

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

### ARTÍCULO 1.2 (Y 101 A 104)

*La imposición de una medida de seguridad exige como presupuesto necesario la apreciación de la eximente completa o incompleta fundada en la anulación o disminución de la imputabilidad del acusado*

Único. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la Sentencia, basándolo en un único motivo, amparado en el artículo 849.1.º de la LECrim, por infracción, por indebida aplicación del artículo 105, en relación con los artículos 95, 101, 102, 103 y 104 del Código Penal de 1995.

En el desarrollo del motivo se consideran transgredidos los preceptos citados 95, 101, 102, 103 y 104 del Código Penal de 1995, que restringen la aplicación de las medidas de seguridad no privativas de libertad, establecidas en el artículo 105 del CP, a las personas declaradas exentas de responsabilidad penal en virtud de las causas de inimputabilidad 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 20 del citado Cuerpo Legal, y a las declaradas semi-imputables, por concurrir en ellas una eximente incompleta de responsabilidad penal, relacionada con su imputabilidad, prevista en el artículo 21.1.º del CP, en relación con las circunstancias 1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 20 del mismo Cuerpo Legal; ya que en relación con el acusado Félix P. N., la Sentencia impugnada no hizo mención en el relato de hechos probados de que padeciera, de forma completa o incompleta, anomalías psíquicas, intoxicación por consumo de alcohol o drogas tóxicas o sufriera alteraciones de la percepción desde el nacimiento o la infancia que le hubiesen alterado gravemente la conciencia de la realidad, y en el fundamento de derecho cuarto de la misma Resolución se llega a la conclusión de que en los delitos de abusos sexuales imputados a Félix P. N. no concurrieron circunstancias modificativas de la responsabilidad; y

por ello, a juicio del Ministerio Fiscal, infringió los artículos 95, 101, 102, 103, 104 y 105 del Código Penal de 1995, el pronunciamiento de la Sentencia de la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que aplicó al penado las medidas de seguridad consignadas en los apartados *a*), *c*) y *f*) del artículo 105 del citado Cuerpo Legal.

La representación de Félix P. N. se opuso al recurso del Ministerio Fiscal, por entender que las medidas de seguridad acordadas por el Tribunal sentenciador y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, se hallaban justificadas por la situación familiar del acusado, y para no poner en peligro las medidas psiquiátricas y psicológicas, adoptadas por el mismo y su familia antes de ser juzgado, y que trataban de evitar la desintegración económica y moral del grupo familiar.

El motivo debe ser estimado.

El artículo 117 de nuestra Constitución establece la remisión de los Jueces y Tribunales al imperio de la ley.

El artículo 1.2.º del Código Penal de 1995, preceptúa que las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley.

Pues bien, en el presente caso, según los términos ya reseñados del recurso del Fiscal, no se dieron los presupuestos que permiten la adopción de medidas de seguridad, y que consisten en:

1.º Que se haya cometido un delito (regla 1.<sup>a</sup> del art. 95 del CP); 2.º Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos (regla 2.<sup>a</sup> del art. 95 del Código Penal de 1995); y 3.º Que la persona a la que se imputa el hecho delictivo se halla exenta de responsabilidad penal conforme a los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP (según lo dispuesto en los arts. 101, 102 y 103 del CP) o se halle amparada por una eximente incompleta, relacionada con los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del citado Cuerpo Legal (conforme a lo prevenido en el art. 104 del Código Penal de 1995). Concurría en el supuesto enjuiciado el presupuesto primero de la comisión de delitos por una persona, y podría estimarse concurrente el presupuesto segundo, de probabilidad de futura comisión de delitos de idéntica naturaleza a los imputados en la Sentencia condenatoria. Pero no se dio en cambio el presupuesto tercero, de la concurrencia de una eximente completa o incompleta, basadas en la de anulación o disminución de la imputabilidad de Félix P. N., sin que pueda englobarse en tales causas de exención o de atenuación la situación que afectó al acusado por formar parte de una familia incestuosa disfuncional, según los términos utilizados por el recurrente.

Por lo que procede casar la Sentencia recurrida, en el sentido de anular las medidas de seguridad decretadas en la Sentencia, y dejando sin efecto la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a Félix P. N., y ello, sin perjuicio de que la Audiencia pueda solicitar el indulto total o parcial de las penas, al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 4 del CP si estima se dan los presupuestos de tal precepto, y acordar la suspensión de la ejecución mientras no se resuelva sobre el indulto, si considera que se da el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 4 del Código Penal.

(Sentencia de 7 febrero 2000)

## ARTÍCULO 5

*Diferencia entre dolo y móvil*

Séptimo. Impugna el recurrente la calificación de los hechos probados como constitutivos de un delito de detención ilegal, argumentando que no concurre en la conducta de los acusados el dolo requerido por esta figura delictiva, y que «el ánimo de los autores no es otro que el cobro de una deuda».

El reproche no puede ser acogido.

Incorre el recurrente en error de concepto al confundir dolo y móvil. El dolo se configura por la concurrencia de dos elementos que se ubican en la mente y en la conciencia del autor: el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo. En tanto que el móvil, como motivación de la conducta, es un factor que no trasciende al ámbito penal, pues así como el dolo forma parte imprescindible del delito, el móvil es irrelevante salvo cuando la ley lo recoja como elemento integrante del tipo (véase STS de 30 de noviembre de 1998).

En el delito de detención ilegal, el dolo consiste en llevar a cabo consciente y voluntariamente una privación de libertad prohibida por la ley, o, dicho de otra forma, en la voluntad de privar a otro de su libertad con conciencia de la ilicitud de la acción, con independencia de que el móvil de ésta sea lícito o ilícito, justo o injusto, altruista o egoísta. En nuestro caso, el hecho probado nos dice que los autores materiales «siguiendo en todo momento instrucciones del también acusado Esteban M. M. (...)» privaron de su libertad ambulatoria a Jorge Luis C. C., obligándole a punta de pistola –de gas– a subir a su propio coche junto a los dos coacusados, manteniéndole privado de su libertad de movimientos durante las varias horas que transcurrieron hasta que la víctima les entregó un millón de pesetas que, siempre acompañado por aquéllos, sacó de una entidad bancaria.

La sola descripción de los hechos, de cuyo desarrollo estuvo permanentemente informado el acusado recurrente, que sólo dio su «venia» para liberar al señor C. cuando los coacusados le comunican que tenían el dinero y le preguntaban lo que tenían que hacer con aquél, refleja que los encausados –los tres, tanto los que materialmente llevaron a cabo el hecho, como quien les indujo directamente a ejecutarlo– sabían perfectamente lo que hacían y querían hacerlo, por lo que la concurrencia del dolo requerido por el tipo no puede ser puesta en duda.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

## ARTÍCULO 8.1

*Concurso de leyes entre 208 CP (injurias) y artículo 51.2 de Ley de Navegación Aérea: injurias de comandante a pasajero. Preferencia del CP por tratarse la relación comandante-pasajero de una relación personal y no profesional*

Primero. El Ministerio Fiscal formula recurso de casación frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segun-

da, en fecha 20-2-1999, que condena al hoy recurrido como autor de un delito de injurias castigado en el CP común, aduciendo la infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, cuyo contenido se endereza a denunciar la falta de aplicación del artículo 51.2 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24-12-1964 y consiguiente aplicación indebida de los artículos 208 y 209 *in fine* Código Penal.

Segundo. La mencionada Ley Especial es consecuencia de las Bases para publicar un Código de la Navegación Aérea aprobadas por la Ley de 27-12-1947, desarrolladas en una primera fase por la Ley de 21-7-1960, habiendo quedado sin regular los aspectos penal y procesal de la primera (Bases 21, 22 y 23) que constituyen el objeto de la Ley de 1964, que también tiene como finalidad sustraer al rigorismo de la legislación militar las actividades de la navegación aérea, con tipos delictivos y penalidades distintas acomodadas a sus especiales características. Posteriormente, la Ley de 26-2-1972 modifica su artículo 85; el Real Decreto-ley de 21-12-1978, artículo 2.º, incide en la misma modificando la pena máxima a imponer, sustituyendo la pena de muerte conforme al mandato del artículo 15 CE; la Ley Orgánica 1/1986, de 8/1, suprime la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecua las penas por infracciones aeronáuticas, derogando el Libro II, la disposición transitoria y las disposiciones finales de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24-12-1964, el artículo 2.º del Real Decreto-ley de 21-12-1978 y la disposición final cuarta de la Ley de 21-7-1960; por fin, la Ley Orgánica 10/1995, de 23/11, del CP, en su disposición derogatoria única, apartado f), deroga expresamente los artículos 29 y 49 de la Ley de 24-12-1964 y la disposición transitoria undécima incide también en dicha Ley Especial.

Tercero. El preámbulo de la Ley Orgánica 1/1986, ratifica la especialidad de la legislación aeronáutica, admitiendo que la «complejidad tecnológica que informa este campo, unida a las derivaciones que la misma origina, aconseja acometer el esfuerzo de actualización de una forma progresiva, que permita, en un plazo no excesivamente largo, adaptar la normativa vigente a las circunstancias que rigen en la actualidad». Todo ello determina su plena vigencia, que no autoriza al intérprete o aplicador del derecho hacer una interpretación restrictiva por razón del momento de su promulgación, de la misma forma que carece de consistencia añadir al tipo especial (art. 51.2) otros elementos no previstos por el legislador (circunstancias de peligro para la navegación o necesidad del mantenimiento de la disciplina a bordo), lo que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica (art. 25.1 CE y 1.1 CP en relación con el 9 del mismo Texto). La rúbrica del capítulo V –Abuso de autoridad (...), Título II, Libro I, de la Ley Especial, hace referencia precisamente al fundamento de la inclusión del tipo penal y constituye una *plus* de exigencia al personal que integra la tripulación en relación con su comportamiento con el pasaje, criminalizando incluso acciones meramente disciplinarias en el ámbito de otras profesiones (medidas no autorizadas por Ley o Reglamento), lo que sólo puede justificar la singularidad de la «vida a bordo».

Cuarto. La cuestión nuclear del recurso, por ello, tiene un alcance predominantemente técnico-penal, partiendo desde luego de la obligada incolumidad de los hechos probados. En rigor se trata de un concurso de leyes, siendo los hechos constitutivos subsumibles aparentemente bajo dos tipos protectores del mismo bien jurídico, el honor y dignidad de la persona, artículos 208 CP y 51.2 de la Ley Especial, resolviéndose mediante la aplicación de uno solo de ellos, que debe agotar el contenido total del desvalor de los hechos probados. Pues bien, el nuevo ar-

título 8 CP de 1995 es la norma atinente para resolver los concursos de leyes, frente al antiguo artículo 68 que sólo contemplaba el principio de alternatividad, siendo éste ahora la cláusula de cierre a falta de aplicación de las tres primeras reglas previstas en el artículo vigente (especialidad, subsidiariedad y consumación o absorción).

Quinto. La regla 1.ª del artículo 8.º señala que el precepto especial se aplicará con preferencia al general. La acción de vejar u ofender (art. 51.2 LECrim) equivale a la de injuriar (art. 208 CP) de la ley general, añadiéndose como ingredientes o elementos nuevos, fundamento de la norma especial, la condición del sujeto activo (comandante o individuo de la tripulación) y la circunstancia del lugar (aeronaute), de forma que la valoración íntegra del supuesto de hecho debe abarcar los elementos previstos en la ley general y los adicionados por la ley especial. Ahora bien, la aplicación del principio de especialidad (del que ha hecho uso esta Sala en la Sentencia de 25-10-1996 a propósito de los artículos 39 y 40 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, Fundamento 3.º *in fine*) no puede entenderse desde una perspectiva meramente abstracta o formal, sino predominantemente material, a saber, tomando en consideración las circunstancias personales, objetivas y modales del hecho.

Sexto. Proyectando lo anterior al presente caso, con independencia del lugar de comisión, que por sí solo no puede determinar una especificidad relevante, resta la condición del condenado, Comandante, y el posible abuso o prevalimiento de ella, como señala el Ministerio Fiscal. En la premisa histórica de la Sentencia recurrida se constata en relación con el ofendido «... persona con quien el acusado había mantenido relaciones de amistad hasta que dejaron de hablarse como consecuencia del despido del señor T. F. de la Compañía Futura». Lo anterior compromete el fundamento sobre el que se asienta la aplicación del tipo especial, desdibujando el *plus* de exigencia al que nos hemos referido más arriba, relación «profesional» tripulantes-pasajeros, de forma que el desvalor de la acción se agota modalmente en el ámbito de la relación personal entre los sujetos activo y pasivo, de forma que la relación Comandante-pasajero en el presente caso pasa a segundo plano, habiéndose calificado correctamente los hechos probados ex artículo 208 y 209 *in fine* CP, teniendo en cuenta igualmente el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el carácter complementario de los tipos previstos en las Leyes Penales Especiales.

Por todo ello el motivo no debe ser acogido.

(Sentencia de 15 febrero 2000)

## ARTÍCULO 11

### *Requisitos del delito de comisión por omisión*

Segundo. Lo primero que conviene despejar –aunque ello no haya sido objeto de debate en este recurso– es la duda que pudiese plantear, en hipótesis, la aplicabilidad retroactiva del artículo 11 CP 1995 a unos hechos acaecidos antes de que el nuevo Texto entrase en vigor. No existe problema alguno al respecto aunque

en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito, puesto que, pese al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad al menos desde la Sentencia de 10-4-1981. Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto –aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación– sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren. Dicho esto, debemos exponer brevemente, antes de abordar en concreto la cuestión suscitada en el recurso, los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado –la omisión nunca es causal por definición– no ha evitado su producción. Estos elementos son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría –con la autoría material y con la cooperación necesaria– como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

(Sentencia de 9 octubre 2000)

## ARTÍCULO 16.1

*La tentativa inidónea (delito imposible) sí es punible en el CP de 1995*

Tercero. El segundo motivo, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia *error iuris*, por infracción de los artículos 138, 16, 556 y 14.3 del Código Penal.

Dice la parte recurrente que «al no existir el objeto del delito, el mismo no se puede producir, así mismo un error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal».

Entiende el recurrente que la tentativa exige la ejecución de actos que «objetivamente» deberían producir el delito y, a este respecto, pone de relieve que «el término objetivo es altamente significativo, pues requiere que el delito se produzca sobre un objeto existente y es obvio que en el caso que nos ocupa no se podía producir, porque Juan P. se hallaba ausente de su domicilio cuando ocurrieron los hechos». Todo ello, independientemente de que «la derogación del antiguo artículo 52.2 ha llevado a sostener la atipicidad de la tentativa inidónea y del delito imposible...».

La parte recurrente se refiere también al delito de resistencia del artículo 556 del Código Penal y estima que «se han infringido los artículos 556 y 16.3 del CP, porque mi representado padece retraso mental medio...».

Pese a la incorrección procesal con que ha sido formulado este motivo, al denunciarse en el mismo dos infracciones distintas que, en buena técnica procesal, demandaban sendos motivos de casación distintos también, este Alto Tribunal estima pertinente dar respuesta a las cuestiones planteadas en el mismo en reconocimiento del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En cuanto a la primera cuestión se refiere (la posible atipicidad de la tentativa inidónea), es menester poner de manifiesto que la supresión en el Código Penal vigente de la norma recogida en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal derogado (referente a los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito) no implica necesariamente la consecuencia pretendida por la parte recurrente. Para dar una respuesta satisfactoria a la cuestión aquí debatida, sin desconocer la dificultad del empeño y que en la doctrina existen posiciones divergentes sobre el particular, es preciso atenerse a la definición que el propio Código Penal da de la tentativa. «Hay tentativa—dice el art. 16— cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

Es indudable que las mayores dificultades sobre esta materia surgen cuando de delitos de mera actividad se trata, mas cuando se está ante delitos de resultado—como sucede en el delito de homicidio—, la solución parece más simple. En efecto, partiendo del relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, al que hemos de estar dado el cauce casacional elegido (art. 884.3.º LECrim), ha de reconocerse que, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido (dar muerte a su hermano Julián) «por hechos exteriores» (atravesando con un hierro la puerta de entrada de la casa de este último, amontonando colchones y ropa al par de la puerta y procediendo a prenderle fuego, incluso, continuando echando al fuego otros elementos combustibles). Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido; no se trata—evidentemente— del desarrollo de una actividad objetivamente inocua: no puede hablarse, en el presente caso, de ningún tipo de inidoneidad absoluta (en otras circunstancias, la conducta enjuiciada hubiera producido el objetivo perseguido). De modo patente, en el presente caso, no se produjo el resultado perseguido—la muerte de Julián— por una doble razón: *a*) porque circunstancialmente el mismo se encontraba fuera de su domicilio en el momento de la acción; y *b*) por la eficaz intervención del vecindario que «logró apagar el incendio», circunstancias—ambas— «independientes de la voluntad del autor». Se cumplen, pues, todos los requisitos de la tentativa.

