específico requerido por el tipo en el proceder del acusado, ya que de la ponderación conjunta de aquéllos fluye de manera tan nítida como racional un modo de proceder torcido y arbitrario por parte del acusado, instrumentalizando las potestades jurisdiccionales de las que era titular en consecución de objetivos torticeros y espurios, ajenos y contrarios a los legales que por su función judicial venía obligado a preservar y que le demandaban las funciones jurisdiccionales que la Ley le encomendaba, produciendo con ese reprochable hacer una intencionada y maliciosa dilación en la Administración de Justicia en el ámbito de su actividad judicial como medio de provocar una situación de crisis en la prisión que pusiera de manifiesto la supuestamente errónea política penitenciaria de los nuevos dirigentes del Centro Penitenciario, todo lo cual configura una actuación que, cuando menos, integra la modalidad prevaricadora del artículo 449 CP apreciada por el Tribunal de instancia. No siendo ocioso subrayar, que ninguna diferencia nuclear se advierte entre la prevaricación consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta del artículo 446 y la modalidad prevaricadora del retraso malicioso prevista en el artículo 449, pues en ambos casos la esencia que tñe de antijuridicidad la actuación del Juez es la misma: la aplicación perversa y abusiva del derecho que produce una retorsión del ordenamiento jurídico y un abuso de la función judicial.

El motivo debe, en consecuencia, ser rechazado.

Decimosexto.—Por el mismo cauce de infracción de Ley del artículo 849.1.º LECrim. se denuncia la indebida aplicación del artículo 74 CP, alegando que no cabe calificar los hechos como delito continuado porque no se han producido una pluralidad de violaciones de la Ley Penal según el concepto de unidad natural de la acción «que lleva a predicar la realización de una única conducta típica aunque sean varios los actos realizados por el sujeto», unidad típica de acción que surge cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica.

En estrecha relación con este argumento, el Ministerio Fiscal apoya el reproche aduciendo que los hechos probados reflejan un supuesto de unidad natural de acción no susceptible de descomposición en varios actos delictivos, pues el condenado perseguido, y así se considera probado, desestabilizar el gobierno del Centro Penitenciario con el conjunto de su actuación y es esa conjunta actividad la que constituye la acción típica sancionada, que obedece a un único diseño delictivo y se desarrolla en acciones diferentes, lo que excluiría la calificación de continuidad delictiva.

La Sala no comparte la censura de consuno formulada.

Los hechos que se describen en el *factum*, «en ejecución de un único plan, que se hizo realidad» (apartado 3 de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia), han sido correctamente incardinados en el artículo 74 CP que regula la continuidad delictiva, pues cada uno de aquéllos promovieron la demora en la resolución judicial de los expedientes de autorización de permisos penitenciarios, constituyendo en sí mismos un ilícito penal. Ni siquiera respetando el discurso argumental del Tribunal sentenciador a que aluden el motivo y el Fiscal, según el cual la conducta típica sancionada está formada por el conjunto de resoluciones adoptadas por el acusado, cabe acoger el reproche. Porque es el propio Tribunal de instancia el que separa y diferencia los distintos conjuntos de resoluciones, cada uno de los cuales conjuntos se refiere a las providencias según el contenido de éstas, de suerte que cada bloque de las providencias denominadas PGT son independientes de las «providencias de alegaciones», y ambas, distintas de las que demoraban la tramitación de los recursos de apelación interpuestos por el Fiscal. Cada uno de esos bloques de resoluciones constituirían el conjunto de cada uno de ellos una acción típica *per se* como también la constituirían cada acción individual dentro de ese conjunto, de manera que, obediendo los diferentes

actos y conjuntos de actos a un mismo designio en virtud del cual se ejecutaban, esta actuación global se enmarca penológicamente en la continuidad delictiva legalmente prevista en el precepto aplicado por el Tribunal *a quo*.

(Sentencia de 20 de enero de 2003)

ARTÍCULO 464

Intentar influir, con violencia o intimidación, directa o indirectamente en quien sea parte en un procedimiento para que modifique su actuación procesal: existencia: hermano de acusado de asesinato que conmina a la perjudicada a que retirase la denuncia «bajo la seria advertencia de que si no lo hacía iba a tener problemas»

Primero.—Se reduce el reproche casacional formalizado por Fermín a la condena como autor criminalmente responsable de un delito de obstrucción a la justicia, del artículo 464.1 del Código penal, en dos motivos de contenido casacional, por la vía autorizada por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como vulneración de derechos fundamentales, denunciando como infringida la garantía constitucional de inocencia, proclamada en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna. También se articula un motivo por *error facti* (art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero éste es completamente inadmisibile al invocarse como documentos a efectos casacionales, pruebas de contenido personal, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Las reglas básicas, y consolidadas jurisprudencialmente por su reiteración, para analizar el ámbito y operabilidad del derecho a la presunción de inocencia pueden resumirse de acuerdo con múltiples pronunciamientos de esta Sala, como las Sentencias de 4 de octubre de 1996 y 26 de junio de 1998 entre otras, en el sentido de que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediatez, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley corresponde con exclusividad dicha función (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución española).

En términos de la Sentencia de 2 de abril de 1996, su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término «culpabilidad» (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa), como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 30 de septiembre de 1994). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (entre varias, Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1993, y las en ella citadas). En este sentido recuerda la Sen-

tencia de 20 de mayo de 1997 que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad.

Bajo estos parámetros interpretativos, el motivo tiene que ser desestimado.

En efecto, la Sala sentenciadora contó con el testimonio de la denunciante Fátima, que fue correctamente valorado por el Tribunal de instancia, y que se encontraba reforzado en lo referente a la identificación del sujeto activo del delito, con la diligencia de reconocimiento en rueda, practicada en la fase sumarial, a la que ningún reproche se ha formulado, y con las declaraciones de la víctima, tanto en dicha fase, como en el plenario, relatando los pormenores del suceso habido con el acusado, el cual, ya con su hermano en prisión, le conminó a dicha testigo (perjudicada) a que retirase la denuncia frente a su hermano «bajo la seria advertencia de que si no lo hacía iba a tener problemas». De igual forma, le distinguió perfectamente de otro hermano del principal acusado en esta causa, y manifestó, tras la oportuna rueda de reconocimiento, que este último no tenía nada que ver en los hechos denunciados, sin que las dudas expresadas por el recurrente acerca de la calvicie o no del mismo, tengan virtualidad para dejar sin credibilidad el testimonio de Fátima, toda vez que el reconocimiento en rueda fue rotundo, y las precisiones que realizó en el plenario, despejaron las dudas del Tribunal, llegando a una convicción claramente condenatoria, por haber efectuado esas amenazas a la testigo citada. En consecuencia, no hay vacío probatorio alguno, sino prueba de cargo, racionalmente valorada, más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata.