A este respecto, debemos recordar que esta Sala ha declarado ya 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 CP 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» (véase SSTs de 21 de junio de 1999 y de 13 de marzo de 2000).

Por todas estas razones, no es posible apreciar la primera de las infracciones legales denunciadas en este motivo.

(Sentencia de 2 junio 2000)

*La tentativa inidónea o delito imposible: necesidad de una aptitud objetiva de la conducta del reo para producir el hecho delictivo*

Quinto. Entendemos que aquí hubo ánimo de matar en la procesada, porque así se deduce de modo evidente de la conducta objetiva que adoptó ésta contra su marido a lo largo de todo ese período de tiempo en que se desarrollaron los hechos aquí enjuiciados: desde finales de agosto de 1994 a primeros de enero de 1995 en que se descubrió el comportamiento criminal de la acusada.

Hay una primera fase que podría suscitar dudas en cuanto a la realidad de tal ánimo, la que abarca todo el tiempo en que M.<sup>a</sup> Victoria estuvo suministrando «Haloperidol» a su marido, hasta el 27 de diciembre en que ella adopta unos nuevos métodos (segunda fase).

Pero en esa primera fase aparece ya un hecho indicativo de ese propósito homicida: ella comenta entre sus conocidos y amigos la gravedad del estado de su esposo diciendo que iba a morir de cáncer como algunos de sus familiares, cuando todo era una falacia, pues bien sabía ella que los trastornos que padecía su marido se debían exclusivamente al suministro clandestino de ese medicamento. ¿Por qué iba a propagar esos rumores falsos, si no era porque en definitiva esperaba un empeoramiento con el consiguiente fallecimiento?

Pero lo que ya no deja lugar a dudas es lo que ocurre en esa segunda fase, cuando en dos ocasiones engaña a su marido para que ingiera sendas cápsulas, que tenían el aspecto del «Nolotil» que se le había recetado, pero que en realidad contenían 4 y 5 puntas de alfiler de 1,5 centímetros de longitud, respectivamente, que ella misma había cortado con sus tijeras y había introducido en las mencionadas cápsulas: como bien dice el fundamento de derecho 3.º de la Sentencia recurrida, forma parte del conocimiento de la generalidad de las personas lo peligroso de la ingestión de objetos de este tipo ante la frecuencia con que los medios de comunicación nos hablan de las graves consecuencias que se producen por las ingestiones accidentales de tornillos, chinchetas, horquillas, espinas de pescado u otros objetos similares, que culminan de ordinario, con la consiguiente alarma, en los servicios de urgencia de los hospitales.

En ese mismo fundamento de derecho 3.º, en su último párrafo, la Sentencia recurrida razona de modo adecuado sobre la prueba de indicios que utiliza para deducir en el caso la existencia del ánimo de matar. A tal argumentación nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Sin embargo, no podemos concluir este apartado sin hacer referencia a un hecho que alega la recurrente como un indicio contrario a la realidad de ese propósito homicida: el hecho de que, en coincidencia con el suministro de la primera cápsula que simulaba ser de «Nolotil», la procesada diera aviso de la existencia de tales puntas de alfiler, lo que motivó que se adoptaran unas medidas que permitieron la expulsión con las heces de esos objetos peligrosos.

Así ocurrió ciertamente, pero la parte recurrente omite decir aquí algo que es decisivo para valorar adecuadamente ese comportamiento de doña M.<sup>a</sup> Victoria: que ésta había introducido otras dos puntas de alfiler, igualmente cortadas por la propia acusada, en una barra de pan y simuló ante su esposo su sorpresa ante tal hallazgo, lo que sirvió para que ella pudiera protestar contra los servicios del hospital y contra la empresa suministradora del pan contra quien, al día siguiente, 28 de diciembre, presentó denuncia en comisaría. Entendemos que es razonable la explicación que de estos hechos nos da la propia Sentencia recurrida: a la procesada le era necesario hacer algo para que las sospechas de esa ingestión de objetos peligrosos no recayera sobre ella, que era quien permanentemente cuidaba de su marido en la habitación del hospital. Actuó así, «con el único propósito de desviar la atención de su persona».

Claro es que esto llevaba consigo la posibilidad de una actuación médica en beneficio del enfermo, como realmente ocurrió cuando se le dio una medicación y se le puso una dieta rica en fibras y con ello se consiguió la expulsión con las heces de tales objetos.

Pero es que la señora repitió su comportamiento pocos días después con cinco puntas de alfiler, en lugar de cuatro como en la primera ocasión, y en esta segunda ya lo hizo sin decir nada a nadie.

Todo esto ciertamente es una conducta muy extraña y hay que reconocer que es difícil averiguar qué pasaría por la mente de esa señora para comportarse de tal modo, pero cualesquiera que fueran los detalles concretos de esa maniobra, lo que no ofrece duda (así lo entendió la Sala de instancia y esto a nosotros ahora nos parece razonable) es que al ánimo de matar existió: ese complejo comportamiento no tiene otra explicación que la que nos ofrece la Sentencia recurrida.

Sexto. Veamos ahora el mismo tema desde el punto de vista objetivo, pues la recurrente nos dice que el peligro para la vida del paciente fue muy escaso, y que ello nos sitúa en un supuesto de tentativa imposible por inidoneidad del medio empleado para matar, que ha de considerarse impune.

Sobre esta materia (el delito imposible) afortunadamente ha desaparecido de nuestra legislación la perturbadora referencia que al tema se hacía en el artículo 52 CP anterior, que en su párrafo 2 castigaba con las mismas penas de la tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», con lo cual, parecía que se quería referir, con unos criterios exclusivamente subjetivistas, a los supuestos de delito imposible por falta de objeto o por inidoneidad del medio empleado para obtener el resultado delictivo, aunque la doctrina procuraba restringir la aplicación de esta norma a los casos en que, por haber existido real peligro para el bien jurídico protegido, el hecho era apto para producir una alarma social y, en definitiva, quedaba justificada la intervención del Derecho penal en su función de prevenir las acciones verdaderamente peligrosas para tal bien jurídico protegido mediante la amenaza de sanción, cuestión ciertamente confusa en el anterior CP.

En el CP 1995 han prevalecido las tesis objetivistas: por un lado, se ha suprimido la mención expresa al delito imposible que había en el referido artículo 52.2

y, por otro lado, en la regulación de la tentativa se utilizan unos términos que no ofrecen dudas al respecto, como son el adverbio «objetivamente» introducido en el artículo 16, y la alusión expresa al «peligro inherente al intento» que se utiliza en el 62, términos que no existían en el CP anterior.

Así las cosas, actualmente no cabe duda alguna acerca de la necesidad de que haya una aptitud objetiva de la conducta del reo para producir el hecho delictivo, a los efectos de poder considerar que en el caso existió una iniciación de la ejecución constitutiva de tentativa de delito. La falta de objeto adecuado, o la total falta de idoneidad del curso causal iniciado para producir el resultado previsto como delictivo, determinan la atipicidad del hecho: faltaría el tipo de la tentativa y el hecho habría de quedar impune.

Pero esto no ocurre en los casos como el presente en que hubo una conducta apta para producir el resultado de muerte pretendido por el sujeto, aunque de hecho ese resultado no se hubiera producido y después, con los conocimientos científicos que se aportaron al proceso, se pudiera comprobar que lo más probable era que, en todo caso, incluso sin intervención médica favorable para la resolución del problema, ese fallecimiento no habría llegado a producirse.

No nos encontramos ante un supuesto de inidoneidad del proceso causal para obtener el resultado de homicidio, ni siquiera de inidoneidad relativa por insuficiencia del medio empleado. Tal inidoneidad relativa podría afirmarse respecto de la conducta observada en la primera fase en que las dosis de «Haloperidol» suministradas por la esposa al marido, a pesar de prolongarse en el tiempo (unos cuatro meses), no fueron bastantes para producir la muerte. Una toma masiva de ese mismo producto, sí podría haber producido la muerte, como ocurre con toda ingestión de productos químicos, cuyo suministro en gran cantidad siempre puede ser mortal, aunque sobre este punto nada dice la Sentencia recurrida, ni tenía por qué pronunciarse al respecto, dado que lo ocurrido en la segunda fase, revela el uso de un medio comisivo (la ingesta de puntas de alfileres) que sí era apto para causar la muerte, aunque de hecho no llegara a producirla y aunque en la mayoría de los casos esa muerte no se ocasione con tales medios comisivos, porque el organismo humano funciona de modo favorable a la eliminación espontánea de esos cuerpos extraños mediante el normal funcionamiento del sistema de expulsión.

Pero la Sentencia recurrida dice claramente en su hecho probado 9.º que la ingestión de objetos punzantes como las puntas de los alfileres puede producir unos determinados trastornos por su fijación en las paredes del píloro o en las del estómago con necesidad de algún tipo de intervención quirúrgica, con el peligro que éstas siempre acarrearán respecto de la vida del paciente, peligro que puede llegar al extremo si hay una perforación de esas paredes del estómago con vertido de su contenido en el peritoneo y la subsiguiente peritonitis extensa, que desde luego constituye un muy grave riesgo de fallecimiento.

En conclusión, hay que entender que, de modo indudable, en esta segunda fase hubo peligro para la vida del marido como consecuencia del comportamiento de la esposa, cumpliéndose así todos los requisitos exigidos en los artículos 16.1 CP en relación con el 139.1.º y 62 que fueron correctamente aplicados al caso.

Ciertamente no nos hallamos ante un supuesto de delito imposible claramente impune en el CP vigente por la actual regulación de la tentativa.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

*La tentativa inidónea comprende aquellos supuestos en que los medios utilizados objetivamente son aptos para cometer el delito desde una perspectiva general, aunque no lo sean en el caso concreto*

Decimoctavo. En relación con la insinuada inidoneidad de la tentativa al no constar efectivamente que la heroína hubiese llegado a estar en Estambul a disposición de la recurrente y su acompañante, alegándose la atipicidad en el Código Penal 1995 de la tentativa inidónea, ha de señalarse, reiterando lo ya expresado por esta Sala en la Sentencia de 21 de junio de 1999, que es cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales.

Sin embargo ha de tomarse en consideración que el artículo 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa –aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada– es decir aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos 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 su acción (ver también SSTs 13 de marzo y 2 de junio de 2000).

En el caso actual la recurrente dio principio a la ejecución del delito, prestandose a colaborar con los destinatarios de la droga para hacérsela llegar, practican-

do parte de los actos que «objetivamente» deberían conducir al fin planeado, incluido el desplazamiento hasta Turquía para recoger allí una concreta partida de heroína, llevando asimismo hasta Estambul el automóvil destinado a la realización del transporte e introducción de la droga en España. Si no llegó a realizar personalmente este definitivo acto de transporte –cambiándose posiblemente de personas para mayor seguridad– fue por causas independientes de su voluntad, pero ello no priva objetivamente de idoneidad al conjunto de la operación tal y como estaba inicialmente planeada. En consecuencia la sanción del hecho en la forma en que lo ha sido por el Tribunal sentenciador es correcta y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 diciembre 2000)

### *Diferencias entre tentativa punible y desistimiento voluntario*

Segundo. (...) La Sentencia de esta Sala de fecha 16 de febrero de 2000, señala las diferencias entre el desistimiento voluntario y la tentativa punible, siendo el factor esencial para su distinción la exigencia de la voluntariedad, sobre el presupuesto común de que el sujeto no ha realizado la totalidad de los actos ejecutivos integradores del tipo. Y así dice que «varios son los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento: a) La concepción que va más lejos toma en cuenta la “posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada”; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquellos en que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo. b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la “cualidad moral del impulso del desistimiento” sobreacentuado así el punto de vista del “mérito” de éste. c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza “por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección” (Sentencia de 21 de diciembre de 1983), y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba y aunque éstos puedan ser absolutos o relativos, en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (SSTS de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991 y 9 de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, a consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior. d) Esta doctrina sin embargo no pue-

de aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 “en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial”. En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

De este modo puede afirmarse: a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes –sean o no esos motivos éticamente valiosos– o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder “irrazonable” desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen– de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal».

En el presente caso el relato fáctico afirma que el acusado «entró en la cocina portando un cuchillo con evidente ánimo de efectuar una apropiación económica ilícita, exigiéndole al propietario la entrega del dinero de la caja». «Como quiera que el propietario trató de tranquilizarle e hizo un ademán de acercarse al mostrador donde había varios cuchillos de cocina, el acusado ante el temor a que el propietario se defendiese procedió a abandonar el local corriendo».

Es obvio que la referencia al desistimiento no tiene en el relato histórico base alguna, sino que por el contrario, pertenecen a la órbita de la tentativa punible, pues el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstuvo de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. En conclusión, pues, no existió en este caso desistimiento voluntario, sino tentativa inacabada, según la doctrina expuesta con anterioridad.

El motivo, pues, debe rechazarse.

(Sentencia de 18 abril 2000)

## ARTÍCULO 16.2

*Desistimiento de consumir el delito de homicidio no impide la condena por las lesiones inferidas*

Segundo. (...) Como dice la Sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1999, mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de ejecución. Y aunque este tema es académicamente polémico, independientemente de las elucubraciones científicas sobre este tema, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió *a posteriori*, entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que mitigue de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

El artículo 16 del Código Penal dispone, para lo que aquí interesa, en el segundo párrafo, que «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

En el *factum* de la Sentencia recurrida, se expresa lo siguiente: «Al quedar Dolores ensangrentada sobre la alfombra de la cocina (tras el apuñalamiento causado por el recurrente), el acusado llamó por teléfono a la Comisaría manifestando que acababa de matar a su mujer y pidiendo urgentemente una ambulancia, llamada que repitió para insistir en que si se daban prisa aún podían salvarla». Como consecuencia de tal aviso reiterado, y de la llegada de dicha ambulancia, se ingresó en la UCI a la herida, que logró salvar la vida, tardando en curar 33 días, con impedimento para sus ocupaciones, sanando con las secuelas que se describen en el relato histórico de la Sentencia de instancia.

Como expone el Ministerio Fiscal en su informe, afirmado el ánimo de matar y la idoneidad de las cuchilladas para causar la muerte, la conducta del acusado llamando por teléfono para manifestar la ocurrencia del hecho e insistiendo en la llamada cuando aún la víctima está con vida, advirtiendo de la urgencia de la asistencia que permitiría evitar el resultado mortal, impiden considerar que tal con-

ducta sea desarrollada después de completar la acción, pues se ha evitado voluntariamente la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado. El motivo debe ser, pues, estimado, como apoya el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de considerar los hechos ya ejecutados como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 148.1.º del Código Penal (utilización de armas o instrumentos peligrosos, como es un cuchillo), estableciéndose una penalidad entre dos y cinco años de prisión, cuya individualización se precisará en la segunda Sentencia que ha de dictarse.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

### *Desistimiento en relación con los actos preparatorios: doctrina jurisprudencial*

Octavo. 1. En el motivo 5.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega que hubo infracción de ley por no haberse aplicado al caso el artículo 269 CP. Se dice que hubo conspiración o proposición para cometer un delito de robo en el hecho ocurrido en la mañana del 1 de marzo de 1997 en el supermercado Sabeo de Soria.

Hasta allí llegaron Fernando y su compañero Antonio, luego fallecido en el primero de los tiroteos ocurridos ese mismo día. Se desplazaron en un taxi en cuya maleta habían encerrado al taxista. Iban con la idea de apoderarse de la recaudación atracando el furgón que habría de recogerla, portaba cada uno sus armas de fuego, quedaron sorprendidos de que el furgón ese día se había adelantado y entonces «penetraron en el supermercado, quedándose el procesado en una cabina telefónica a la entrada, yendo Antonio a los lavabos, y desistiendo poco después de perpetrar el robo porque intuyeron que no iban a conseguir su objetivo al pensar que los guardas jurados habían notado algo raro».

2. Así los hechos, entendemos que es claro que hubo una conspiración para el delito de robo de las penadas en el artículo 269, pues existió un concierto entre dos personas que acordaron ejecutar tal delito (art. 17.1); pero no lo es menos que hubo un desistimiento voluntario, que ha de considerarse eficaz para eximir de responsabilidad. Veámoslo.

En el CP vigente subsiste la misma laguna legal que en el anterior respecto de la figura del desistimiento en relación con los actos preparatorios del delito, laguna que hemos de llenar (analogía *in bonam partem*), acudiendo a lo dispuesto en el artículo 16.2 CP que para la tentativa declara la exención de responsabilidad penal de quien desiste voluntariamente de la ejecución ya iniciada. Si tal eficacia se reconoce cuando se ha iniciado la ejecución, con más razón aún ha de aplicarse cuando esa ejecución todavía no ha comenzado y, por tanto, el peligro para el bien jurídico protegido es más remoto: la doctrina es unánime en este sentido y también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 5-7-1948, 19-4-1965, 7-6-1976, 21-10-1987, 24-10-1989, 24-10-1990, 21-1-1991, 6-3-1991 y 7-12-1996).

3. Entendemos que en el caso presente, tal y como reconoció la Sentencia recurrida y ahora lo dice el Ministerio Fiscal en su informe ante esta Sala, nos encontramos ante un caso de desistimiento voluntario.