Adentrándonos en la tipicidad de los hechos, aunque ésta directamente no haya sido cuestionada, hemos de recordar que el precepto por el que se ha sido condenado el recurrente, el artículo 464, tiene su precedente en el artículo 325 bis del Código penal derogado, introducido en la reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983, y tiene carácter de régimen general, los de protección penal de todos los intervinientes en procesos judiciales, y es completado con algunas normas especiales, como la Ley Orgánica 19/1994, de 23 diciembre, de Protección de Peritos o Testigos en Causas Criminales.

Como delito de tendencia o simple de actividad, se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1991, 10 de febrero y 13 de junio de 1992, 16 de julio de 1993), lo que conlleva la imposibilidad de formas imperfectas. Sentencia de 22 de febrero de 1991, ya que el mismo apartado del mencionado artículo, añade que «si el autor del hecho alcanzare su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior».

Sujeto pasivo son las personas enumeradas exhaustivamente, o sea en sistema de *numerus clausus* (Sentencia de 23 de julio de 1988), de modo que no pueden entenderse comprendidos quienes no hubiesen adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serlo con posterioridad (Sentencia de 4 de octubre de 1989), como es el caso del que aún no ha denunciado, que podrá ser sujeto pasivo de un delito de amenazas o coacciones.

En cuanto a concursos se apreciará el de normas, con aplicación del artículo 464.1 por aplicación del principio de especialidad con las amenazas condicionales sentencia 2 febrero 1990.

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 (SSTS de 21 de noviembre de 1988, 5 de noviembre de 1990 y 11 de abril de 1996), habiéndose apreciado por la Sala cuando las expresiones expuestas en tono moderado, son suficientemente significativas para atemorizar al denunciante (SSTS de 12 de febrero y 8 de octubre de 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 de mayo de 1986, 16 de marzo de 1990, 11 de febrero de 1991 y 11 de abril de 1996, que se resume en la de 6 de noviembre de 2001, y últimamente, Sentencias de 3 y 13 de enero de 2003).

El comportamiento incriminado en el núm. segundo del artículo 464, cabe considerarlo vinculado al primero, por el peligro abstracto que supone para el correcto funcionamiento del proceso las conductas de represalia. En todo caso, el comportamiento ha de realizarse con esa finalidad de represaliar constituyendo un elemento subjetivo del injusto (Sentencia de 21 de febrero de 1992). Por otra parte, el Texto del Código se refiere a «cualquier acto», de modo que no es necesario que se trate de una conducta tipificada como delito, según expresa la misma sentencia citada. El delito se consume con la conducta atentatoria, sin que sea preciso un resultado lesivo. Respecto a este segundo tipo penal, (véase la Sentencia de 4 de noviembre de 2002).

Aplicando estas consideraciones jurídicas al caso sometido a nuestra revisión casacional, es evidente que fue correctamente aplicado el tipo penal descrito en el artículo 464.1 del Código penal, ya que la intimidación está constituida por la «seria advertencia» de que si no modificaba su comportamiento procesal «iba a tener problemas», lo que produjo el lógico temor en el sujeto pasivo del delito, por parte del hermano del procesado que resultaría condenado, entre otros delitos, por el de asesinato, en el cual fue decisivo el testimonio de la denunciante, debiendo enjuiciarse el temor que la intimidación provoca no solamente con frases de irrefutable contenido atentatorio contra bienes personales del sujeto pasivo (o de su entorno más próximo), sino aquellas otras más o menos veladas que inequívocamente conducen al mismo objeto.

En consecuencia, el recurso tiene que ser desestimado.

(Sentencia de 6 de junio de 2003)

ARTÍCULO 541

Expropiación ilegal: elementos. Existe en el caso de obra pública en terreno privado, obligando al propietario a reclamar en la vía contenciosa, que condena al Ayuntamiento a realizar la previa vía expropiatoria

Cuarto.—El motivo IV se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción, por aplicación indebida, del artículo 196 del Código penal derogado.

1. Invoca en su ayuda la doctrina jurisprudencial que exige, para la existencia de dicho delito, la ausencia de todo procedimiento expropiatorio o de irregularidades sustanciales en su tramitación, así como la producción del efectivo despojo o expropiación de los bienes, por considerar que se trata de un delito de resultado y no de mera actividad.

Vuelve a insistir en que ha existido un procedimiento expropiatorio, en el que el Ayuntamiento debería tener alguna base jurídica, porque no se le impusieron las costas, lo que descarta todo planteamiento temerario e infundado. También falta el resultado, ya que el titular de las fincas, al ver desestimadas inicialmente sus pretensiones, acudió a la jurisdicción competente, donde obtuvo la debida reparación.

2. Una vez más, se introducen elementos de hecho que no están recogidos, en los términos que pretende el recurrente, en los antecedentes de la sentencia. La resolución impugnada afirma que las parcelas pertenecen, en su totalidad, y en una sexta parte respectivamente, al denunciante, que las había comprado a su anterior propietario y había inscrito una de ellas en el Registro de la Propiedad el 15 de julio de 1976, pero no la segunda. También es cierto e irrefutable, que el propietario había construido, sobre una de las parcelas, dos edificios y un jardín y había permitido que la antigua escuela tuviera salida a una porción sobrante de dicha parcela.

También era conocido por el acusado, que la otra parcela era utilizada para descargar todo tipo de materiales, como recreo de la escuela y para bailar en las fiestas del pueblo.

La inexistencia de un procedimiento expropiatorio, se desprende de la propia sentencia contencioso-administrativa, que ha resuelto el 29 de marzo de 2001, reconocer al denunciante, el derecho a ser compensado e indemnizado por la privación de sus bienes y derechos, a través del oportuno expediente expropiatorio, en la forma legal marcada, retrotrayendo a tal fin el expediente de pavimentación de la Plaza de las Eras, condenando a la Administración demandada a efectuarlo.