Claro es que desistimiento existió en cuanto que los dos se marcharon del lugar sin iniciar la ejecución del robo proyectado.

Y entendemos que este desistimiento fue voluntario, pues la razón de marcharse fue «porque intuyeron que no iban a conseguir su objetivo al pensar que los guardas jurados habían notado algo raro».

Sólo ha de tener eficacia como causa de exención de la pena el desistimiento que obedece a una motivación interior o autónoma, y nunca el que responde a una imposibilidad absoluta que hace que en realidad no pueda hablarse de conspiración desistida (no se quiere), sino de conspiración fracasada (no se puede), supuesto al que, a través de una valoración de todas las circunstancias concurrentes, necesariamente han de equipararse los casos de imposibilidad relativa, siempre que la dificultad determinante de ésta sea importante y sobrevenida.

Importante porque un obstáculo nimio que motivara un desistimiento en realidad lo que pone de manifiesto es que esa voluntad firme y decidida respecto de la ejecución del delito, necesaria para la conspiración, no existía y, por tanto, no era merecedora de sanción penal.

Sobrevenida, porque es evidente que en todo delito hay obstáculos que salvar, de modo que la planificación del hecho por los diversos sujetos que intervienen en la conspiración consiste precisamente en determinar la forma de vencerlos con el correspondiente reparto de papeles entre todos ellos. Las dificultades previstas en el plan de los futuros autores, que en el momento posterior en que se ha de decidir sobre el inicio de la ejecución aparecen magnificadas en la mente de los sujetos con relación a la valoración que de ellas habían hecho antes, no impiden tampoco la voluntariedad del desistimiento.

Sólo sirven a tal menester aquellas que se presentan como algo nuevo e inesperado, que sorpresivamente obstaculizan la continuación en los propósitos delictivos (SSTS de 7-6-1976, 21-12-1983, 7-6-1985, entre otras).

En el caso, la razón del abandono de su idea de robar estuvo, como se ha dicho, en que notaron algo raro en los guardas jurados y de ello dedujeron que iban a fracasar si continuaban en sus propósitos. Un obstáculo previsto, desde luego, la presencia de los guardas jurados que existen habitualmente en estos establecimientos. Y algo tan inespecífico, eso de que notaron algo raro, que nada importante añade al caso. Entendemos que esa dificultad que les hizo abandonar sus intenciones delictivas no impide que tenga que considerarse como voluntario el desistimiento producido.

(Sentencia de 16 octubre 2000)

## ARTÍCULO 20.1

### *Apreciación como exigente incompleta del trastorno obsesivo compulsivo con trastorno de personalidad: requisitos*

Primero. Por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el primer motivo de impugnación, en el que se denuncia falta de aplicación de la exigente incompleta del número 1.º

del artículo 21 del Código Penal, en relación con el número 1.º del artículo 20 del mismo Cuerpo Legal, alegándose también falta de aplicación del artículo 68 del propio Código, el cual se estima igualmente vulnerado.

A) El artículo 20.1 del Código Penal vigente, introduce modificaciones sustanciales respecto al texto del antiguo número 1.º del artículo 8 del Código Penal de 1973, ya que el término «enajenado», ha sido sustituido por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica». La interpretación biológica psicológica, que realizó la Jurisprudencia de esta Sala, obligaba a atender no sólo al origen o presupuesto biológico de la enajenación, sino también al concreto efecto que debe producir, y que consiste en una anulación o disminución de la capacidad intelectual o volitiva. En el nuevo Código para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad se precisa que el agente a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. Y esta modificación al ampliar el ámbito del Código derogado, determina el que «cualquier anomalía o alteración psíquica», abarque no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, como venía entendiendo la Jurisprudencia al interpretar el concepto «enajenación», sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad. Ambas pueden servir de base, conforme al Código Penal, para la apreciación de esta causa de exención, siempre que produzca el mismo efecto psicológico, cual es, que en el momento de la comisión del hecho delictivo, el sujeto, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Con referencia a esta incapacidad de comprensión de la anti-juridicidad del hecho y de autodeterminación conforme a esa comprensión, la doctrina científica entiende que caracteriza mejor que la fórmula tradicional de la jurisprudencia de incapacidad de querer y entender, y que constituye la esencia de la imputabilidad, o mejor aun de falta de capacidad de culpabilidad.

El criterio expuesto ha sido el mantenido por la reciente Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1999.

Se requiere pues, conforme al artículo 20.1 del Código Penal de 1995, dos requisitos para su apreciación: 1.º) una anomalía o alteración psíquica, que constituye el presupuesto bio-psiquiátrico, y 2.º) que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, que integraría el presupuesto psicológico. Es preciso, pues, que la anomalía que padezca el sujeto activo, dice la Sentencia mencionada, se interponga entre aquél y la norma que establezca la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquélla, o que pudiendo percibir el mandato o la prohibición que dicha norma contiene, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa.

En todo caso, en atención al distinto grado alcanzado por el efecto psicológico, habrá que apreciar la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión sea total [*sic*]. Cuando no es total y se manifiesta en una disminución de esas facultades intelectivas o volitivas, con una limitación para comprender la ilicitud del acto, o el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos, será causa de atenuación privilegiada, o exención incompleta; y cuando no concurren los presupuestos necesarios para apreciar las dos causas anteriores como completa o incompleta, pero se aprecia una eximente de menor intensidad de la imputabilidad, siendo de poca incidencia en la imputabilidad del agente, se aplicará la atenuante analógica.

B) En el caso que se examina, el relato fáctico de la Sentencia impugnada expresa que el acusado desde los doce años de edad padece un trastorno obsesivo compulsivo sobre la base de una personalidad obsesivo-anancástica unido a una depresión mayor por la que viene siendo tratado farmacológicamente, lo que implica un trastorno de la personalidad, que como se ha dicho, puede integrarse en la actualidad en el número 1.º del artículo 20 del Código Penal, dependiendo de su grado de intensidad el que pueda apreciarse como eximente incompleta, cual postula el recurrente. Se admite por la propia Sentencia, fundamento jurídico tercero, que su voluntad no está anulada pero sí limitada.

Los informes emitidos en el plenario, corroboran la existencia del trastorno obsesivo compulsivo y depresión mayor, teniendo deterioro cognitivo con una menor capacidad de comprensión del entorno de sus actos y relaciones personales, teniendo afectada sus facultades con dicha patología. «Sabe que son ideas absurdas pero no puede dejar de tenerlas» y que «cualquier circunstancia emotiva le puede afectar».

En consecuencia, y tomando en consideración tal prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, es procedente que dado el trastorno de personalidad del acusado, concurre el primer elemento que integra la circunstancia eximente del artículo 20.1.º del Código Penal, a tenor de las consideraciones expuestas en el apartado A) del presente fundamento, padecer una «anomalía o alteración psíquica». No obstante, es preciso además que el recurrente a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Por tanto, es necesario que la alteración se interponga entre el sujeto y la norma que proclama la ilicitud del hecho, de tal forma que no pueda ser motivado por aquélla, o que, pudiendo percibir el mandato o prohibición contenido en la norma, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa. Y cuando la incapacidad para ser motivado por el precepto o el bloqueo que en la motivación creada por el mismo, determinen otras causas, sea sólo parcial, se dará el presupuesto fáctico para la apreciación de la eximente incompleta.

En el supuesto que se examina, el acusado era capaz de comprender la ilicitud de los hechos en el momento de comisión de los mismos, y por ello tenía aptitud para ser motivado hacia una conducta distinta por la norma que prohíbe lesionar a otra persona. Pero sin embargo, de los informes facultativos ya relatados, se pueden inferir motivaciones derivadas del trastorno de personalidad que padecía, que obstaculizaban, aunque no impedían, la adecuación de su conducta a las exigencias de la norma vulnerada. Y ese debilitamiento, atenuaba su capacidad de culpabilidad, puesto que los actos que realizó fueron determinados por los estímulos que motivaban al acusado a proceder en la forma como lo efectuó.

Por ello, debe ser apreciada la exención incompleta de responsabilidad que prevé el artículo 21.1 en relación con el 20.1 del Código Penal, casando y anulando parcialmente la Sentencia de instancia, estimando el motivo que se analiza, dictándose a continuación la procedente.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

## ARTÍCULO 20.2

*Drogadicción: posibilidad de apreciar eximente completa, eximente incompleta o atenuante según los casos: doctrina jurisprudencial*

Sexto. (...) La jurisprudencia de esta Sala ha examinado, en reiteradas ocasiones, las distintas posibilidades que ofrece el Código Penal al drogodependiente que ha cometido un hecho delictivo, a los efectos de apreciar una circunstancia que elimine o disminuya su responsabilidad criminal. Doctrina jurisprudencial que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) Eximente por intoxicación plena. Esta exención de la responsabilidad penal viene prevista en el número 2.º del artículo 20 CP y se refiere a quien se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (efecto psicológico).

Para que los efectos sobre la responsabilidad puedan alcanzar un carácter extintivo se requiere, pues, que se produzca una intoxicación plena o que el sujeto obre bajo un síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas que, en ambos casos, anule su capacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión. Señalándose en la Sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 1997 que podrá apreciarse la eximente completa en supuestos de extraordinaria dependencia psíquica y física del sujeto agente que elimine totalmente sus facultades de inhibición o cuando el agente se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, en sentido estricto, propio o agudo, de manera que se encuentre impedido para conocer la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa pretensión.

b) Eximente incompleta por drogadicción. Cuando el sujeto obra bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas pero sin que esté totalmente anulada su capacidad de culpabilidad, pues puede resistirse a la comisión del hecho delictivo, aunque con gravísimas dificultades para ello. Supuesto en los que su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión está sensiblemente disminuida o alterada (STS de 22 de mayo de 1998). Y también puede venir determinada dicha eximente incompleta bien por la gravedad de los efectos que provoca la adicción a determinadas drogas (y concretamente a la heroína), cuando es prolongada, o reciente pero muy intensa, bien en aquellos casos en que la drogodependencia se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997).

Y la Sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acom-

pañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, sida), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

c) Atenuante por drogadicción. El artículo 21.2 CP incluye entre las circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada «a causa» de aquélla.

El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esa adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

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

Y es asimismo doctrina reiterada de esta Sala —cfr. SSTS de 31 mayo 1995 y 9 febrero 1996—, que no basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia del consumo de las drogas en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Conforme a la doctrina que se deja expresada y a lo dicho sobre la drogodependencia de los acusados en esta causa, aparece correcta la decisión del Tribunal de instancia de no apreciar la eximente incompleta o la atenuante postulada.

(Sentencia de 16 octubre 2000)

## ARTÍCULO 20.4

*Exceso del medio utilizado para defenderse (disparar contra los que, desarmados, pretendían entrar en su casa): eximente incompleta*

Cuarto. El cuarto motivo, por el mismo cauce casacional que el anterior, denuncia la infracción del artículo 20.4.º del Código Penal, «por su inaplicación, al no considerar la existencia de la circunstancia eximente de legítima defensa y tan sólo aplicarla como atenuante del artículo 21.1.ª, o eximente incompleta».

La Sala de instancia únicamente apreció en la conducta del acusado la concurrencia de la atenuante 1.ª del artículo 21 «por falta del requisito segundo, necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión, del núm. 4 del artículo 20, concurriendo los otros dos de agresión ilegítima, (...), así como la falta de provocación suficiente».

Al lado de la agresión ilegítima –requisito ineludible en todas las modalidades de legítima defensa–, la racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla, que se traduce en la necesidad de que el agredido utilice para su defensa un medio proporcionado al ataque temido o repelido, cuestión que deberá examinarse tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo (véase Sentencia de 16 de diciembre de 1991), a cuyo objeto habrán de tenerse en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico puesto en peligro y la propia naturaleza humana (véase Sentencia de 6 de junio de 1989), con la consecuencia de que «si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio», que debe traducirse en la estimación de una eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21 del Código Penal (véase Sentencia de 10 de octubre de 1996), como ha hecho el Tribunal de instancia en una decisión que debe estimarse ajustada a derecho, por cuanto el empleo de un arma por el acusado –disparando contra los que pretendían penetrar en su casa– cuando no consta que los mismos llevasen armas de ningún tipo, y pudieron ser disuadidos de llevar a cabo sus propósitos con un simple disparo al aire, debe calificarse de reacción desproporcionada. Cosa distinta es que si, tras un disparo intimidatorio, de advertencia, efectuado al aire, los individuos de referencia hubiesen proseguido en sus propósitos dando muestras de una firme decisión de asaltar la morada del acusado; pues, en tal caso, pudiera estar justificada una respuesta más contundente por parte de éste.

Por todo lo dicho, el motivo no puede prosperar y debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 febrero 2000)

*Legítima defensa putativa: falta de agresión ilegítima. Penalidad*

Único. Un único motivo conforma el recurso formalizado por el condenado como autor de un delito de lesiones a la pena de 9 meses de prisión. Bajo el amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se denuncia infracción, por aplicación indebida del artículo 21-1.º en relación con el artículo 20-4.º del Código Pe-

nal y consecuente inaplicación del precedente precepto y apartado (legítima defensa) en su modalidad de eximente completa.

La combatida –por un evidente error material– acuerda en su parte dispositiva una condena «sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» no obstante apreciar la eximente incompleta de legítima defensa y justificar su operatividad atenuatoria penológica en el inciso final del fundamento jurídico tercero y en el fundamento jurídico cuarto.

Detectada, e implícitamente corregida tal incorrección, no existe inconveniente alguno para analizar la controversia que, en torno a la referida circunstancia, en este trance reabre el recurrente, siempre que, desde luego, la perspectiva analítica tome como exclusiva referencia –dada la vía casacional elegida– el integral contenido del *factum* sin desviarse hacia hipótesis fácticas no reflejadas en dicha narración o centrada en consideraciones valorativas de los razonamientos de la fundamentación jurídica de la combatida y no en las afirmaciones de hecho, también contenidas en aquélla.

Con una habilidosa dialéctica, que presenta como contradictoria la justificación que el Tribunal «a quo» ofrece en el citado fundamento jurídico tercero, el recurrente afirma que si la Sentencia estimó una eximente incompleta, es porque entendió que no concurría alguno de los requisitos que la configuran y que, exigiéndose siempre la agresión ilegítima y, por tanto, no pudiendo faltar ésta, al no detectarse la ausencia de los demás requisitos, se debió estimar legítima defensa completa. Aseveración tan contundente que se corresponde con la línea argumental desarrollada en el recurso en la que, asimismo, y en el comprensible seno de una estrategia defensiva a ultranza, se insiste en considerar la conducta del acusado como una conducta reactiva frente a la actitud del agresor inicial que crea un peligro real y objetivo, con potencia de daño, actual, inminente e ilegítimo; una agresión seria e intensa, justificadora de la reacción defensiva necesaria por parte del acusado, va seguida de la descalificación del posicionamiento del Ministerio Público, tachándolo –exagerada pero respetuosamente– de fraudulento por introducir en el debate casacional la cuestión del error que, en todo caso, no sería de prohibición, sino de tipo (ambas posturas tienen reflejo jurisprudencial).

Es cierto que la construcción atenuatoria de la recurrida responde a un preciso designio de reconducir a términos de proporcionalidad la respuesta punitiva que merece el suceso enjuiciado y que en ese recorrido dialéctico se detectan deficiencias expositivas de naturaleza instrumental. Mas de ahí a transformar en esenciales éstos para, eludiendo la realidad y características del ataque, excluir definitivamente toda responsabilidad mediante el juego de la eximente completa de legítima defensa, va un largo trecho con obstáculos insalvables como es el de que en la Sentencia recurrida, ni en sus hechos probados ni en sus fundamentos jurídicos, se describe dicho esencial requisito de agresión ilegítima por ser totalmente inexistente. Por otra parte, también se afirma que el acusado, «por así decirlo, se adelantó» y luego que la actitud provocadora y arrogante determinó la «reacción defensiva» de aquél, para añadir finalmente, como conclusión, que, del contexto y circunstancias concurrentes en el hecho, se estima procedente aplicar la eximente incompleta.

Tal estructura expositiva se reconduce a vislumbrar una situación de agresión temida –legítima defensa putativa– que, sin decantarse expresamente por el juego del error, operativamente produce similar efecto atenuatorio, en tanto que –así se

refleja en el fundamento jurídico cuarto— la pena se rebaja en dos grados. Verdad es que el rigor expositivo de tal composición argumental no puede considerarse exhaustivo, pero sí está dentro de las cotas de ponderada valoración de las circunstancias concurrentes en la situación descrita y explica la fórmula punitiva adoptada —que por cierto resulta menor incluso que alguna de las propuestas alternativamente por la defensa del acusado— en términos que permiten su homologación por rechazo de la pretensión recurrente.

(Sentencia de 18 octubre 2000)

## ARTÍCULO 20.5

*Estado de necesidad: requisitos. Frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica no se puede contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que el tráfico de drogas conlleva*

Segundo. (...) El estado de necesidad, como circunstancia eximente, semielementalmente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la Jurisprudencia pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito (STS de 26 de enero de 1999).