3. Los elementos constitutivos del delito de expropiación ilegal, recogidos en el artículo 196 del Código penal derogado y reproducido, de manera sustancialmente igual, en el artículo 541 del Código vigente, exige los siguientes requisitos:

a) La condición de autoridad o funcionario público de la persona que acuerda la expropiación.

b) La actividad expropiatoria, abarca toda clase de bienes pertenecientes a titulares distintos de las entidades, públicas o privadas, que pretenden poner en marcha el procedimiento expropiatorio.

c) Que la expropiación no solamente incumpla los requisitos legales, sino que carezca de causa alguna justificada de utilidad pública o interés social, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución.

d) Ausencia de formalidades legales.

e) Que la autoridad o funcionario conozca la ilegalidad de la actuación que pretende iniciar, por constarle que no concurren los requisitos que él pretendía acreditar en la certificación tantas veces mencionada.

4. La relación de hechos probados nos demuestra que el Alcalde era consciente de la ilegalidad de su decisión expropiatoria y que pretendía encubrirla, haciendo ver a la Diputación que subvencionaba las obras que disponía de los terrenos necesarios para ello, bien porque fueran titularidad del Ayuntamiento o bien porque se hubiese iniciado el expediente de expropiación.

Nada de esto sucede en el caso concreto, ya que el acusado, por las vías de hecho, trató de actuar sin ningún trámite previo, de carácter expropiatorio y tuvo que ser el titular de las parcelas el que iniciase el procedimiento contencioso-administrativo para restablecer su derecho.

El resultado material de la expropiación ilegal se ha producido ya que las obras se llevaron a efecto y han incidido sobre los bienes de un particular. La posible reparación o indemnización y la tramitación en forma, de un expediente expropiatorio, pone de relieve, por un lado, que la anterior decisión era ilegal y, por otro, que los perjuicios económicos del delito, se han producido sin perjuicio de que si se accede a la expropiación se le puedan reparar.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 12 de julio de 2003)

ARTÍCULOS 572 y 576

Es cooperador el que suministra información a comando, alquila locales para el desarrollo de sus actividades y apoya para el transporte: son actos típicos de colaboración con banda armada: concurso de leyes en el que la cooperación en el atentado concreto, por ser tipo más amplio, absorbe al delito de colaboración con banda armada

Primero.—La sentencia recurrida, entre otros pronunciamientos, condenó a José M.^a D. M. como cooperador necesario respecto de un delito de atentado del artículo 233.2 con resultado de lesiones menos graves del artículo 422 CP/1973, por unos hechos ocurridos el 11-6-1987. Al paso de un convoy de la Policía Nacional compuesto por dos furgones la banda terrorista ETA hizo explotar un coche bomba cargado con 16 kilogramos de amonal y 30 de tornillos. Se produjeron graves daños en los dos furgones y en otros muchos vehículos y edificios del barrio de Loyola de San Sebastián donde el hecho se produjo, así como lesiones en cuatro personas. Los nueve policías que ocupaban tales dos furgones resultaron ilesos por el blindaje de los vehículos.

El Ministerio Fiscal no pudo acusar por los nueve delitos correspondientes al intento de homicidio respecto de tales nueve policías, porque no lo permitía el contenido de la extradición que concedió el Gobierno francés al respecto (principio de especialidad). D. sólo pudo ser acusado de este delito de atentado con resultado de lesiones menos graves.

Fue condenado a las penas de 26 años de reclusión mayor y ahora recurre en casación por dos motivos que hemos de rechazar, comenzando por el 2.º relativo a la presunción de inocencia y dejando para el final el 1.º que se refiere a la calificación del hecho, porque lo fáctico es lógicamente previo a lo jurídico.

(...)

Tercero.—Aclaradas así las cuestiones de hecho suscitadas en el presente recurso, ya estamos en condiciones de abordar el motivo 1.º, en el que, por el cauce del artículo 849.1.º LECrim., se alega infracción de Ley por vulneración del artículo 14.3 en relación con el 233.2 CP/1973.

Se plantean aquí dos cuestiones que hemos de contestar separadamente:

A) En primer lugar se dice que los hechos por los que se condena a D. encajan en el artículo 174 bis a) por lo que debió condenarse a éste, a lo sumo, por el delito de colaboración con banda armada que en esta norma penal se define.

No le falta razón al recurrente en cuanto que es cierto que la conducta que, respecto de José M.^a D., nos describe el relato de hechos probados encaja efectivamente en tal artículo 174 bis a). Ciertamente la información que éste prestaba al comando Donosti, así como los locales alquilados para el desarrollo de las actividades de este comando o el apoyo para el transporte que D. proporcionaba, son actos propios de esa colaboración definida como delito en tal artículo 174 bis a).

Pero también es cierto que estos hechos, cuando se refieren a un delito concreto cometido por el comando, constituyen, si no cabe hablar de coautoría, actos de cooperación (necesaria del artículo 14.3.º o no necesaria complicidad del artículo 16, a esta cuestión nos referiremos luego), es decir, actos de participación en un delito cometido por otros, los autores propiamente dichos. En estos términos condenó a D. la sentencia recurrida (hechos probados, al principio del apartado segundo, pp. 6 y 7). Y ello es posible conforme a reiterada doctrina de esta sala: entre otras, las Sentencias de 26 de enero de 1993 y 11 de febrero de 2000, citadas por el Ministerio Fiscal al impugnar el presente recurso.

Pues bien, en estos casos, cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el artículo 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3.^a que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. Aquí la cooperación necesaria en el delito de resultado (atentado con resultado de lesiones) absorbe a la autoría del delito de colaboración con banda armada, delito de mera actividad. El peligro abstracto que constituye la razón de ser de tal delito del artículo 174 bis a) se concreta, en una progresión criminal, en la lesión que se produce en el mencionado atentado.

La Ley Penal tipifica, en un adelanto de las barreras para la prevención del delito, como infracción específicamente tipificada, lo que, luego, al quedar consumado el delito de lesión, queda reducido a un mero acto preparatorio respecto de este último.

B) 1. La segunda cuestión planteada en este motivo se refiere a la pretensión del recurrente relativa a que la narración de hechos probados de la sentencia recurrida no contemple una conducta que encaje en la cooperación necesaria del artículo 14.3.º CP 73. Parece que quiere que nosotros digamos aquí en casación que tales hechos constituyen la complicidad (cooperación no necesaria) del artículo 16.

Veamos lo que en este sentido nos dicen los hechos probados:

«Los integrantes del comando Donosti se valieron de las informaciones que el acusado José María don M., mayor de edad y sin antecedentes penales, les proporcionaba acerca de los objetivos sobre los que iban a atacar, y de la cobertura que también este acusado les proporcionaba, bien mediante el traslado de los miembros del comando en su vehículo, bien alquilando una bajera, como la de Inchaurrena, y un garaje en Amara a fin de tener un lugar seguro donde depositar el material explosivo y preparar los vehículos para los atentados».