Las SSTs de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 enero, 9 y 27 abril 1998, y 20 mayo 1999, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: *a)* pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, *b)* necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, *c)* que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, *d)* que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, *e)* que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, in-

minente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (ver la Sentencia de 14 de octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar.

De ahí que la Jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico –Sentencia Tribunal Supremo 292/1998, de 27 de marzo.

No puede estimarse como circunstancia atenuatoria –análoga de estado de necesidad– para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito –cfr. Tribunal Supremo, Sentencias de 6 julio y 1 octubre 1999.

No acreditado, pues, la concurrencia de los requisitos expuestos, el motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 24 enero 2000)

### *Supuestos de transporte de droga por dificultades económicas del acusado o familiares: criterio jurisprudencial*

Tercero. El segundo motivo, formalizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 21.1 en relación con el 20.5 del Código Penal. La Sentencia recurrida entiende que la acusada se encontraba «sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores».

La jurisprudencia de esta Sala tiene una línea establecida de forma constante sobre el aspecto debatido en esta litis. A propósito de la penuria económica en viajes de ultramar con objeto de conseguir numerario suficiente, como contraprestación a tal traslado con objeto de difusión de sustancias estupefacientes, particularmente cocaína, con la finalidad de atenuar determinadas situaciones personales, como graves apuros económicos, o enfermedades de hijos o familiares muy cercanos, la jurisprudencia se ha decantado en sentido negativo, señalando (STS de 1 de octubre de 1999) que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante análoga, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia, pues no en balde se trata de una situación límite en la que el

equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito –STS de 26 enero 1999–. Las SSTS de 29 de mayo de 1997, 14 de octubre de 1996, 23 enero, 9 y 27 abril 1998 y 20 mayo 1999, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: *a)* pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, *b)* necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, *c)* que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, *d)* que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, y *e)* que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. Mas en cualquier caso, frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (STS de 14 de octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar. De ahí que la jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico –STS de 27 de marzo de 1998–. En consecuencia, no puede estimarse como circunstancia atenuatoria ni eximente de estado de necesidad para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trate, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícitos – STS de 6 julio 1999.

Resoluciones jurisprudenciales, como la que acabamos de transcribir, son reiteradas en esta materia. Así, la STS de 23 de enero de 1998, declaró que el tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como «duras», constituye ac-

tualmente uno de los más graves males sociales, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo (en este caso se trataba de cocaína) está causando en la sociedad moderna, llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas, y originando por tanto situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales. No cabe, pues, hablar de que el mal causado es igual o inferior a lo que se dice se quería evitar. La situación descrita en el *factum* recurrido es lamentable como se ha indicado, pero también es genérica, porque puede ser apreciada en otros muchos casos. La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias.

La STS de 5 de octubre de 1998, destaca lo siguiente: «en el presente caso el mal a evitar no era otro que la situación de grave penuria en que se encontraba la acusada, con directa repercusión sobre sus hijos (numerosos y pequeños, dice la Sentencia, sin especificar ni cuántos ni de qué edades), pero no cabe duda alguna que el tráfico de drogas como la heroína y la cocaína con las que traficaba la acusada constituyen actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica como la que se describe en la Sentencia, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba la acusada. Por lo que al elemento de la “necesidad” se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

La STS de 4 de diciembre de 1998, dice que no se puede desconocer que en una escala de valores la difusión de la droga cause un mal de la mayor importancia habida cuenta que afecta a la salud pública de los consumidores, mal de superior entidad que el derivado de las dificultades para atender a las necesidades domésticas. O la de 22 de septiembre de 1999: la doctrina de esta Sala ha insistido en decisiones recientes en subrayar que, en el caso de tráfico ilícito de drogas, la situación de penuria y dificultad económica del agente no es mal equiparable al que con el tráfico se produce en la sociedad (SSTS de 15 de septiembre, 3 y 30 de octubre y 14 de diciembre de 1998), por lo que ha rechazado su apreciación con efectos de atenuación, aun meramente analógica. La STS de 1-10-1999 expresa que la situación económica que se describe por el recurrente no puede servir de escudo para legitimar de algún modo, directo o indirecto, una actividad tan ilegal y reprochable como el tráfico de drogas. La estimación del estado de necesidad debe suponer siempre la consideración de una última *ratio* como forma de solucionar o paliar, al

menos, un acuciante y grave problema que, por sus caracteres e inminencia, no permite dilaciones o aplazamientos en su solución. La situación a que se alude es tan genérica que, demandando una esmerada atención social, no cabe pensar en un generalizado tratamiento indulgente para el infractor traficante, habida cuenta de las consecuencias que ello habría de conllevar. En dicha línea se hallan, entre otras, las SSTS de 8 de junio y 30 de septiembre de 1994 y 28 de marzo y 8 y 14 de octubre de 1996. No ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor, por muy agobiante que sea este problema; de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en nuestra sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea. Además, entender lo contrario, ha dicho reiteradamente esta Sala, sería tanto como abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semiimpunidad de los que realizan estas detestables acciones, entre cuyas resoluciones destacan, las de 23 de enero y 27 de abril de 1998. En igual sentido la de 10 de marzo de 1998. Y la de 22 de septiembre de 1999, ha insistido en subrayar que, en el caso de tráfico ilícito de drogas, la situación de penuria y dificultad económica del agente no es mal equiparable al que con el tráfico se produce en la sociedad (SSTS de 15 de septiembre, 3 y 30 de octubre y 14 de diciembre de 1998), por lo que ha rechazado su apreciación con efectos incluso de atenuación, aun meramente analógica.

La STS de 13 de septiembre de 1999, señala que aunque la estrechez económica permite, por sí, acudir al estado de necesidad (SSTS de 4 de mayo de 1992 y 30 de abril de 1991, entre otras muchas), en cualquier caso, el agotamiento en la búsqueda de otros remedios, incluso de carácter asistencial, no está acreditado. El tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como aquellas que causan grave daño a la salud, constituye actualmente uno de los más graves males sociales, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo (en este caso se trataba de cocaína) está causando en la sociedad moderna, llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas, y originando por tanto situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior a lo que se dice se quería evitar. En este mismo sentido, las SSTS de 22 de junio y 11 de octubre de 1999. A tal efecto, la de 6 de julio de 1999, destaca que realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela. De ahí que la jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico –STS de 27 de marzo de 1998–, añadiendo que no puede estimarse como circunstancia atenuatoria –analógica de estado de necesidad– para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito. Igualmente la de 7 de junio de 1999 o el Auto de esta Sala de 28 de abril de 1999, terminando por argumentar la

de 20 de mayo de 1999, que no puede estimarse como circunstancia atenuatoria efectuar un viaje a América con la finalidad de transportar cocaína por el mero hecho de encontrarse en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que tratan de subsanarla por otros medios de carácter más lícito.

A la vista de la doctrina que se deja expuesta, suficientemente consolidada, debe estimarse igualmente también este segundo motivo. Efectivamente, del relato histórico de la Sentencia impugnada resultan dos apartados: el primero expone que la acusada es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita «que ha requerido distintas intervenciones médicas»; por el segundo se relata que la procesada, cuando tomó la decisión de transportar la droga, se encontraba sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores. Es evidente que, aparte de no describirse la naturaleza de la enfermedad sino por referencias genéricas, ni tampoco precisarse qué tipo de intervenciones facultativas ha requerido, diciendo solamente que «médicas», no sabemos si también «quirúrgicas», es lo cierto que las mismas se han practicado, dando una respuesta terapéutica a la enfermedad padecida, sea ésta de la naturaleza que sea, que tampoco consta en el *factum*. De modo que la obtención del dinero conseguido para lograr los fines difusores de la droga, no está directamente conectada por la Sala de instancia con tal finalidad, sino con la de paliar «una situación de penuria económica» que le permita obtener medios económicos suficientes para atender a su subsistencia y la de sus hijos menores. Para evitar esa «precariedad económica», se acude al transporte de droga del tipo de la que fue incautada a la acusada, cocaína, que, también según se resalta en el *factum* por la Sala de instancia, dicha «sustancia intervenida causa grave daño a la salud y ha de considerarse de extraordinaria importancia por su cuantía». Ante ello no podemos sino reproducir los argumentos más arriba expuestos, en donde la jurisprudencia resalta que ese «grave daño a la salud» que proclama el Tribunal sentenciador no puede servir para amparar una situación de estado de necesidad, por la naturaleza precisamente de los males que se ponen en juego, pues este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en la sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea. Por consiguiente, se estima igualmente este segundo motivo, procediendo dictar a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

(Sentencia de 24 julio 2000)

*Requisitos del estado de necesidad: traficar con droga para poder operar a hijo: eximente incompleta*

Segundo. Por la jurisprudencia (SSTS de 5-12-1994, 14-10-1996, 29-5-1997 y 20-5-1999), se han fijado como requisitos que deben concurrir para poderse estimar el estado de necesidad como eximente, los cinco siguientes, según literal-

mente se exponen en la última de las Sentencias citadas: *a*) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro o riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarla; *b*) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; *c*) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor o menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; *d*) que el sujeto que obra en ese estado de necesidad, no haya provocado intencionadamente tal situación; y *e*) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

El mal originador del estado de necesidad puede irse produciendo poco a poco, es decir, fraguándose con el tiempo, aunque en esa evolución ha de llegar un momento en que se produzca un agobio tal que hace inminente remediarla (STS de 8-10-1996). La penuria económica sólo integrará estado de necesidad, cuando determine la pérdida, falta o disminución de bienes básicos, como alimentos, vivienda, asistencia médica, según la STS de 14-12-1998.

La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 28-10-1996, de 5-10-1998 y de 20-10-1998) ha considerado que el estado de necesidad integra semieximente cuando el mal causado por el delito es mínimamente menor que el que se trata de evitar y se aprecia en la situación del agente comisor una necesidad muy poderosa para realizar la acción.

También se ha admitido por esta Sala la semieximente de estado de necesidad cuando no consta que el comisor del delito hubiese agotado previamente todos los medios de que disponía para remediar el mal que le amenazaba y que trató de evitar mediante la perpetración de la infracción punitiva (SSTS de 8-6-1994 y de 23-10-1995).

En relación al delito de tráfico de drogas, el criterio de esta Sala es muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa o incompleta en virtud del estado de necesidad. No se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penuria económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual o inminente del traficante, y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios (SSTS de 28-3-1996, de 8-10-1996, de 14-10-1996 y de 15-9-1998).

Excepcionalmente, se ha admitido el estado de necesidad como semieximente en el supuesto del que necesitaba apremiantemente dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica, imprescindible para salvar la vida de su hijo, y acudía para tratar de conseguir dinero al tráfico de drogas (STS de 8-6-1994).

Tercero. Con base en la doctrina expuesta en el precedente «fundamento de derecho», y principalmente en la derivada de la última Sentencia citada de 8-6-1994, y con apoyo en las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida contenidas en el apartado segundo del relato de hechos probados, el recurso del Fiscal debe desestimarse.

En las citadas conclusiones fácticas se expresa que el hijo de la procesada necesitaba de una urgente operación quirúrgica, sin que ella hubiera podido hacer

frente a la intervención, por su precaria situación económica, por lo que Sandra Isabel se había visto obligada a realizar el viaje a España transportando los 465 gramos de cocaína, por cuyo porte cobró un precio superior a los novecientos dólares.

En base a tales datos fácticos, que deben ser respetados por la Sala, se infiere que concurren en el supuesto de autos los requisitos del estado de necesidad en su modalidad incompleta, apreciado por el Tribunal de instancia, ya que al hijo de la procesada, de nueve años de edad, y a cargo de ella, le amenazaba un mal para la vida o por lo menos para la salud, lo que se deduce de la afirmación del *factum* de que necesitaba una urgente operación, y para evitar el mal que amenazaba gravemente al niño, era preciso una intervención quirúrgica, que costaba un precio, que no podía abonar Sandra Isabel, que podía obtener el dinero necesario para abonar la operación, con el que consiguiera como precio de su participación en la trada a España desde Bogotá de una partida de cerca de medio kilo de cocaína.

Hubo un mal actual e inminente, que era el que amenazaba a la salud del hijo de Sandra Isabel.

Para evitar el mal era necesario llevar a efecto la acción delictiva de tráfico de drogas, para conseguir el dinero preciso para pagar la intervención quirúrgica. Se cumplió el requisito de la inevitabilidad, aunque no se acreditase de forma total el agotamiento de todos los medios precisos para remediar el mal antes de entrar en la actuación delictiva.

El mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona, podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas.

La situación de necesidad no fue obviamente provocada y la acusada no tenía obligación de sacrificarse por razón de cargo u oficio.

El Ministerio Fiscal en el recurso entiende que el requisito de la gravedad, actualidad e inminencia del mal no se dio en el supuesto enjuiciado, dado que el relato fáctico y el Fundamento Primero revelan que la enfermedad del hijo de la procesada, que tenía nueve años en la fecha de autos, se manifestó a los pocos meses de nacer y estaba sujeta a un tratamiento, que se había abandonado hace años. Estima el recurrente que de tales datos no cabe inferir que la enfermedad respiratoria comportase un riesgo para la vida del niño. Pero lo cierto, según se alegó en párrafos anteriores, es que en la narración histórica de la Sentencia recurrida se afirma que el hijo de Sandra Isabel necesitaba una urgente operación quirúrgica, y tal afirmación implicaba que al niño le amenazaba un mal para la salud grave e inminente.

(Sentencia de 30 octubre 2000)

## ARTÍCULO 20.6

### *Miedo insuperable: doctrina general*

Segundo. Por la vía del artículo 849.1 LECrim se alega en este segundo motivo casacional la falta de aplicación de la eximente completa o, subsidiariamente, de la eximente incompleta, de miedo insuperable.

a) La circunstancia de miedo insuperable se sitúa entre las que se comprenden en el principio de «no exigibilidad de una conducta distinta», como llamadas «causas de exculpación» o «de disculpa», y, en definitiva, atiende al estado de perturbación anímica o de lucidez mental que supone la vivencia de un miedo.

b) La eximente incompleta de miedo ha de ser a virtud de un estímulo real, grave, cierto, conocido e inminente, sin que quepa estimarlo por analogía, pues no se ha establecido de modo concluyente la semejanza entre ambas circunstancias, la atenuante y la analógica (*vid.*, en tal sentido, STS de 8 noviembre 1993). Igualmente, la eximente incompleta de miedo ha de ser «a virtud de un estímulo real, grave, cierto, conocido e inminente, sin que quepa estimarlo por analogía, pues no se ha establecido de modo concluyente la semejanza entre ambas circunstancias, la atenuante y la analógica» (STS de 8 noviembre 1993).

c) Esta circunstancia requiere para su apreciación: a) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de la voluntad del individuo; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta; d) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, y e) que el miedo sea el único móvil de la acción (*vid.*, entre otras, SSTS de 12 junio 1991, 19 mayo, 30 septiembre y 18 y 27 octubre 1993, 19 julio y 27 septiembre 1994, 2 diciembre 1995 y 6 mayo 1997). Igualmente, es criterio jurisprudencial para su apreciación que produzca la práctica anulación de la voluntad que se mueve a impulsos del propio temor o pánico y que el miedo sea el móvil único de la acción que como delito se persigue (*vid.* SSTS de 12 junio, 10 octubre 1991 y 9 marzo 1998).

d) Inalterado el relato de hechos probados, dada la vía casacional elegida, necesariamente decaen, en el caso, las posibilidades de éxito del recurso. En efecto, el miedo insuperable, que debe provenir –conforme a la doctrina jurisprudencial citada– de un mal real, conocido, cierto e inminente, debe sobrepasar, para ser causa de exclusión de la responsabilidad criminal, los límites del terror corriente, colocando al sujeto que lo sufra en situación de anulación de su voluntad, y tal mal carece, en el caso, de toda cimentación racional y sería, pues no consta acreditado en la narración fáctica que el acusado estuviera sujeto a amenaza alguna, recogiendo en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de la instancia que no existió prueba alguna acerca de los elementos esenciales necesarios para la concurrencia de la citada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, antes al contrario, puesto que la acusada si tal miedo sentía, podía fácilmente evitar la situación, negándose a acudir al Centro penitenciario o denunciando las presiones a los funcionarios de tal Centro.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 884.3.º y 885.1.º y 2.º LECrim, procede acordar la inadmisión del motivo casacional alegado.