El problema se plantea de forma simple, pero de solución difícil.

Lo que hemos de resolver aquí es si estos actos de colaboración concretos que tal párrafo de los hechos probados nos describe, unido a lo que precisa el párrafo siguiente, cuando nos concreta que fueron esas informaciones las que sirvieron al comando para conocer el itinerario de los coches patrulla cuanto iban de la cárcel de Martutene a San Sebastián, origen del atentado aquí examinado, han de considerarse actos necesarios para la ejecución del delito (art. 14.3.º) o no necesarios (complicidad del artículo 16).

2. La solución a este problema no es fácil, porque, si la necesidad se mide en abstracto, prácticamente no se aplicaría la figura del 14.3.º, pues en abstracto prácticamente siempre sería posible pensar en alguna posibilidad de comisión del delito sin esa participación específica, y si se valoran en concreto, todas o casi todas las aportaciones de estos cooperadores en delito ajeno habrían de considerarse necesarias.

No debe ser la teoría de dominio del hecho la que resuelva este problema, pues ésta sirve para otra cosa: para diferenciar al autor (o mejor el coautor) de los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y no necesarios).

Mucho éxito viene teniendo en los tribunales, por tratarse de una regla bastante práctica y de fácil comprensión, la llamada teoría de los bienes escasos: quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario, y cómplice en caso contrario.

Otra posición se aproxima más al texto literal del precepto legal: sería cooperación necesaria aquella que el autor o autores hubieran tenido en cuenta para tomar su resolución de delinquir, de modo que, de no haber contado con esa colaboración concreta, no se habrían decidido a cometer el delito. El «acto sin el cual no se habría efectuado» el delito, lo refieren, a este criterio subjetivo.

Otros, objetivando más el tema, plantean el problema desde la relación de causalidad entre ese acto concreto y el resultado delictivo.

En realidad, ninguno de estos criterios puede, por sí solo, servir para resolver el problema. Sólo son pistas que nos tienen que ayudar para, ante el caso concreto, determinar la importancia de la colaboración: un criterio quizá sólo cuantitativo, a medir por tales varios criterios y cualesquiera otros que pudieran presentarse como útiles en el supuesto concreto.

3. Aplicando lo antes expuesto al caso presente, esta sala no tiene la menor duda acerca de que fue acertada la condena por cooperación necesaria que para José M.^a D., al amparo del artículo 14.3.º CP/1973, hizo la sentencia recurrida:

a) Nos encontramos ante varias aportaciones concretas del recurrente a la autoría de los dos ya condenados en otra resolución, conforme al relato de hechos probados antes reproducido:

1.^a José M.^a D. proporcionaba informaciones de las que se valieron los autores para preparar y cometer el delito, concretamente la ruta que la policía seguía desde Martutene al cuartel de San Sebastián.

2.^a Traslataba a los miembros del comando con su vehículo de un lugar a otro.

3.^a Alquiló una bajera en Inchaurreondo y un garaje en Amara a fin de tener un lugar seguro donde guardar los coches y los explosivos y donde poder preparar los vehículos para los atentados.

b) De tales aportaciones, las dos primeras podrían plantear dudas en cuanto a su carácter necesario o no necesario para la ejecución del atentado tal y como se produjo. Los vehículos abundan hoy en día en todas partes y es fácil disponer de uno para un determinado traslado. Y las informaciones, como bien dice el recurrente, cualquiera puede obtenerlas, incluso los propios autores sin auxilio de nadie, habida cuenta de que esos viajes de los furgones policiales se hacían por las vías públicas y cualquiera podía verlos.

Sin embargo, la prestación de unos locales donde guardar y reparar los coches y los explosivos, es claro que tiene especial relevancia en esta clase de hechos. Han de ser lugares especiales donde nadie pueda entrar salvo los implicados en los hechos y, por otro lado, sin tenerlos a disposición del comando esta clase de actividades delictivas no pueden prepararse.

Esta bajera y garaje son «bienes escasos», según la doctrina a la que acabamos de referirnos, y, además, los autores no habrían resuelto cometer el delito, al menos en la misma forma en que lo hicieron, si no hubieran dispuesto de tales locales clandestinos.

c) Ciertamente, si tenemos en cuenta esta plural aportación de don a los hechos que estamos examinando, tenemos que afirmar, repetimos, que nos encontramos ante una contribución importante sin la cual el hecho no se habría ejecutado en la forma concreta en que se produjo.

Nos hallamos, sin duda, más cerca de una coautoría que de una complicidad.

(Sentencia de 31 de marzo de 2003)

ARTÍCULO 576

Actos de colaboración: características. Existe en el caso de ocultar herramientas u otros objetos entregados por miembro de ETA a sabiendas de la pertenencia a la organización de la persona que los

entregaba, no siendo aquéllos ni armas ni explosivos. Distinción con el delito de pertenencia a banda armada

Tercero.—Recurso de Marcelina...

Aparece formalizado a través de tres motivos.

El motivo primero, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia en relación a los tres delitos por lo que ha sido condenado y que coinciden con los del anterior recurrente.

Dando por reproducida la doctrina sobre el ámbito del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia, y reiterando, asimismo, la censura que merece la sentencia de instancia núm. 29/2001, de 3 de diciembre de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en cuanto a la falta de motivación jurídica y la insuficiente motivación fáctica, procederemos de idéntico modo que en el anterior recurso.

La sentencia sometida al presente control casacional, en el Fundamento Jurídico primero argumenta la existencia de los tres delitos de que se condena a la recurrente, del siguiente modo en cita textual:

«En lo referente a Marcelina..., la inculpa Luis..., tanto ante la policía autónoma y se ratifica en el Juzgado. La declaración de Almaraz no tiene ningún motivo espurio como odio o venganza, además las armas y explosivos aparecen en perfecto estado de funcionamiento. No es aceptable la explicación del desconocimiento del contenido ilícito de la bolsa, cuyo peso tenía que ser considerable y que se oculta en una lonja y no en el propio domicilio familiar».

Luis prestó declaración en tres ocasiones:

- a) En el atestado ante la Ertzaintza.
- b) En sede judicial durante la tramitación de la causa.
- c) En el Plenario.

En la declaración en sede policial, obrante a los folios 446 se encuentra la referencia inculpativa para la recurrente. Se afirma en la misma por parte de Luis..., que «... por su cuenta contacta con una chica llamada Marcelina... que reside en Basauri a la que le propone si podía guardar en algún sitio material que el comando no podía pasar a Ipanalde, tal como herramientas, el subfusil UZI, etc., así como si podía encargarse de pagar el finiquito del alquiler del piso de Federico..., a su dueña, todo lo cual acepta...».

En la declaración en sede judicial, tras ratificar su anterior declaración en relación a Marcelina manifiesta que «... el armamento se lo dejan a una colaboradora...».

En la declaración en el Plenario folios 1137 y 1138 reitera que le dejó una bolsa, que no recuerda lo que llevaba pero no tenía ni armas ni explosivos.

En esta situación se está en presencia de declaración de un coimputado coincidente en que Iratxe aceptó colaborar con ETA y que asimismo aceptó guardar una bolsa, lo que Iratxe hizo en la lonja que tienen los padres en la planta baja del edificio donde tienen su vivienda. Declaración que tiene el valor de prueba de cargo en la medida que fue efectuada en sede judicial e introducida en el Plenario.

Existe una discrepancia importante entre las diversas declaraciones analizadas relativa al extremo del contenido de la bolsa que le entrega a Iratxe. En el atestado hace referencia a herramientas y a un fusil Uzi, en el sumario se refiere a armamento, lo que expresamente excluye reiteradamente en su declaración en el Plenario. En esta situación, tratándose de declaración de coimputado, está precisada de corroboraciones externas sin las cuales no puede estimarse la existencia de una mínima prueba de cargo desde las exigencias constitucionales que se derivan del derecho a la presunción de inocencia, dada la peculiaridad y desconfianza con que deben valorarse la

declaración de un coimputado. Por todas SSTC de 9 de diciembre de 2002 y 28 de abril de 2003. En el presente caso, tal corroboración está constituida por el acto reconocido y no negado por la propia Iratxe de haber ocultado en la lonja diversos efectos los que fueron ocupados en el registro domiciliario que fue llevado a cabo y cuyo resultado obra en el *factum* folios 15 y 16 de la sentencia. Dicha relación contiene entre otros objetos tales como botes de clorato sódico, taladros, cajas de brocas, pilas de petaca, balanzas, recipientes varios de plástico tipo «tupper ware», guantes, imanes, relés, lamparillas incandescentes, un soldador eléctrico, estaño y cinta aislante.

Nada se argumenta en la sentencia relativa a la existencia de explosivos o armas, y es evidente que de la relación de efectos ocupados en el registro se verifica en este control casacional que no existen ni armas ni explosivos, por lo que ya podemos adelantar la inexistencia de prueba en relación a los delitos de depósito de armas y tenencia de explosivos, porque aunque en alguna de las declaraciones de Luis se cita armamento como objeto de la custodia, en su declaración en el Plenario, lo excluyó y la corroboración que constituye la ocupación de los efectos citados no permite afirmar la existencia de tales delitos, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia nada razona sobre una hipotética tenencia o mínima disponibilidad de tales armas y explosivos.

Más aún, el examen efectuado acredita justamente lo contrario, es decir, que Marcelina no tuvo ni la más elemental y grosera posesión de tales armas y explosivos, y el hecho de que otros coimputados fueran condenados por ello, no permite *sic et simpliciter* extender tal condena a Marcelina..., sobre todo si se tiene en cuenta que tampoco su ayuda a la organización terrorista ETA tuvo la intensidad exigible como para estimar cometido un delito de integración en banda armada como se razonará seguidamente.

Por ello, dicho registro tiene el valor de corroboración que apoya la declaración de Luis sobre la realidad de la ayuda prestada por Marcelina a la organización terrorista.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los artículos 515 y 516 y de colaboración con banda armada del artículo 576, ambos del Código penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebraba la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado SSTS de 28 de junio de 2001 y de 1 de octubre de 2002.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración (STS de 29 de noviembre de 1997) a) su carácter residual respecto del de integración; b) es un delito autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito nuclear o periférico pero no el de la colaboración; c) por ello es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en

plural («...son actos de colaboración...»); y *d*) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada.

Evidentemente, en cada caso concreto todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración (SSTC de 28 de junio de 2000, de 20 marzo de 2002 y de 17 de junio de 2002, entre otras).

Desde esta doctrina, y en su aplicación al caso de autos debemos declarar que la colaboración prestada por la recurrente Marcelina..., calificada en la instancia de integración en banda armada, no puede ser compartida en esta sede casacional.

De entrada, recordemos que el coimputado que la implica Luis en su primera declaración reconoce que «...por su cuenta...» contacta con Iratxe. Junto con esta decisión autónoma del coimputado, desde el primer momento queda fijado el ámbito de la colaboración en la custodia de herramientas u otros objetos, como único acto aislado que materializa y agota tal colaboración y que se patentiza en la ocupación de la larga relación de efectos ninguno de los cuales por sí mismo, constituye ilícito penal, y por lo demás no existe el menor rastro de que Iratxe haya tenido otra u otras intervenciones y el propio *factum* es expresivo al respecto, por el contrario la ayuda externa voluntariamente prestada se ha limitado a ocultar tales efectos, no existe dato ni corroboración que permita extender tal ocultación a armas o explosivos lo que pudiera tener lógicas consecuencias que hubiera podido acreditar una integración en banda con independencia de la responsabilidad por tal tenencia delictiva en sí misma.

Que la recurrente conocía que se le estaba solicitando una colaboración para ETA es algo que aparece en las declaraciones de Luis..., y que incluso se encuentra en la propia declaración de Marcelina que inicialmente niega que aquél le hiciera entrega de la bolsa para reconocerlo ante la evidencia en el Plenario, pero sin dar explicación plausible del primer cambio pero negando el conocimiento de lo que contenía la bolsa. Al respecto debemos recordar la doctrina de la ignorancia deliberada que no exime de su responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer el sentido de su acción se niega a conocerlo, y trata de obtener ventaja de tal situación (SSTS de 22 de mayo de 2002, de 17 de febrero de 2003 y de 20 de marzo de 2003). Lo que ocurre es que en este caso, tal doctrina tiene un alcance muy limitado porque ninguno de los efectos que guardaba la recurrente tenían la condición de armas o de explosivos.