(Auto de 11 febrero 2000)

*Compatibilidad del miedo insuperable con la legítima defensa. Miedo insuperable que justifica un exceso intensivo de la defensa (verse rodeado y con acompañante cogida por el cuello)*

Tercero. Para su análisis, hemos de partir, como hemos expuesto, de los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia, particularmente en aquellos aspectos nucleares de la acción que sirven para su calificación jurídica, y que se refieren al acometimiento imprevisto e inopinado del que es objeto el procesado el día 1 de diciembre de 1996, sobre las 5.30 horas, cuando salía de un pub sito en la calle Barquillo de Madrid, en unión de la joven llamada Valle F. C., siendo primeramente increpados a causa de las prendas que vestían, de estética «punk», mostrando una actitud agresiva y realizando comentarios despectivos sobre tal vestimenta, tales como «mira a los cerdos éstos», y después, en grupo de seis, todos ellos con diversas ingestas alcohólicas, a los que se unieron dos o tres amigos más, de forma imprevista, y sin que hubiera habido ningún incidente previo, inmotivadamente, como dice la Sala sentenciadora, pasaron a acometer a Rafael B. con «golpes, patadas y empujones», intentando Valle evitar la agresión, momento en que fue sujeta por el cuello y apartada del lugar por personas del grupo atacante, entre las que se encontraban Alberto G. H. y Roberto Daniel I. P., y rodeando todos a Rafael, momento en que éste, temiendo por su vida y en actitud defensiva, sacó una navaja que portaba, de ocho centímetros de hoja, y propinó dos puñaladas a Roberto, que le produjeron diversas lesiones, una de ellas muy grave, ya que si no se le hubiera intervenido quirúrgicamente le hubiera producido la muerte, y otra más a Alberto G., en el lado izquierdo de la región epigástrica a la altura de la séptima costilla izquierda, que penetró en la cavidad torácica, alcanzando el borde derecho del corazón, produciéndole la muerte inmediatamente.

Cuarto. La Sentencia de instancia razona la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa en función de la racionalidad del medio o proporcionalidad entre el ataque y la defensa, expresando que Rafael utilizó para su defensa el único instrumento que tenía a su alcance, la señalada navaja, produciendo las graves consecuencias que se dejan expuestas, no pudiéndosele exigir reflexión ni serenidad para escoger los medios de defensa, y es claro que, en el caso de autos, el procesado no contaba con más medios defensivos que la navaja que portaba, y estaba rodeado por un grupo muy numeroso de agresores, que con patadas, empujones y golpes de todo tipo le intimidaron a tal punto que produjo, como dice la Sentencia, «perturbación anímica». Como ha señalado esta Sala, no se puede exigir al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa, en ese momento concreto en el que se ha de decidir incluso la modalidad defensiva que muchas veces no será la más benévola (SSTS de 29 de enero de 1998 y 30 de enero de 1998). Ahora bien, la Sala sentenciadora no aplicó la eximente como completa en razón de que hubo un «exceso intensivo» en la reacción de Rafael, pues se excedió en la misma, ya que «realmente no hubo grave peligro para su vida o integridad física (aun cuando él pensara lo contrario)», dado el gran ímpetu en la intensidad de las puñaladas. La finalidad de la legítima defensa, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, reside, en definitiva, en evitar el ataque actual e inminente, ilegítimo, que sufre quien se defiende justificadamente y protege con él su vida. La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fun-

dada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), desde el momento que el primero se contenta con la intercepción o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

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

Cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala de 30 marzo, 26 abril 1993, 5 y 11 abril, 15 diciembre 1995 y 4 diciembre 1997, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*.

Quinto. Respecto al caso que aquí se examina, pueden hacerse las siguientes consideraciones: 1.º) La necesidad de la defensa para oponerse a la ilícita agresión, que lógicamente no debe considerarse en términos absolutos, sino relativos en atención a las circunstancias del caso. Esta necesidad existió en tanto que el procesado se vio rodeado de un grupo de personas en actitud hostil y agresora, dando golpes y empujones, y temiendo por su vida, hubo de defenderse. 2.º) La subsidiaridad, sería un segundo elemento, en el sentido de que los medios escogidos sean los más practicables y menos perjudiciales, lo que para la jurisprudencia citada, será innegable cuando es el único de que se dispone; así sucedió en este caso en que el acusado no disponía de otras armas que la navaja tantas veces citada, de-

biendo hacer uso de ella para defenderse, ante el ilegítimo ataque del que fue objeto, temiendo por su vida, y con la joven que le acompañaba cogida por el cuello, sin que tuviera otra posibilidad de defenderse. 3.º) Por último, el elemento de proporcionalidad, significa dicha proporcionalidad entre los medios de ataque y defensa, y que exige un análisis razonable y flexible de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, atendiendo además a las reglas de la común experiencia, pues la alusión a la racionalidad excluye las reglas predeterminadas y ajenas a la situación que vive el defensor. Aquí estimamos, como así lo hizo la Sala sentenciadora, que existe un exceso intensivo en la defensa, por la repetición de las puñaladas, la intensidad de las mismas y el lugar al que fueron dirigidas. Ahora bien, ese exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida, en una situación límite como la padecida por el procesado, o bien puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo, si hubiera elementos para su estimación. La Sala sentenciadora lo consideró incompatible con la eximente incompleta de legítima defensa, que postula y aplica. Esta tesis no es compartida, en el seno de este recurso, ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular, quienes conciben con el recurrente en su compatibilidad dogmática. Desde la vieja Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1922, se relaciona el miedo insuperable con la legítima defensa. La diferencia estriba en que la legítima defensa requiere de una agresión actual de la que se deriva un peligro inminente y el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio (Sentencia de 21 de febrero de 1936). La Sentencia de 30 de octubre de 1985 nos dice que la inadecuación del medio reporta la simple aplicación de la eximente incompleta, a no ser que la presencia del miedo insuperable preste cobertura para alcanzar el total grado exonerativo. La doctrina científica como la jurisprudencia lo han reputado causa de inimputabilidad, inexigibilidad de otra conducta distinta, o, incluso, faz negativa de la acción –Sentencias de 26 octubre 1982 y 2 noviembre 1988–, incluso no ha faltado la conceptualización mixta de inexigibilidad y un estado de inimputabilidad –Sentencia de 3 marzo 1987–. La estimación como causa de inimputabilidad se ha fundamentado en la anulación de la voluntad del agente –SSTS de 15 febrero 1890, 9 enero 1903, 12 marzo 1941, 14 abril 1943, 10 marzo 1947, 8 junio 1951, 27 febrero 1954, 23 junio 1955, 20 marzo 1958, 6 abril 1961, 23 enero 1967, 28 marzo 1968, 12 febrero 1981, 15 junio 1982 y 12 junio 1991– pero, en otras ocasiones se ha atendido a la producción de un efecto psicológico de inimputabilidad en la persona –SSTS de 4 julio 1940, 23 junio 1955, 20 marzo 1958, 23 enero 1967, 8 noviembre 1968, 26 mayo 1983, 20 abril 1985, 25 marzo 1986, 29 abril 1988, 2 octubre 1990 y 12 junio 1991–. La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: *a)* La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. *b)* Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. *c)* Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes, y *d)* Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción –SSTS de 6 marzo y 26 octubre

1982, 26 mayo 1983, 26 febrero y 14 marzo 1986, 16 junio 1987, 21 septiembre y 16 diciembre 1988, 6 marzo y 29 septiembre 1989 y 12 julio 1991-. Ya no se exige por el Código Penal en vigor la comparación intensiva de los males.

Sexto. En el caso enjuiciado, y conforme a la citada Sentencia de 2 de octubre de 1981, no pocas veces el exceso defensivo, aun conscientemente realizado (a diferencia del error en que la actuación es inconsciente, con posibilidad de generar culpa –error vencible– o irresponsabilidad penal –error invencible–), puede ser cubierto por un estado pasional asténico –del que es prototipo el miedo– hasta el punto de ser harto frecuente tal concurrencia emotiva en el defensor que se ve envuelto en el difícil trance de medir y calibrar su reacción frente al ataque, supuesto que no sólo se ha estimado plausible en el plano psicológico, sino que se ha transportado al plano legislativo tanto en los Códigos de corte clásico, como en otros de moderna factura, y que, por lo mismo, lo encontramos recogido en nuestra jurisprudencia desde las Sentencias de 12 de febrero de 1936 y 22 de diciembre de 1947. Y del *factum* de la Sentencia combatida encontramos dibujados rasgos de donde deducir tanto el error (el procesado pensaba que corría grave peligro tanto su vida como su integridad física: temía por su vida, se dice abiertamente), como el miedo («dada su perturbación anímica por la agresión ilegítima», integrado en los fundamentos jurídicos), que nos llevan a considerar el pánico que corrió como consecuencia del ataque plural y del acorralamiento del que fue objeto, temiendo por su vida, mientras era golpeado y su acompañante cogida por el cuello, para evitar toda clase de defensa, incluso la petición de auxilio a terceras personas, y en dicho estado de «perturbación anímica», como dice la Sentencia recurrida, los excesos defensivos deben ser cubiertos por este estado pasional, siendo dicho temor de carácter insuperable, dadas las circunstancias concurrentes, tanto de carácter objetivo (acorralamiento violento e inmotivado), como subjetivas (en la resolución recurrida se expone su contrastado carácter pacífico), y dominado por el pánico, sus excesos defensivos pueden ser cobijados por la eximente referida, ya que todos esos acontecimientos tienen fuerza genérica más que suficiente para desatar el miedo al menos en su situación de angustia lindante con el pánico en que la dirección de la conducta comienza a ser ya automática y próxima a la inhibición volitiva, bastante para fundar la inculpabilidad o inexigibilidad de otra conducta. Se estima este motivo del recurso, y con él, se casa y anula la Sentencia recurrida, dictándose a continuación otra en la que se absuelve al procesado, sin que proceda ya analizar el recurso planteado por la acusación particular.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

## ARTÍCULO 21.2

*Posibilidad de aplicar medida de seguridad a los supuestos de atenuante de grave adicción a drogas, pese a no estar prevista esta posibilidad en el CP*

Segundo. (...) 2.–El motivo debe ser estimado. El nuevo Código Penal aborda la incidencia de las drogas tóxicas o estupefacientes desde distintas situaciones a las que se corresponden distintas consecuencias.

El examen de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal permite comprobar que son dos los presupuestos que deben ser comprobados. De una parte, la existencia de un presupuesto biopatológico que debe concretarse en un estado de intoxicación, en un síndrome de abstinencia resultante de la carencia, o en una grave adicción. En su determinación las pruebas periciales son básicas para afirmar la existencia de su necesaria concurrencia. De otra parte, el presupuesto psicológico, que se concreta en la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto, la de actuar conforme a esa comprensión, o la de actuar a causa de la grave adicción, esto es, en este supuesto la adicción se relaciona con la actuación delictiva. También en su acreditación, la prueba pericial es determinante. En el supuesto de la atenuante del número 2 del artículo 21 «actuar el culpable a causa de su grave adicción», lo determinante es la constatación de la grave adicción, presupuesto biopatológico, y la relación de causalidad que predica el tipo de la atenuación.

En la circunstancia de atenuación el legislador ha dado carta de naturaleza a la jurisprudencia de esta Sala que señalaba que el adicto a sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud de larga duración, por el hecho de padecerla, ya presenta unas graves alteraciones psíquicas «en la medida en que esa adicción genera una actuación delictiva que se realiza sobre una concreta dinámica comisiva». El legislador contempla en este supuesto a la denominada delincuencia funcional en el que la adicción prolongada y grave lleva a la comisión de hechos delictivos, normalmente contra el patrimonio, con la finalidad de procurar medios con los que satisfacer las necesidades de la adicción. De alguna manera el presupuesto biológico y el psicológico convergen en la declaración de grave adicción. En este sentido, hemos declarado que la grave adicción daña y deteriora las facultades psíquicas del sujeto que la padece, se integra como una alteración psíquica de la personalidad con entidad suficiente para la aplicación de la atenuación, pues esa grave adicción incorpora en su propia expresión una alteración evidente de la personalidad merecedora de un menor reproche penal y de la aplicación, si procede, de las medidas que el Código contempla para potenciar la deshabitación, bien como substitutivos penales, bien en ejecución de la penalidad impuesta.

Acorde a lo anteriormente expuesto, el Código contempla la incidencia de la drogadicción en la responsabilidad penal bajo las siguientes alternativas: eximente, cuando el sujeto, por intoxicación plena o bajo los efectos del síndrome de abstinencia, carezca de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De eximente incompleta, bajo los mismos presupuestos de la eximente si no concurren los requisitos para la exención, es decir, si el presupuesto psicológico determina una merma o reducción importante de las capacidades para comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión. La atenuante contempla los supuestos de grave adicción, afectante en los términos vistos de las facultades psíquicas del sujeto que ve compelida su voluntad a la producción de determinados hechos delictivos (cfr. SSTS de 31-7-1998, 23-11-1998; 27-9-1999 y 20-1-2000).

3.-La constatación de una adicción a opiáceos de doce años de evolución y determinante de un síndrome de abstinencia en un ingreso penitenciario reciente y anterior a los hechos, un robo con intimidación, permite la aplicación de la circunstancia de atenuación de grave adicción, por lo que el motivo debe ser estimado.

4.-Conviene señalar en este apartado que el legislador del Código Penal de 1995, que contiene una regulación importante del sistema vicarial en la regulación

de las consecuencias jurídicas correspondientes al hecho delictivo, ha olvidado contemplar una respuesta específica para el autor de un hecho delictivo bajo la concurrencia de una grave adicción que se integra en la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal. En efecto, los artículos 101 a 104 del Código Penal prevén específicas medidas de seguridad para adecuar la consecuencia jurídica correspondiente al delito con la culpabilidad del autor, estableciendo, con la amplitud necesaria para la multiplicidad de situaciones que pueden concurrir, un abanico de medidas tendentes a procurar la rehabilitación y reinserción del autor con su culpabilidad extinguida o reducida. Sin embargo, el Código no lo prevé, específicamente, para la situación de atenuación derivada de una adicción grave causal al delito cometido.

La jurisprudencia de esta Sala, con anterioridad a la vigencia del Código de 1995, había declarado que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo artículo 9.10 en relación con los artículos 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (SSTS de 13-6-1990 y 15-9-1993), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

La ausencia de una específica previsión normativa con relación a estimaciones en las que se encuentran personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción, respecto a las que hemos declarado tienen sus facultades psíquicas deterioradas y a las que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el artículo 25 de la Constitución nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, como señalamos en la STS de 13-6-1990 «sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley Penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción». Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 del Código Penal puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del artículo 104 del Código Penal.

La posibilidad de aplicar las medidas de seguridad a la atenuante de grave adicción resulta de una interpretación lógica de las disposiciones reguladoras de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del artículo 60 del Código Penal que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabitación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.

Esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la

culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código Penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento.

(Sentencia de 11 abril 2000)

## ARTÍCULO 21.4

### *Requisitos de la atenuante de confesar la infracción a las autoridades*

Primero. El primer motivo del recurso interpuesto, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción por falta de aplicación de la atenuante contemplada en el artículo 21.4.º del Código Penal de 1995.

El artículo 21.4.º del Código Penal 1995 considera como circunstancia atenuante «haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar a las autoridades la infracción». En el caso actual el recurrente estima que debe valorarse como confesión su manifestación espontánea, efectuada ante los agentes policiales que registraban el domicilio de su cuñado y dirigida a éste, «diles que todo lo que tienes en la casa es mío», con lo cual asumió ante las autoridades la autoría del delito de tenencia ilícita de armas por el que ha sido condenado en razón del hallazgo de tres escopetas sin licencia (una de ellas con los cañones recortados) en el citado domicilio.

La Sala sentenciadora no acoge la referida atenuante por estimar que el acusado actuó únicamente para instruir a su cuñado sobre cómo debía obrar ante la presencia de la policía, lo que no constituye una confesión a las autoridades de la infracción cometida, añadiendo «que no tenía intención alguna de facilitar a la policía la persecución del delito lo demuestra que después no quiso prestar declaración en las dependencias policiales». En definitiva estima la Sala sentenciadora que no concurre el elemento subjetivo, derivado del fundamento político-criminal de la atenuación, de actuar con la voluntad de colaborar con la administración de Justicia.

Segundo. El motivo debe ser estimado. En efecto concurren en el caso actual los dos requisitos objetivos exigidos por el tipo: 1) el cronológico, pues el recurrente actuó cuando el procedimiento no se dirigía contra él sino contra un tercero, cuyo domicilio se estaba registrando por mandato judicial; 2) la confesión de la autoría de la infracción a las autoridades, pues si bien es cierto que sus manifestaciones se dirigieron a su cuñado, también lo es que se efectuaron consciente y voluntariamente en presencia de los agentes policiales, asumiendo la titularidad de las armas ocupadas en el domicilio que se estaba registrando, cuando no existía indicio alguno dirigido contra el recurrente. Aun cuando la acción realizada no constituya de modo directo una confesión a las autoridades, sí constituye una confesión

ante las autoridades, que resulta equiparable en cuanto a sus efectos e integra suficientemente los elementos objetivos de la atenuante.

Es cierto que cabe apreciar en la citada atenuación legal la necesaria concurrencia de un ánimo genérico de auxilio o colaboración con la Justicia, al constituir el fundamento político-criminal de la atenuante precisamente la conveniencia de fomentar dicha colaboración. Pero este ánimo no debe ser confundido con el móvil del autor cuando afecta al reconocimiento de su culpabilidad.