En esta situación, es claro que la acción enjuiciada merece la calificación de colaboración con banda armada del artículo 576 del Código penal y no de integración, modificación jurídica que no supone ninguna quiebra ni tan siquiera cuestionamiento del principio acusatorio, porque en definitiva, los hechos analizados son idénticos siendo esto lo importante y no tanto la calificación jurídica, máxime cuando ésta es más beneficiosa. La referencia a la teoría de la pena justificada y la reflexión de que en definitiva el principio acusatorio se conecta con los hechos y no con su calificación jurídica, porque en definitiva el objeto del proceso es un *factum*, y no un «crimen», son razones suficientes para salir al paso de posibles alegaciones de vulneración del principio acusatorio (STS de 13 de mayo de 2003, entre otras).

En definitiva el motivo debe ser estimado parcialmente. Existió vacío probatorio de cargo y vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a los delitos de depósito de armas y tenencia de explosivos, delitos por los que debe ser absuelta Marcelina... No existió vacío probatorio y por tanto no hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino que existió prueba de cargo constituida por la declaración en sede judicial del coimputado Luis con la corroboración que supuso el hallazgo de los efectos que guardaba Marcelina en la lonja de su familia. (Sentencia de 29 de mayo de 2003)

ARTÍCULO 617.1

Rotura de incisivo superior y fractura nasal que necesitaron treinta días de curación, sin haber sido preciso para ello tratamiento médico ni quirúrgico y sin mayores concreciones respecto a una posible alteración fisonómica

Único.— En el único motivo de casación formalizado en el recurso, que se ampara en el artículo 849 LECrim. sin especificar cuál de sus números, se denuncia, simultáneamente, error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción del artículo 150 CP por indebida aplicación del mismo a los hechos declarados probados. Haciendo abstracción de la deficiente técnica casacional seguida por la parte recurrente y entrando a resolver primeramente, por razones que enseguida se comprenderán, la denuncia por corriente infracción de ley que, en principio, una buena metodología obligaría a examinar después de la que implica una impugnación del *factum* de la sentencia recurrida, hemos de decir que el motivo debe ser estimado en lo que tiene de reproche a la aplicación del artículo 150 CP. En el tipo descrito en este precepto debe ser subsumida la agresión corporal que causa, entre otros posibles resultados, el de la deformidad. Y una constante y pacífica doctrina de esta Sala ha incluido dentro del concepto de deformidad la pérdida de un diente incisivo porque se ha entendido que la ausencia sobrevenida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro. Esta Sala, sin embargo, no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que algunos de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad. Como en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia solamente se hace constar que, a consecuencia de los golpes del acusado, el perjudicado sufrió «ruptura de incisivo superior» sin mayores concreciones y no se deduce, por otra parte, del acta del juicio oral que el Tribunal apreciase en el lesionado una sensible alteración fisonómica, hemos de concluir que la aplicación del artículo 150 CP a la acción realizada por el acusado no tiene en los hechos probados base que la sustente suficientemente por lo que debemos declarar indebida dicha aplicación. La estimación del único motivo del recurso debe llevar a esta Sala a calificar correctamente el hecho, sin duda antijurídico, cometido por el acusado y la procedente calificación no es la de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 147.1 CP como subsidiariamente se acepta por la parte recurrente toda vez que del informe de sanidad que obra al folio 38 de las actuaciones instructorias no se deducen los datos necesarios para la integración del mencionado delito. Se dice, en el citado informe, que el tiempo de curación de las lesiones ha sido de treinta días, de los que siete estuvo el lesionado imposibilitado para su trabajo habitual, pero se añade que el mismo no necesitó tratamiento médico ni quirúrgico después de la primera asistencia, lo que significa que las lesiones, una vez eliminada la secuela que se definió indebidamente como deformidad, deben ser incardinadas, no en el artículo 147.1 como delito, sino en el 617.1 como falta, ambos preceptos del CP. En este sentido, procede estimar el único motivo de casación articulado en el recurso, casar la Sentencia impugnada y dictar a continuación otra sentencia más ajustada a Derecho.

(Sentencia de 2 de enero de 2003)

ARTÍCULO 620.2

Marido que se niega a devolver a hijos a la madre: Falta de coacciones y no delito de amenazas ni falta de desobediencia

Primero.—La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia condenando al acusado Manuel como autor responsable de una falta de desobediencia, otra de coacciones y otra de amenazas a las penas de multa de dos meses con una cuota diaria de 50.000 ptas. por la desobediencia, y por las faltas de amenazas y coacciones, multa de 20 días por cada una de ellas con una cuota diaria de 50.000 pesetas. Asimismo le impuso el abono de una indemnización a Estefanía en cantidad de 500.000 pesetas por los daños morales sufridos.

Como quiera que todos los motivos de casación formulados por las dos partes recurrentes (acusado y acusación particular) se acogen al artículo 849.1.º LECrim., parece conveniente transcribir la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada al ser dicho relato histórico la premisa determinante para dilucidar las censuras de los recurrentes por la eventual incorrección de los preceptos penales aplicados por el Tribunal *a quo* a los hechos probados. Como tales se especifican que «en fecha 3 de enero de 1986 el acusado Manuel, con nacionalidad libanesa y española contrajo matrimonio con Estefanía, también con dicha nacionalidad y originariamente española, habiendo tenido una hija de nombre Julia en 1987. Tras convivir la pareja durante diversos periodos de tiempo tanto en España como en El Líbano, para cuya entrada Estefanía obtuvo visados el 2-1-1989, 16-6-1989, 7-11-1989 y 13-1-1990, la esposa (Estefanía) formuló en fecha 7 de junio de 1990 demanda de divorcio designando como domicilio de Manuel, que se encontraba residiendo en El Líbano, el domicilio conyugal, sito en la Avenida 001 de esta capital, y con posterioridad el de una tía del acusado, llamada Alina que cuando se intentó el emplazamiento manifestó que su sobrino se encontraba fuera de nuestro país y concretamente, en El Líbano, desconociendo cuándo volvería a España. Por tales motivos, el emplazamiento y sentencia de divorcio, de 20-12-1991, fueron notificadas al esposo mediante publicación en el BOCAM, quedando la hija bajo la guarda y custodia de la madre, y sin que exista constancia documental de que el esposo fuera notificado personalmente de la misma. Tras diversas vicisitudes entre ambos reanudaron la convivencia, y Estefanía obtuvo visado de entrada en El Líbano el 19-9-1991, 1-4-1993 y 4-11-1993, así como autorización de residencia en el país el 20-2-1992 hasta el 19-2-1993, en que le fue concedida la nacionalidad libanesa. Fruto de esa convivencia fue el nacimiento de su hija Constanza el 8-12-1993 en El Líbano. Desde el verano de 1995, Estefanía se trasladó a Madrid con sus hijas, recibiendo periódicas visitas de Manuel, que se aloja en su domicilio, abona mensualmente una cantidad de dinero a Estefanía y en el verano de 1997 se traslada con sus dos hijas a Líbano, con consentimiento de Estefanía, a quien pretende convencer de que se vaya de nuevo a vivir allí. Telefónicamente comunicó a Estefanía que no regresaría con las dos menores y que era ella la que debería irse a vivir al Líbano, por lo que Estefanía denunció el hecho y telefónicamente le dice que legalmente están divorciados, por lo que Manuel denuncia en Beirut a Estefanía por abandono del domicilio conyugal, obteniendo la custodia de sus hijas, con derecho de la madre a visitarles y prohibición expresa de que se las lleve del país, sin que conste que Estefanía fuera citada o notificada del procedimiento. Con fecha 29-10-1997, Estefanía insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y

custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22-1-1998 en Beirut a Manuel por la Embajada de España, como el 8-1-1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores. Durante el tiempo en que se mantuvo esta situación, Estefanía viajó en diversas ocasiones al Líbano, permaneciendo la última de ellas en dicho país desde el 8-11-98 al 23-12-98, asistiendo a la Primera Comunión de su hija Julia. También en este lapso de tiempo se produjeron una serie de llamadas telefónicas de Estefanía al acusado, en el transcurso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que no podía verles hasta que dejara denunciarle o volviera con él, fuera una persona "normal", retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica. Asimismo profirió la frase "atrévete, atrévete a pisar suelo libanés". En fecha 21 de octubre de 1999 se cursó por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid orden de detención internacional contra el acusado procediéndose a la misma en Estados Unidos, lo que culminó en que tras una serie de avatares las niñas fueran reintegradas a su madre».

Segundo.—Tanto el acusado como la acusación particular combaten la calificación de los hechos como falta de desobediencia que la Sala de instancia subsume en el artículo 622 CP, abogando el primero por la atipicidad y sosteniendo el segundo su calificación como delito tipificado en el artículo 556 CP.

El fragmento del relato histórico que se constituye en el presupuesto fáctico de la infracción penal es aquél que dice:

«Con fecha 29 de octubre de 1997, Estefanía insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22-1-1998 en Beirut a Manuel por la Embajada de España, como el 8-1-1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores».

Sobre esta base fáctica, la sentencia recurrida aplica el artículo 622 CP, argumentando que el acusado ha desobedecido única y exclusivamente la sentencia de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de 1991, pero no esta última «porque no existe prueba suficiente de que el acusado tuviera conocimiento de la sentencia de divorcio de fecha 20 de diciembre de 1991...» ya que «es totalmente posible, pues, que el acusado... ignorara la resolución judicial reseñada...». Por otra parte, la mencionada calificación como falta de desobediencia la cimenta el Tribunal sentenciador en el argumento según el cual «sólo puede entenderse, pues, que ha desobedecido una sentencia, respecto de la cual no consta, sin embargo, que fuera requerido expresamente para su cumplimiento, esto es, para el reintegro de las menores».

Así las cosas, cabe significar que el delito de desobediencia requiere: a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alee el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.

Es patente que en el caso examinado no se dan estas exigencias, a la vista de los hechos probados transcritos que constituyen el presupuesto material de la infracción

como figura delictiva que postula la acusación particular, lo que sería suficiente para rechazar tal pretensión. Acaso consciente de ello, dicho recurrente pretende fundamentar su reclamación casacional en base a dos elementos: que el acusado también desobedeció la sentencia de divorcio de 1991, de la que afirma había sido notificado, y que sí se le requirió para que cumplimentara la de 28 de julio de 1998 modificativa de las medidas adoptadas en aquélla después de haber sido notificado de tal resolución. Vano intento, puesto que dichas alegaciones no se compadecen en absoluto con la resultancia de hechos probados ya que como se ha dicho la sentencia declara como no probados uno y otro dato.

Tercero.—Si la conducta del acusado no constituye el delito de desobediencia, entiendo esta Sala de casación que tampoco cabe considerarla integrada en la falta del artículo 622 CP, toda vez que no cabe incardinar en el ilícito de desobediencia como delito o como falta cuando la resolución judicial no contiene un mandato concreto, expreso y terminante de reintegrar a las niñas a la madre, no indicando siquiera al notificado que esa resolución fuera firme (el mismo acusador particular expone que podía ser objeto de recurso), y cuando, como subraya el Tribunal *a quo*, no consta que el acusado fuera requerido para el inmediato cumplimiento de reintegrar a las menores, siendo así que dicho reintegro no figuraba en la sentencia notificada al acusado. Por lo demás, resulta sumamente importante el hecho probado de que con anterioridad a la notificación al acusado de la resolución judicial que venimos analizando, aquél había denunciado en los Tribunales del Líbano en Beirut a Estefanía por abandono del domicilio conyugal «obteniendo la custodia de sus hijas...» de las autoridades judiciales libanesas, cuya nacionalidad tenían ambos cónyuges junto a la española, por lo que no cabe excluir que aquél se considerara amparado por una resolución judicial que contradecía la que, sobre la misma materia, había dictado el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid.

En definitiva, si no existe mandato expreso de una concreta acción u omisión; si no existe un requerimiento o conminación estricta a observar una específica conducta; si la resolución judicial no especifica la ejecutividad y ejecutoriedad de la misma; y si el interesado se encuentra protegido por otra resolución judicial válida y legítima de contenido opuesto, es claro que no se dan tampoco los requisitos que configuran el ilícito de desobediencia como infracción punible menor al no apreciarse la actitud de rebeldía y franca oposición del agente.

Consecuencia de cuanto ha quedado expuesto es la estimación del motivo formulado por el acusado y la declaración de que los hechos probados no constituyen la falta de desobediencia del artículo 622 CP por la que aquél fue condenado.

Cuarto.—La misma reacción impugnativa se repite en relación a la calificación de la conducta del acusado descrito en el *factum* de la sentencia que describe cómo aquél, en el transcurso de una conversación telefónica con su esposa, pronuncia la frase «atrévete, atrévete a pisar suelo libanés», que la Audiencia califica constitutiva de una falta de amenazas del artículo 620.2.º CP y que los recurrentes siempre al amparo del artículo 849.1.º LECrim. consideran incorrectamente calificada, sosteniendo la acusación particular que tal conducta debe integrar el delito de amenazas del artículo 169 en tanto que el acusado reclama la completa atipicidad del hecho.

Desde luego, la pretensión de la acusación particular debe ser desestimada partiendo de la base, elemental y primaria, de que el tipo delictivo en el que se pretende subsumir la acción exige, como requisito fundamental inexcusable que la amenaza consista en causar un mal que constituya uno de los delitos que se especifican en el precepto, y es patente que la frase en cuestión no reúne las exigencias de la acción delictiva típica, porque con la transcrita expresión no se está anunciando la comisión de ninguno de los delitos enumerados en la norma, y así lo entienden también tanto el Ministerio Fiscal como el propio Tribunal sentenciador.

Ocurre, por otra parte que las infracciones criminales tipificadas en el artículo 169 (delito) y 620 (falta), tienen idéntica denominación y participan de la misma estructura jurídica, diferenciándose tan solo por la gravedad de la amenaza, y esta gravedad ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, de las personas intervinientes y actos anteriores, posteriores y simultáneos, dado que se trata de una figura eminentemente circunstancial.

Pues bien, si la falta de amenazas conserva la misma estructura que el delito del artículo 169, deben señalarse las notas características que configuran esta figura típica, a saber: 1.º el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2.º es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3.º el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de mal que de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4.º el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado; 5.º este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6.º el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin; 7.º la penalidad varía según se exija cantidad o se impongan condiciones al amenazado y según se consigan tanto la cantidad o la condición de ahí su verdadera naturaleza de chantaje o no se hubieran conseguido.

En el caso presente, la expresión objeto de la polémica procesal es una frase concreta que se extrae de toda una conversación telefónica mantenida por dos cónyuges que disputan sobre la situación matrimonial y las consecuencias y efectos de la ruptura, no siendo baladí el hecho de que dicha conversación fue grabada por la esposa del acusado y utilizada posteriormente contra el mismo. En este escenario, la expresión proferida debería ser analizada desde la perspectiva del Derecho penal en el contexto en que fue pronunciada, esto es, en el ámbito de una conversación cuyo contenido y forma de producirse se ignora, pero cabe destacar que, en todo caso, la tan repetida expresión se manifiesta tan etérea y cargada de ambigüedad que no sólo no exterioriza la amenaza de un mal determinado, sino que, en las circunstancias en que se producen los hechos, se hace verdaderamente difícil aceptar que estamos ante la conminación de un supuesto y difuso mal con sólida apariencia de seriedad y firmeza. Pero, si además, tanto en el delito como en la falta, el mal que se anuncia debe en todo caso ser injusto, no puede excluirse en perjuicio del reo que la frase cuestionada se refiriera a las consecuencias legales que para la esposa pudieran derivarse de la denuncia de que ésta había sido objeto en Beirut por el acusado por abandono del domicilio conyugal que consigna el hecho probado, lo que privaría de tal característica a la acción.

En definitiva, considera esta Sala que se ha criminalizado indebidamente una concreta expresión que, por las circunstancias en que se produjo y por la ausencia de las notas que caracterizan el ilícito, carece de relevancia en el ámbito de las infracciones tipificadas en el Código penal y, por ello, el motivo del acusado debe ser estimado.

Quinto.—En relación al hecho probado de que durante el tiempo en que las hijas del acusado y Estefanía permanecieron en El Líbano con su padre se produjeron una serie de llamadas telefónicas de la madre al acusado «en el curso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que no podía verles hasta que dejara de denun-

ciarle o volviera con él, fuera una persona “normal”, retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica», que la sentencia califica como falta de coacciones del artículo 620.2.º CP, el acusado acepta este pronunciamiento, y la única impugnación procede de la acusación particular que denuncia también al amparo del artículo 849.1.º LECrim. infracción de ley por indebida aplicación del artículo 172 CP que tipifica las coacciones como delito.

Tiene declarado esta Sala que la falta de coacciones es una infracción contra la libertad, que supone un constreñimiento antijurídico, y que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) una actuación o conducta violenta de contenido material, *vis física*, o intimidatoria, *vis compulsiva*, ejercida contra el sujeto pasivo, bien directamente o bien indirectamente a través de terceras personas, 2) un resultado al que se orienta dicho *modus operandi*, que es el de impedir a alguien a hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiera; 3) un *animus* tendencial consistente en la voluntad de restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios; 4) la ilicitud de la acción, contemplada desde la perspectiva de la falta de cobertura legal para poder imponer dicha conducta; 5) una menor intensidad, que no permite encuadrar las coacciones en el ámbito delictivo (STS de 3 de octubre de 1997, entre otras).

En relación con este último punto, la STS de 17 de noviembre de 1997 precisa que la conducta violenta, física o psíquica del autor en el ámbito del delito, ha de revestir una gravedad de intensidad importante para distinguirla de las coacciones leves del artículo 622 CP que configura la infracción como falta.

En el supuesto examinado, el Tribunal de instancia razona la calificación como falta «fundamentalmente» (es decir, no sólo por lo que seguidamente expresa, lo que permite percibir que implícitamente se alude a falta de una grave intensidad en la intimidación) por lo que viene denominando la jurisprudencia «características del resultado» en esta clase de infracciones, consignando que «lo cierto es que la denunciante, como ya se ha dicho, pudo viajar a Líbano y estar en reiteradas ocasiones con sus hijas sin que ello supusiera la paralización del proceso penal como es evidente o volviera con el acusado».

En este sentido resulta particularmente acertada la invocación que, para oponerse al motivo hace el Ministerio Fiscal a la Sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2002, en la que aborda la cuestión sobre la diferencia entre el delito y la falta de coacciones y establece que la diferencia se afirma desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo de la casación, sus capacidades intelectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción. En términos de nuestra reciente jurisprudencia, debemos valorar la entidad cuantitativa de la fuerza empleada o de la violencia ejercida y atender a la realidad circunstancial concurrente (STS de 18 de mayo de 1999).

En nuestro caso, las especiales y significativas circunstancias precedentes y coetáneas a los hechos que singularizan notoriamente los sucesos y, en particular, la inocuidad del resultado, permiten considerar que, existiendo realmente una objetiva acción intimidatoria, o «*vis compulsiva*» ejercida contra el sujeto pasivo, la entidad de la violencia no alcanza la intensidad y gravedad de la requerida para el tipo delictivo, pero sí para la falta.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de junio de 2003)