El responsable puede confesar su autoría para evitar que se inculpe a un allegado inocente, por ejemplo, pero en cualquier caso está proporcionando a las autoridades un dato cierto sobre la autoría de la infracción, al reconocer su culpabilidad, por lo que está auxiliando de modo voluntario a la investigación del hecho, y en consecuencia no puede excluirse la apreciación de la atenuante.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 21.6

*Esquizofrenia paranoide, sin que conste que el hecho se realizase en momento de brote de la enfermedad: apreciada como atenuante analógica*

Séptimo. El quinto motivo, y último que examinamos, se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de la circunstancia eximente 1.ª del artículo 20 del Código Penal, y subsidiariamente de la eximente incompleta del artículo 21.1.º en relación con el 20.1.º del Código Penal.

El recurrente impugna así el criterio de la Sala que rechazó la aplicación de una y otra, entendiendo que no concurrían los requisitos necesarios para su apreciación, pero aplicó la atenuante analógica del artículo 21.6 en relación con los artículos 21.1 y 20.1 del Código Penal, al considerar que los actos realizados por el acusado «están en una relación causal psíquica con la afectación psiquiátrica que presenta, lo que supone una disminución leve de su imputabilidad».

Frente a esa consideración el recurrente entra en valoraciones del resultado probatorio del informe médico-forense, que a su vez relaciona con el alegato del motivo 1.º, y sostiene que al no constar si el acusado estaba o no en fase aguda o crítica de su enfermedad mental cuando cometió los hechos, debió apreciarse la exención de la responsabilidad.

El motivo debió desestimarse.

1. En efecto, la STS de 8 de octubre de 1998, después de estudiar las distintas clases de esquizofrenia, recuerda que según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 22 de enero de 1988; 8 de junio y 28 de noviembre de 1990; 6 de mayo de 1991; 16 de junio y 15 de diciembre de 1992; y 30 de octubre de 1996; entre otras) y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad

en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a estos casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

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

B) Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, como ocurrió en el caso examinado por esta Sala (Sentencia de 19 de abril de 1997), habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21.

C) Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo artículo 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (Sentencia de 8 de febrero de 1990).

2. La realidad fáctica que en este caso se ha de considerar no es la aducida por el recurrente a partir de su personal valoración de la prueba, sino la declarada probada por la Sentencia de instancia en su relato histórico cuyos estrictos términos, en este cauce casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigido a combatir el acierto de las calificaciones jurídicas de los hechos probados, el recurrente ha de respetar escrupulosamente sin añadir, modificar o suprimir nada, so pena de incurrir en causa de inadmisión (art. 884.3.º LECrim), que en esta fase lo es ya de desestimación (SSTS de 10 de marzo y 19 de mayo de 2000).

Lo declarado probado en la Sentencia es que este acusado «padece una esquizofrenia paranoide que se manifiesta en forma de brotes y que precisa tratamiento continuo, habiéndose mantenido estable desde el último ingreso hospitalario que tuvo lugar en 16 de agosto de 1995, sin que se le aprecie ningún defecto residual significativo, y, asimismo, padece una parafilia. Ambas patologías son independientes y únicamente en las fases agudas o descompensaciones de la enfermedad psicótica, la parafilia se ve facilitada por una reducción de la capacidad de juicio y/o control de impulsos».

Partiendo de esa declaración, la aplicación de la doctrina ya referenciada conduce a la desestimación del motivo: no aparece que cometiera sus acciones delictivas sobre menores durante la afectación de un brote esquizofrénico, ni tampoco se aprecian en los hechos actuaciones que indiquen un comportamiento anómalo más allá de su propia naturaleza desviada, que permita apreciar un brote esquizofrénico o un estado de perturbación tan profundo que dé lugar a la eximente incompleta.

Los presupuestos fácticos de cualquier circunstancia de exención o atenuación han de constar en la resultancia fáctica, sin que pueda presumirse anticipadamente su concurrencia salvo prueba en contrario de la acusación; y en este caso el hecho probado recoge una concreta patología del recurrente que por sí misma no permite la estimación de la eximente postulada de acuerdo con la doctrina ya expuesta, siendo correcta la aplicación de la atenuante analógica que la Sala aprecia en el acusado.

(Sentencia de 20 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 22.1

*Compatibilidad de la alevosía con la atenuante de embriaguez*

Único. (...) La compatibilidad de la alevosía, que califica el asesinato, y la embriaguez ha sido reiteradamente declarada por esta Sala (SSTS de 8-3-1994; 22-2-1995; 30-4-1997; 10-6-1999). La compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica ha sido afirmada cuando el agente mantenga el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

*Fundamento de la compatibilidad de la agravante de alevosía con la exigente de anomalía o alteración psíquica*

Primero. (...) Respecto de la alevosía existe una abundantísima doctrina que perfila adecuadamente su naturaleza y sus requisitos (SSTS de 3 febrero 1995, 20 abril y 12 marzo 1992, etc.). En esta línea (ver SSTS de 12 marzo 1992, 2 abril 1993, 7 noviembre 1994, etc.) la alevosía puede manifestarse con tres modalidades diferentes: *a*) la proditoria como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, posiblemente en la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa; *b*) la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución; y *c*) la actuación que se aprovecha en situaciones especiales de desvalimiento. En el caso sometido a nuestra consideración, existe la agresión súbita, sorpresiva –SSTS de 22 febrero, 14 junio y 18 octubre 1991, 20 abril 1992, de 8 y 9 marzo de 1993, de 15 octubre de 1996 y de 26 marzo 1997– y el ataque por la espalda –SSTS de 28 mayo 1992, de 7 mayo 1993 y de 3 octubre 1994–. Mas lo que aquí se cuestiona no es la concurrencia de los requisitos inherentes a la alevosía sino la compatibilidad o incompatibilidad con la exigente completa indicada.

La jurisprudencia de esta Sala, ha declarado la compatibilidad de la agravante con la perturbación anímica –Sentencia de 24 noviembre 1995–, con la exigente incompleta de enajenación mental –Sentencias de 11 junio 1991, de 1 julio 1994 y de 17 diciembre 1996– y con la semixigente de trastorno mental transitorio –Sentencias de 24 enero 1992 y de 3 octubre 1994–. También con el arrebató –Sentencias de 20 febrero 1993 y de 11 marzo 1996–, con la violenta emoción –Sentencia de 15 abril 1991– y, en general, con los estados pasionales –Sentencia de 23 mayo 1995– e incluso con la propia drogadicción –Sentencia de 22 marzo 1995.

La cuestión que ahora se resuelve fue objeto de deliberación en el Pleno no Jurisdiccional que esta Sala celebró el pasado día 26 de mayo. En dicho Pleno se acordó que «en los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el artículo 101-1.º del Código Penal, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato».

Efectivamente, esta Sala considera que cuando el sujeto acusado de la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación mental, o con palabras del nuevo Código penal, por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incomprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1.º), el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho, si el sujeto hubiera sido declarado responsable penalmente. Esta idea afloraba ya en el Código Penal de 1973, cuando, al describir las circunstancias eximentes en el artículo 8.º del mismo, y en punto a posibilitar su internamiento como medida de seguridad postdelictual, el texto legal expresaba «cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito...», lo que significaba que, para la ley penal, el enajenado no había cometido un delito, sino un hecho, que la ley sanciona como delito. Se trata, pues, de una especie de ficción legal, que permite al Tribunal sentenciador la aplicación de una medida de seguridad, al faltar el elemento subjetivo del tipo. Ciertamente es que como quiera que el Código Penal de 1973 no precisaba margen temporal alguno de duración de expresada medida, que seríaalzada por el Tribunal en vista de la evolución del tratamiento del enfermo mental en un establecimiento adecuado («del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal»), la calificación jurídica del hecho cometido por el sujeto absuelto por la concurrencia de tal eximente completa, no ofrecía mayores problemas en la práctica. No ocurre ahora lo propio, ya que el artículo 101.1 del CP 1995, al permitir igualmente al Tribunal sentenciador en los casos de exención de responsabilidad criminal, conforme al núm. 1.º del artículo 20, la aplicación, si fuese necesaria, de la medida de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, dispone que dicho «internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo». De este inciso del precepto, pueden deducirse dos ideas con relación al tema que analizamos: primero, que en el Código en vigor late propiamente la exclusión culpabilística del elemento subjetivo del tipo penal, cuando tal hecho es cometido por un inimputable, como ocurría en la regulación anterior, en el artículo octavo del mismo; y segundo, que para la determinación de la duración temporal de la medida de seguridad, ha de procederse como «si hubiera sido declarado responsable el sujeto». De modo que el juzgador debe realizar una operación jurídica que califique el hecho como delito, absolviéndose, sin embargo, al acusado, por concurrir esa circunstancia eximente que le convierte en inimputable a efectos penales. Y para esa calificación jurídica no puede prescindirse de meritada agravante, si objetivamente concurre, porque existiría también si el sujeto hubiera sido declarado responsable. De manera que tal concurrencia determina *per se* la cualificación jurídica del encuadre tipológico del hecho como delito de ase-

sinato, y en consecuencia, sirve también para marcar el límite máximo temporal que ha de durar la medida de seguridad, como hizo correctamente la Sala de instancia.

(Sentencia de 29 junio 2000)

### *Fundamento de la alevosía proditoria: el aprovechamiento de la confianza*

Sexto. (...) 1. La alevosía, hemos afirmado reiteradamente, tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido 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 clara 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 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». Por ello, hemos dicho, STS de 20 de marzo 1997, que la agresión realizada quebrantando una situación de confianza en la que la víctima además de una indefensión física sufre un estado de indefensión anímico, no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos «pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podíamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable en lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección».

4. Desde la perspectiva expuesta el hecho probado de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y con más precisión la del Tribunal del Jurado describen los elementos fácticos que conforman la alevosía, pues el acusado aprovechando una situación de indefensión objetiva de la víctima que no podía esperar un ataque a su bien jurídico por parte de su novio quien guardaba en el vehículo un instrumento vulnerante y hábil para la producción del resultado y capaz de asegurar el resultado e impedir la posibilidad de defensa de la víctima que no pudo prever una agresión de una persona de su máxima confianza.

Es quebranto de la confianza existente y la utilización de un medio vulnerante, con la fuerza que se declara probado, pues llegó a romper la hoja del cuchillo, hace que el motivo debe ser estimado y declarar concurrente en el hecho la circunstancia de alevosía que califica el homicidio, sin apartarnos del relato fáctico de la Sentencia impugnada al concurrir en su redacción los presupuestos de la alevosía.

No es óbice a lo anterior que en el relato fáctico del Tribunal Superior de Justicia se afirme que con carácter previo a las puñaladas hubo una discusión «que

poco a poco fue subiendo de tono degenerando en riña en el curso de la cual el acusado, tras causarle diversos hematomas, cogió un cuchillo...», pues en las reducidas dimensiones de la cabina del coche y la relación de confianza existente no modifica la situación de indefensión requerida por el tipo de la alevosía.

(Sentencia de 20 septiembre 2000)

### *Incompatibilidad de la alevosía con la existencia de una situación de riña o disputa previa*

Segundo. En el motivo 1.º, por el cauce del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por haberse aplicado el artículo 138 que sanciona el delito de homicidio y no haberse aplicado el 139.1.º, pues estima que debió apreciarse la concurrencia de alevosía y, por tanto, castigarse el hecho como asesinato.

Sabido es cómo esta Sala viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que, por el modo de practicarse la agresión, queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1.ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1.ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada.

Tal inexistencia de posibilidades de defensa puede provenir de las múltiples circunstancias en que se desarrollaron los hechos concretos, de las cuales esta Sala viene reiteradamente deduciendo tres formas diferentes de agresiones alevosas: la más característica, que enlaza con los orígenes históricos de esta figura penal en el espíritu caballeresco de la Edad Media, la proditoria o aleve, cuando se actúa en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante; la que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor, y la que existe cuando la víctima es una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, anonadada, etc.).

En estos casos hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

Hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito; pero tal doctrina tiene una doble matización:

1.ª Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca una navaja de forma inesperada para matar o lesionar.

2.<sup>a</sup> Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante.

En el caso presente no nos encontramos ante ninguno de esos tres supuestos antes referidos. Por el contrario, hubo una riña o discusión previa meramente verbal en relación con las visitas del marido a la hija del matrimonio, hasta que en un momento determinado, el procesado sacó una pistola y dijo a la esposa «mira lo que tengo aquí» a lo que ella contestó «qué quieres decir, que quieres matarme, pues mátame de una vez, así acabamos con este infierno», volviéndose seguidamente, momento en que Manuel efectuó un disparo alcanzándola en la parte derecha y trasera del cuello. Se volvió M.<sup>a</sup> Teresa y recibió entonces otros tres disparos sobre su cara y su mano izquierda.

Así lo narra en síntesis el relato de hechos probados que hemos de respetar, respeto con el que no cumple la recurrente que pretende que apreciemos la concurrencia de la alevosía en base a unos datos de hecho que añade a lo que la Audiencia Provincial dio como probado. Por ello este motivo podría haber sido inadmitido (art. 884.3.º LECrim).

Y partiendo de tales hechos probados, es claro que hubo un cambio cualitativo en el desarrollo de los hechos cuando en el seno de una mera riña verbal, Manuel sacó una pistola y con ella disparó, pero no en forma alevosa o traicionera, pues enseñó el arma a M.<sup>a</sup> Teresa que cuando recibió el primer disparo ya estaba apercebida de que el marido estaba con tal arma en la mano.

En el caso presente, es irrelevante, para la concurrencia de esta circunstancia cualificadora del asesinato, el que ese primer disparo se hiciera cuando la víctima se encontraba de espaldas, pues tal aconteció porque ella se colocó en esta postura tras haber visto de frente a Manuel armado de esa manera.

Por supuesto, los tres disparos últimos de nada pueden servir a los efectos aquí examinados.

Así pues, no hubo alevosía, aunque sí agravante de abuso de superioridad, la llamada alevosía menor, de especial significación en este caso, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena a aplicar.

(Sentencia de 2 octubre 2000)

## ARTÍCULO 22.2

*Agravante de disfraz: es inapreciable si el acusado se quitó el pasamontañas y la víctima le vio la cara*

Quinto. Finalmente, como cuarto motivo y por el cauce del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación de la agravante de disfraz –art. 22.2.º.

El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal y debe prosperar en la misma medida que se reconoce en el *factum* que el recurrente «tapaba su cabeza con un pasamontañas del que en algún momento se desprendió», dato que debe completarse con la afirmación fáctica contenida en el fundamento jurídico segundo según

la cual «... llegó a quitarse la máscara para beber Baileys, con lo que (la víctima) pudo verlo perfectamente...».

La razón de la agravante es la mayor impunidad que se desprende de este medio empleado para la comisión del delito ya que tiende a dificultar la identidad de su autor, en la medida que el interesado se desprende en el escenario del delito del medio que oculta su rostro, desaparece la razón de la agravante.

El motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 8 febrero 2000)

*Requisitos de la agravante de disfraz: es apreciable en el caso de quien usa media y pasamontañas y, pese a ello, le identifican*

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

Se alega que no debió apreciarse la agravante de disfraz ya que la media que portaba el acusado en su cara no resultó eficaz en cuanto no impidió su reconocimiento por los testigos.

El Tribunal de instancia, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, razona sobre la concurrencia de la agravante de disfraz ya que el acusado cubría su rostro con una media en los dos primeros establecimientos y con un pasamontañas en el tercero.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias de 6 de abril de 2000, 5 de junio de 1997 y 10 de enero de 1996, entre otras muchas, que para apreciar la existencia de esta agravante se exigen tres requisitos:

- 1) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona;
- 2) subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades;
- 3) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento.

Y en esa doctrina jurisprudencial se pone de relieve que la mencionada aptitud para desfigurar la apariencia exterior del sujeto no ha de entenderse en el sentido de que sea necesaria plena eficacia a tal fin, pues si se exigiera que el autor hubiera tenido éxito en su propósito de evitar el reconocimiento de su identidad, esta circunstancia nunca se aplicaría al no poder ser juzgado y condenado quien así se comportara (SSTS de 2-10-1989 y 10-10-1996). De ahí que puede apreciarse tal circunstancia agravante aun en aquellos casos en los que los testigos han podido observar determinadas facciones o características del sujeto, a pesar de la seria dificultad que representaba el disfraz utilizado.

En esa misma línea la Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 1999 declara que la eficacia del dispositivo utilizado es, también, requisito de la aplicación de la agravante, de ahí su naturaleza objetiva, y se alcanza cuando en abstracto el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el

presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer al autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta para integrar la agravación que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés.

En este caso, conforme a la doctrina que se deja expresada y acorde con el relato fáctico de la Sentencia de instancia, son correctos los razonamientos expresados por la Sentencia de instancia para apreciar la agravante de disfraz al haberse utilizado medios hábiles para dificultar la identificación aunque en este caso concreto no se hubiera podido evitar que determinadas características faciales hubieran podido ser observadas por los testigos presenciales.

(Sentencia de 10 noviembre 2000)

### *Agravante de disfraz: supuestos de comunicabilidad o no a otros partícipes*

Undécimo. El primero de los motivos del recurrente impugna la aplicación de la agravante de disfraz, dado que, si bien admite la participación en el hecho, entiende que el Tribunal *a quo* no estableció en los hechos probados que él mismo haya actuado con máscara. Por lo tanto, la Defensa sostiene que se ha vulnerado el artículo 65.2 CP y que se aplicó indebidamente al recurrente la agravante de disfraz.

El motivo debe ser estimado.

Desde la STS de 3-3-1936 la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que la agravante de disfraz tiene carácter «instrumental o modal» y que, por lo tanto, es siempre comunicable o accesoria respecto de todos los partícipes que hayan tenido conocimiento de que el autor u otros partícipes ejecutaban el hecho encubriendo su identidad. En esta misma línea se ha manifestado la jurisprudencia más moderna (cfr. SSTS de 12-12-1991; 16-3-1992; de 24-11-1993; de 11-10-1997, entre muchas otras).

Sin embargo, existen en la jurisprudencia de esta Sala una serie de precedentes que han flexibilizado la estricta accesoria o comunicabilidad del uso del disfraz. Las excepciones establecidas por esta jurisprudencia permiten afirmar que la aplicación del primero o del segundo párrafo del artículo 65 CP dependerá de las circunstancias concretas del delito. Si el disfraz es un elemento necesario, por ejemplo, para un engaño requerido por la comisión del delito (casos de estafa, de allanamiento de morada, descubrimientos de secretos, etc.), se referirá a la «ejecución material del hecho o a los medios empleados» para dicha ejecución y, por lo tanto, será comunicable a todos los partícipes que tuvieren conocimiento del disfraz. Por el contrario, cuando el enmascaramiento tenga una función de aprovechamiento individual, como ocurre, por regla general, en los casos de ocultamiento de la identidad en delitos violentos, especialmente en el robo, la agravación estará regida por el párrafo 1.º del artículo 65 CP, pues se tratará de una «causa personal» de agravación. Dicho de otra manera: el disfraz agravará el hecho para

todos los partícipes que lo hayan conocido cuando es un medio para la ejecución del delito planeado; por el contrario tendrá efectos sólo individuales cuando sirva a fines personales de algún partícipe y no constituya una aportación para la ejecución del delito.

En el presente caso, la finalidad de ocultar la identidad sólo podía favorecer a aquellos que intervenían en la ejecución inmediata de la sustracción violenta. Por lo tanto, su efecto no era comunicable o accesorio para el recurrente.

Estimado el presente motivo, el segundo, subsidiario de éste, pierde toda practicidad.

Duodécimo. El único motivo del recurso se centra en la denuncia del derecho a la presunción de inocencia. El recurrente entiende que al haber aplicado el Tribunal de instancia la agravante de disfraz, basándose para ello en una concepción de la misma que desconoce que ésta sólo es de apreciar cuando el enmascaramiento es medio para la comisión del delito, ha sido privado del derecho «de defensa en general y (del) derecho a no aportar pruebas en su contra, en particular». Aclara la Defensa que, aplicar la agravante de esta manera, «supone, *de facto*, una forma de compulsión hacia la persona que está cometiendo el ilícito penal para que contribuya a aportar pruebas de contenido autoincriminatorio». La argumentación culmina afirmando que el uso de disfraz constituye una conducta de «autoencubrimiento impune». El motivo debe ser desestimado.

La Defensa no ha logrado explicar qué pruebas autoincriminantes hubiera debido aportar para contrarrestar la interpretación del artículo 22.2.º CP que ha respaldado la aplicación al caso del mismo. Ello se explica, básicamente, porque sólo se trata de una cuestión de subsunción. La interpretación realizada por la Audiencia –con apoyo en antigua jurisprudencia de esta Sala– no generó ninguna exigencia probatoria especial para el recurrente. Nada le impidió negar e intentar demostrar que no actuó enmascarado, o que el encubrimiento de su identidad no sirvió como medio para la comisión del delito de robo. Para hacerlo tampoco estaba lógicamente obligado a confesar su autoría. Dicho de otra manera: el recurrente –que conoció la pretensión del Fiscal respecto de la agravante de disfraz– pudo ofrecer todas las pruebas que estimara pertinentes tanto para negar su participación en el hecho, como para negar que la agravante fuera aplicable y pudo hacer ambas cosas sin necesidad de reconocer ningún hecho que lo pudiera perjudicar en el proceso.

Una cuestión diferente es la que se refiere a si el enmascaramiento para la comisión del robo constituye una conducta de autoencubrimiento, que, por ello, no debe ser utilizada como agravante del delito. Esta cuestión, en realidad, viene a poner en duda de una manera radical el carácter agravante de la utilización del disfraz. Se trata, en realidad, de si la no punibilidad del autoencubrimiento del autor del delito debe ser preferente ante la protección del bien jurídico lesionado. La respuesta debe partir de una premisa que es clara: la no punibilidad de los actos de autoencubrimiento no es consecuencia del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. El derecho a no declararse culpable no se ve limitado en lo más mínimo por la punibilidad de los actos de autoencubrimiento. La razón de la no punibilidad de estos actos es otra: no son punibles porque se trata de hechos posteriores copenados (por lo general son actos de agotamiento del delito), es decir porque respecto de ellos rige el criterio del artículo 8.3.º CP (consunción). Por lo tanto, aclarado lo anterior, es fácil comprender que el legislador pudo dar preferencia a la protección del bien jurídico protegido frente a la no punibilidad de los actos de autoencubri-

miento. En todo caso, su decisión no afecta al núcleo esencial del derecho a no declararse culpable, garantizado por el artículo 24.2 CE.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

*Abuso de superioridad: requisitos. Que el abuso no sea elemento típico del delito*

Noveno. Examinamos aquí los dos motivos en que, por esta vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2.ª CP, que fue aplicada en los delitos de lesiones y detención ilegal. Son los motivos 5.º de Óscar y 7.º de Martín que hemos de estimar parcialmente conforme al siguiente razonamiento:

A) Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SSTS de 5-6-1995, 27-4-1996 y 7-2-1997, entre otras muchas):

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

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

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

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

B) Tales requisitos concurren en el caso con relación al delito de lesiones, por la superioridad numérica de los agresores (cuatro) frente a un solo agredido, aunque éste fuera conocedor de las artes marciales y profesor de gimnasia, cuando, además, uno de los agresores (Pablo) era, como ya se ha dicho, un joven de 25 años y de muy elevada estatura (1,90) y éste se sirvió de un bate de béisbol para iniciar la agresión de modo tan eficaz que le hizo caer a Antonio al suelo, donde recibió la fuerte patada que en la cara le dio Vicente, interviniendo luego los cuatro en la agresión. Descartada la alevosía, tal y como expone la Sentencia recurrida (fundamento de derecho 5.º), no cabe duda de que fue correctamente aplicada al caso esta circunstancia agravante respecto del delito de lesiones.

C) Sin embargo, entendemos que no procede su apreciación con relación al delito de detención ilegal, por no concurrir el cuarto de los requisitos antes mencionados.

Cierto es que el delito de detención ilegal puede cometerse sin el uso de la fuerza contra la persona agredida (por ejemplo, mediante engaño), pero esto es tan excepcional que no debe tenerse en cuenta para la cuestión que estamos examinando. En un porcentaje elevadísimo de casos este delito se comete mediante el uso de la fuerza y para ello se busca deliberadamente una desproporción entre la situación del sujeto pasivo y la del agresor o agresores, desproporción que puede originarse por el uso de algún arma o instrumento semejante o por el número de las personas que intervienen como sujetos activos en el hecho. En esto consiste precisamente el abuso de superioridad. Por ello no cabe aplicar en el caso presente esta agravante a este delito: es inherente al mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 67 CP, no porque la Ley lo haya tenido en cuenta al describir la correspondiente figura delictiva, sino porque, salvo supuestos muy excepcionales que para el caso son irrelevantes, sin tal abuso de superioridad el delito no puede cometerse.

Así pues, han de estimarse parcialmente estos dos motivos de casación, el 5.º del recurso de Óscar y el 7.º de Martín, con la consiguiente eliminación de esta agravante respecto del delito de detención ilegal, lo que ha de beneficiar a los otros dos condenados, Vicente y Pablo, por lo dispuesto en el artículo 903 LECrim.

(Sentencia de 21 marzo 2000)

*Basta con el aprovechamiento de las condiciones ambientales para integrar el factor subjetivo necesario para apreciar la agravante de aprovechamiento del lugar*

Primero. (...) Es evidente que las circunstancias ambientales concurrentes en el momento de la comisión de los hechos suponían un aislamiento de la víctima a la que se sorprende en condiciones tales que dificultaban o impedían cualquier reacción en demanda de auxilio, por lo que su indefensión era un hecho real y efectivo. Construido el componente objetivo de la agravante de despoblado, nos queda por examinar si concurre también el elemento subjetivo de la búsqueda o aprovechamiento de las facilidades que proporcionaba el entorno, en donde se desarrolla la conducta delictiva.

Ante la dificultad, siempre presente, de hacer aflorar el propósito o ánimo delictivo que impulsa al autor de un hecho punible, debemos construirlo sobre la realidad material que rodea el hecho y sus circunstancias. Para patentizar la concurrencia del elemento subjetivo no es necesario llegar a la conclusión de que el autor del hecho punible diseñó y estudió minuciosamente todos los pasos necesarios para consumar su propósito, escogiendo el lugar y el tiempo en el que iba a desarrollar su acción. La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando, y esta doctrina es válida también para la actual redacción de las circunstancias agravante, que basta con el aprovechamiento de las condiciones ambientales para integrar el factor subjetivo necesario para concretar los efectos agravatorios. Lo que verdaderamente caracteriza a todos los medios y circunstancias concurrentes en el ar-

título 22.2 del CP es la consecución de un fin común a todos ellos, que no es otro que el debilitamiento de la defensa del ofendido y la facilitación de la impunidad del delincuente. No se puede discutir, en el caso presente, que las circunstancias topográficas del lugar contribuían funcionalmente a la indefensión de la víctima, a la vez que facilitaban la comisión del hecho, por lo que basta el aprovechamiento de ellas para concluir que ha estado correctamente aplicada la agravante de lugar apreciada por la Sentencia recurrida.

(Sentencia de 25 de julio de 2000)

## ARTÍCULO 22.5

*Ensañamiento: no lo hay en el caso de dar doce puñaladas que producen la muerte y posteriormente dar patadas y pisotones en la cabeza y cara (ausencia de aumento del dolor innecesario)*

Quinto. Distinta ha de ser nuestra respuesta al quinto motivo del recurso, en el que, también al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.3.º CP o, lo que es igual, de la circunstancia agravante de ensañamiento que, al concurrir con la de alevosía –cuya apreciación ya hemos declarado correcta en el fundamento jurídico anterior– ha dado lugar a la subsunción de los hechos probados en el nuevo tipo agravado de asesinato previsto en el artículo 140 CP. Distinta ha de ser nuestra respuesta –decimos– porque no consideramos que en el relato fáctico de la Sentencia recurrida aparezcan todos los elementos necesarios para la apreciación del ensañamiento. Como se recuerda en la Sentencia de 24 de mayo 1999, dichos requisitos son los siguientes: *a)* que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una extensión objetiva de los males inherentes a la ejecución; *b)* que este exceso de males padecidos por la víctima intensifique su sufrimiento, es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica; y *c)* que el aumento del sufrimiento haya sido buscado por el autor del hecho deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con esa actitud de singular desprecio a los sentimientos ajenos característica de la crueldad. No basta, pues, un exceso de males, por innecesarios que sean para la ejecución del hecho, si no han sido ocasionados con el deliberado e inhumano propósito de hacer sufrir, ni es suficiente que el autor se haya comportado de un modo bárbaro y cruel si, pese a todo, no ha aumentado el sufrimiento de la víctima. En el caso que ha sido objeto de enjuiciamiento en la primera y en la segunda instancia, la agresión del procesado contra su víctima se descompone fácilmente en dos fases, ambas de escasa duración. En la primera, aquél descargó múltiples golpes contra la víctima y terminó asestándole doce puñaladas. Pero sólo del número de golpes y de puñaladas no se puede deducir la circunstancia de ensañamiento si no consta el ánimo de aumentar el dolor del ofendido y este propósito parece estar ausente en la violenta reacción que desencadenó en el procesado la provocación de su novia que, acusando imprudentemente a la víctima de haberle hecho daño e incluso incitando a su novio a darle muerte, consiguió enfu-

recerle y desatar en él los instintos más agresivos e irracionales, siendo este estado de ánimo, no por menos reprochable ciertamente, incompatible con la deliberación que el núm. 3.º del artículo 139 CP –así como el número 5.º del artículo 22– incorpora a la definición de la circunstancia agravante de ensañamiento. En la segunda fase del hecho, cuando el acusado, como se dice en el cuarto apartado del veredicto, logró desasirse de quienes le habían separado del agredido y, acercándose de nuevo a él, que estaba tendido en el suelo, «le propinó más patadas y pisotones en la cabeza y en la cara, de forma brutal y despiadada, con el propósito de aumentar su dolor innecesariamente», cabe detectar en la conducta enjuiciada inequívocos rasgos de la agravante cuestionada –el exceso de males y el propósito de aumentarlos– pero no la circunstancia objetiva de que, efectivamente, la víctima estuviese en condiciones de sufrir todavía más, toda vez que ni se declara probado en el veredicto que la misma viviese aún al recibir los nuevos golpes, ni es probable que viviese tras la rotura cardíaca que le había ocasionado una de las cuchilladas inferidas por el procesado. Aunque éste se comportase de una «forma brutal y despiadada» –lo que habrá de ser tenido en cuenta en el momento de la individualización de la pena– y aunque las «patadas y pisotones» descargados sobre el cuerpo exánime de la víctima fuesen evidentemente innecesarios para quitarle la vida, el hecho probable –no descartado en el veredicto, lo que impide tener el contrario por probado– de que el fallecimiento ya se hubiese producido y de que, consiguientemente, la misma fuese ya, por desgracia, incapaz de experimentar sentimiento alguno, impide apreciar el ensañamiento a causa de la ausencia, en los hechos probados, del dato objetivo del mayor dolor sufrido por la víctima a consecuencia de los reiterados golpes que recibió estando ya en el suelo con la víscera cardíaca rota por una puñalada. Estas consideraciones nos llevan a estimar el quinto y último motivo del recurso, declarando indebidamente aplicado el núm. 3.º del artículo 139 CP, lo que determina que el delito de asesinato perpetrado queda cualificado sólo por la alevosía e incardinado en el artículo 139.1.º CP, sin que deba ser subsumido en el artículo 140 del mismo Cuerpo Legal.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

### *Elementos objetivo y subjetivo de la agravante de ensañamiento*

Séptimo. (...) 2. En la agravante de ensañamiento hemos de distinguir el elemento objetivo, caracterizado por efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor. Y otro subjetivo, por el que el autor del hecho asume la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso. El autor, deliberadamente, asume que la acción que desarrolla ya no persigue la realización del delito sino persigue un aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de estos dos requisitos. Así la STS de 24-9-1997 afirma la doble concurrencia de un elemento objetivo –la totalidad de la agresión objetivada por la contundencia o efectos de los golpes–, y el subjetivo –complacencia en el sufrimiento ocasionado a la víctima–, esto

es, un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo de la acción homicida (en parecido sentido, STS de 25-6-1998).

3. La Sentencia impugnada niega la existencia del ensañamiento por estimar que no existió prueba del elemento subjetivo de la agresión con olvido de que su acreditación de falta de un acreditamiento externo, y como es normal debe resultar de una deducción lógica de los hechos externos realizados. El elemento subjetivo que caracteriza el ensañamiento ha de ser deducido de los hechos objetivos acreditados.

Como dijimos en la STS de 6 de octubre 1999, que el recurrente recuerda y ahora reproducimos, descartada la presencia de factores endógenos o exógenos que guiaran su conducta, la deducción sobre la acreditación del elemento subjetivo del ensañamiento, es decir, la finalidad de causar un padecimiento innecesario y aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, es racional. En efecto, el actuar violento del autor, descartada la existencia de una situación que limitara el control de la acción, se presenta como consciente y, al mismo tiempo, voluntaria, pues la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento. La deducción del Tribunal de Jurado no fue ilógica y procede la estimación del recurso desde la asunción del hecho probado elaborado por el Tribunal Superior de Justicia.

(Sentencia de 20 de septiembre de 2000)

## ARTÍCULO 22.8

*Agravante de reincidencia: ante ausencia del dato de fecha de cumplimiento de la pena, y constando tan sólo la fecha de la firmeza de la Sentencia, se atenderá a ésta a efectos de entender cancelados los antecedentes*

Segundo. En el motivo 1.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida al caso del citado artículo 22.8 del Código Penal (agravante de reincidencia).

Conforme al relato de los hechos probados, del que hemos de partir, Juan Carlos T. A. fue condenado por robo en múltiples ocasiones, y de ellas, como fundamento de la apreciación de esta agravante, tal relato hace referencia sólo a tres Sentencias condenatorias, que adquirieron firmeza el 17 de febrero, el 2 de mayo y el 28 de abril, todas de 1994, que impusieron respectivamente las penas de 200.000 pesetas de multa, cinco años de prisión menor y dos meses de arresto mayor con multa de 200.000 pesetas.

No se dice cuándo quedaron extinguidas tales penas, momento a partir del cual habrían de contarse los respectivos plazos que el artículo 118 del Código Pe-

nal de 1973 señala para la posible cancelación de los correspondientes antecedentes penales, razón por la cual hemos de partir, a tales efectos, del único dato que conocemos, el de la firmeza de las mencionadas condenas, haciendo una interpretación a favor del reo, como es obligado cuando queda alguna duda sobre cualquier dato o circunstancia por falta de precisión en el relato de hechos probados, como bien dice el Ministerio Fiscal al informar en favor de la estimación del presente motivo.

Los plazos para la mencionada cancelación (art. 118.3) son, para las penas impuestas en tales Sentencias 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, el de dos años, y el de tres años para la segunda.

Tales plazos ya habían transcurrido cuando se cometió el delito ahora enjuiciado, el 25 de agosto de 1997.

Nos hallamos, por tanto, ante unos antecedentes penales que pudieron haber sido cancelados si tenemos en cuenta los datos que aparecen en los hechos probados, e interpretando en beneficio del reo los que no constan. Por todo ello y por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 22.8 del CP, que para la apreciación de la reincidencia como circunstancia agravante prohíbe computar los antecedentes penales que debieran haberse cancelado, hay que estimar que en el caso no debió apreciarse esta agravante.

Así pues, la Sentencia recurrida infringió un precepto penal de carácter sustantivo al haber aplicado indebidamente el mencionado artículo 22.8.

(Sentencia de 1 febrero 2000)

*No es aplicable la agravante de reincidencia a agresión sexual al ser la condena anterior por exhibicionismo, delito que no es de la misma naturaleza pese a encontrarse en el mismo Título del Código Penal*

Primero. (...) En relación al cuestionamiento de la circunstancia agravante de reincidencia, va a prosperar la tesis del recurrente de estimar que no concurre.

En efecto, el nuevo Código Penal ha dado en el artículo 22.8 una nueva definición de la reincidencia en la medida que además de tratarse de delitos comprendidos en el mismo título deben ser de la misma naturaleza, es decir, debe existir una total identidad de bien jurídico entre el delito anterior y el que es objeto de enjuiciamiento, ya que la razón de incrementar la pena por el pasado histórico penal lo es por la mayor peligrosidad del individuo exteriorizada en sus persistencia al ataque de idénticos bienes jurídicos, lo que como reflexión colateral lleva también a constatar el fracaso del sistema penitenciario en ese supuesto, en la medida que no ha sido capaz de generar dinámicas que le aparten de ese quehacer delictivo. Prevé el Código Penal en su disposición transitoria séptima, que cuando se trate de la aplicación de la circunstancia de reincidencia por delitos cometidos durante la vigencia del anterior Código Penal, también es exigible la identidad en el ataque a idénticos bienes jurídicos, por lo que bien puede afirmarse que se ha producido una despenalización parcial del concepto de reincidencia aplicable en todo caso al ser Ley posterior más beneficiosa, de conformidad con el artículo 2.2.º del vigen-

te Texto. En tal sentido pueden citarse las SSTs de 18 de mayo 1998, de 18 de enero 1999 y de 21 de febrero 2000.

Una aplicación de la doctrina al caso de autos nos conduce claramente a la estimación de esta parte del motivo. En efecto, el delito por el que es condenado el recurrente –agresión sexual–, atenta directamente contra la libertad sexual de las personas, el delito por el que fue condenado el recurrente –exhibicionismo–, si bien se encuentra en el mismo título exterioriza un ataque contra la indemnidad sexual de las personas descritas en el tipo penal –menores de 16 años o deficientes mentales en la redacción del anterior Código Penal, o menores de edad e incapaces en el vigente Código– que no coincide con el delito de agresión sexual enjuiciado.

En consecuencia procede la admisión de esta parte del motivo y eliminar del delito enjuiciado la concurrencia de la agravante de reincidencia con los efectos penológicos correspondientes, lo que se efectuará en la segunda Sentencia.

(Sentencia de 13 junio 2000)

## ARTÍCULO 23

*Agravante de parentesco: no es apreciable si autor y víctima estaban separados legalmente, pese a convivir bajo el mismo techo para no perjudicar a su hijo menor*

Tercero. El último de los alegados, con la misma sede procesal del anterior, propugna la indebida aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal. Este motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

Partiendo de la narración fáctica contenida en la Sentencia, como es obligado, está claro que agresor y agredida estaban separados legalmente, incluso ya tenían divididos sus bienes, y si convivían bajo el mismo techo no era porque existiese entre ellos ninguna afeción amorosa o de cariño, sino simplemente por un hecho tangencial, a estos efectos, cual era el no perjudicar de modo alguno al hijo común que contaba sólo con cinco años de edad. Ante esa situación es claro que, siguiendo la doctrina reiterada de esta Sala, no es de aplicación la mencionada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en su vertiente agravatoria.

No obstante ello, y habida cuenta de la pena impuesta en el fallo de la Sentencia (dos años y seis meses), aunque dejemos sin efecto la aplicación de esa agravante, la cuantía de la pena ha de permanecer inamovible al haberse impuesto en el grado mínimo exigible. Ello no quiere decir, sin embargo, como indica el Ministerio Fiscal, que carezca totalmente de practicidad, pues la admisión del motivo, amén de posibles incidencias en el historial del condenado, tiene como consecuencia inmediata la exoneración de las costas causadas en este recurso de casación.

Se admite el motivo.

(Sentencia de 18 febrero 2000)

*El fundamento de la circunstancia mixta de parentesco es la afectividad realmente existente*

Esta Sala, ya desde el Pleno no jurisdiccional de 18 de febrero de 1994, debatió un supuesto de parricidio, que ahora sería homicidio, en su caso con la agravante de parentesco, cuando los cónyuges se encuentran separados, y que es análogo al aquí debatido, porque sus conclusiones son trasladables en términos generales a la circunstancia mixta de parentesco, prevaleciendo el criterio de que en los supuestos de separación de los cónyuges, había que estar en cada caso concreto para decidir sobre la eximente de la circunstancia de parentesco, lo que se reflejó en posteriores Sentencias de esta Sala, tanto referidas al delito de parricidio existente en el CP de 1973. como con relación a la circunstancia mixta de parentesco que subsiste en el Código vigente.

Una consolidada y reiterada doctrina de esta Sala, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares, u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta (cfr. SSTs de 11 de marzo, 15 de abril, 30 de abril, 6 de mayo, 13 de junio, 3 de julio y 2 de diciembre de 1997).

Posteriormente la Sentencia de 28 de abril de 1998, en un supuesto similar casó la Sentencia de instancia, en virtud del recurso del Ministerio Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP vigente, sin que se apreciara la circunstancia del artículo 23, como agravante, ni como atenuante. Concretamente, además, la Sentencia de 5 de octubre de 1995, expresa que dicha circunstancia puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, presentándose en su formulación legal como una circunstancia genérica mixta que o bien agrava o bien atenúa la responsabilidad criminal o resulta indiferente. Esta agravación no se aprecia, cuando exista una profunda tirantez de relaciones entre los protagonistas del hecho (Sentencia de 10 de octubre de 1988).

Por último, la Sentencia de 21 de mayo de 1999, consolida la línea jurisprudencial expuesta. Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso, para su aparición, la convivencia real de afecto entre los parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida la  *affectio maritalis*, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. La razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos es que la relación conyugal sólo existe de un modo formal, por encontrarse rota aquélla y desaparecida la afectividad entre el acusado y la víctima.

(Sentencia de 19 de abril de 2000)

*Nula incidencia de la relación parental en la comisión del hecho consistente en una agresión sexual*

Tercero. 1. En el segundo motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal, la circunstancia de parentesco considerada como agravante.

1. El motivo debe ser estimado. El Tribunal de instancia declara no concurrente al hecho probado el tipo agravado del Código Penal (art. 180.4) que sanciona con una consecuencia más grave si la agresión sexual se comete «prevaleciendo de su relación de parentesco por ascendiente (...) de la víctima» y, sin embargo, declara concurrente la aplicación del artículo 23 del Código Penal, la circunstancia mixta de parentesco considerada como agravante.

En la argumentación de la Sentencia se afirma, erróneamente, que el tipo penal agravatorio del artículo 180.4 será de aplicación cuando la situación parental sea la determinante de un consentimiento, lo que equivale a decir que este tipo agravado se aplicará a los antiguos estupros de prevalimiento de los artículos 434 y 436 del Código Penal Texto Refundido de 1973, con olvido de que la correspondencia a estos artículos la podemos encontrar en los delitos de abuso sexual del artículo 181.3 del Código Penal, en los que se parte de una relación consentida si bien con un consentimiento viciado por una situación de prevalimiento derivado de una relación parental. El tipo agravado no guarda relación con el consentimiento sino una relación especial, de carácter parental entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuridicidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, lo que puede determinar un menor contenido de la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de la situación de relación parental. Situación que aparece fundamentada en el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, o en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o, incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo de la agresión sexual, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura.

En todo caso requiere una situación de prevalimiento, no dirigido al consentimiento, sino a la realización de la conducta típica que no aparece descrita en el relato fáctico.

La aplicación del tipo agravado de parentesco presenta una estructura típica semejante con la circunstancia de agravación de parentesco del artículo 23 del Código Penal. El tipo agravado requiere para su aplicación la relación parental descrita en el precepto, el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental. Estos presupuestos son semejantes a los requeridos para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco respecto a la que hemos declarado que, si bien opera como agravante en los delitos contra las personas, no será de aplicación cuando el hecho cometido sea ajeno a la relación parental, es decir, si la realización del hecho punible fuera ajeno a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas al orden parental, lo que también ocurrirá en los supuestos de distanciamiento, de enemistad, o por cualquier razón que haga ajeno al hecho punible la relación parental o cuando el hecho haya sido provocado por la víctima (SSTS de 11-3-1997, 30-4-1997, 15-1-1998 y 19-4-2000).

La circunstancia mixta de parentesco puede agravar o atenuar la responsabilidad criminal según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, lo que permite declarar también su carácter de inane al hecho y, por lo tanto, que no opere ni como agravante o atenuante cuando no guarde relación alguna o mínima con el hecho punible. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala que en el caso concreto de parentesco por matrimonio ha declarado precisa para su apreciación la convivencia real de afecto entre parientes y si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la  *affectio maritalis*, aun sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia de agravación, pues la razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal sino en la realidad subyacente de manera que en la misma forma del artículo 23 del Código Penal extiende la agravación a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo.

De la fundamentación de la Sentencia resulta la inexistencia de los presupuestos de la consideración de la agravación. En primer lugar porque el Tribunal de instancia ya señala la nula incidencia de la relación parental en el hecho punible. Por otra parte del hecho y de la fundamentación de la Sentencia resulta la escasa relación entre los dos hermanos por adopción. El acusado está casado y la perjudicada fue a visitarle a su casa, sin una convivencia bajo el mismo techo que favorezca la realización del hecho punible o se quebrantan principios de confianza que fundamentan la aplicación de la agravación.

(Sentencia de 26 junio 2000)

*Procede la agravante de parentesco, pese a la ruptura de convivencia conyugal, al ser corto el espacio de tiempo transcurrido desde el abandono del domicilio*

Primero. (...) 1. La parte recurrente, con notoria incorrección conceptual, después de formalizar un motivo por error de derecho, se desliza hacia la invocación de la presunción de inocencia en orden a la existencia o inexistencia de la circunstancia mixta de parentesco. Sostiene que dicha circunstancia no se puede aplicar cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo matrimonial, están efectivamente destruidas las bases de la convivencia matrimonial.

Haciendo un recorrido por el hecho probado, selecciona una serie de puntos fácticos de los que se derivan, a su juicio, la imposibilidad de considerar el parentesco como circunstancia agravante. Expone que las relaciones matrimoniales atravesaban una grave crisis, con episodios de malos tratos de palabra y obra incluso en la propia calle. Existía una separación de hecho y consta la voluntad firme de la víctima de iniciar acciones legales para conseguir la separación conyugal, habiendo solicitado el beneficio de justicia gratuita. Señala que había desaparecido la « *affectio maritalis*» entre los cónyuges como se demuestra por la existencia de agresiones en plena calle, por el traslado de la víctima a casa de su madre y por los acosos y amenazas, así como la petición de justicia gratuita ya mencionada.

2. El artículo 23 del vigente Código Penal, introduce ligeros retoques en la redacción de la circunstancia mixta de parentesco en relación con el anterior artículo 11 del Código Penal derogado. El citado precepto distingue conceptualmente

y, al mismo tiempo, homologa punitivamente, los supuestos de vínculos legales derivados del matrimonio o de la condición, de ascendientes, descendientes o hermanos con la estable relación afectiva de hecho que se equipara, a los efectos modificativos de la responsabilidad criminal, al matrimonio. La alternatividad entre los efectos agravatorios o atenuatorios, se ha decantado doctrinal y jurisprudencialmente por activar sus consecuencias agravatorias generalmente cuando se trata de delitos contra las personas y concederle resultados atenuatorios e incluso absolutorios, en la mayor parte de los delitos contra el patrimonio.

No obstante los campos de actuación no están perfectamente delimitados por el Texto Legal, con lo que presenta u ofrece especial importancia la interpretación jurisprudencial de los efectos mixtos de la circunstancia de parentesco.

3.—Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que no se puede objetivar su carácter agravatorio, sin profundizar en el examen de la realidad afectiva y de convivencia existente en cada caso. El reproche debido a la mayor antijuridicidad del hecho y a la especial culpabilidad de su autor, se debe basar en la reacción frente a la ruptura de las relaciones de convivencia y sus posibles repercusiones sobre los sentimientos de afectividad que se supone deben existir entre las personas unidas por determinados vínculos conyugales o parentales. Una pionera Sentencia de esta Sala, de 10 de marzo de 1982, había establecido que debe revisarse los efectos de la circunstancia mixta de parentesco, cuando se aprecie, en definitiva, una profunda tirantez de relaciones entre los propios parientes protagonistas de los hechos, de tal manera que se coloquen en una situación semejante a la de los enfrentamientos entre extraños, porque, en tales casos, no puede nunca influir el parentesco en el estado anímico del autor, que es el fundamento subjetivo o base psicológica de esta circunstancia.

4. A partir de esta reflexión, se ha planteado la necesidad de revisar las interpretaciones objetivas y puramente formalistas que anudaban el efecto agravatorio al hecho de la existencia de un vínculo legal, sin contemplar realidades alternativas, como la separación de hecho y sus consecuencias sobre la mayor o menor antijuridicidad del hecho o de la culpabilidad del autor.

La cuestión se llevó, en relación con el anterior delito de parricidio, a una Sala General de fecha 9 de diciembre de 1993 que sentó su parecer, por mayoría, sobre los siguientes criterios. La propia naturaleza del vínculo matrimonial, impide considerar de una manera automática y unitaria, el efecto punitivo sobre los supuestos en que un cónyuge mata a otro. El principio de culpabilidad exige que, en cada caso, se busque la verdadera medida de este componente del delito, que pueda existir en la conducta enjuiciada. Por otro lado no puede desconocerse que, la situación de separación efectiva de hecho, tiene consecuencias jurídicas reconocidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, por lo que también se deben considerar estas consecuencias en el ámbito del derecho penal. Para ello es necesario profundizar en la búsqueda de la solución adecuada, en función del grado de deterioro de las relaciones conyugales y parentales, de manera que una simple diferencia o discusión no puede ser considerada como apoyo, para enervar los efectos agravatorios del parentesco sobre las agresiones personales. Es necesario que se compruebe la existencia de una ruptura duradera en el tiempo, que pueda servir de base para debilitar los sentimientos afectivos y para abrir un paréntesis prolongado en las relaciones personales.

5. Ciñéndonos al contenido del hecho probado, que no ha sido impugnado por la parte recurrente, podemos observar que el Magistrado Presidente del Tri-

bunal del Jurado, al redactar lo acontecido, en función del objeto del veredicto y de las respuestas de los jurados, nos dice que, antes de producirse los hechos, habían existido otras crisis conyugales, si bien no especifica las fechas en que se produjeron. Con mayor precisión cronológica se resalta una discusión del acusado con su mujer, consistente en un maltrato en plena calle ocurrido el día 19 de febrero de 1998, a consecuencia del cual, la esposa se va a vivir a casa de su madre. A partir de este momento el marido intentó que volviese al domicilio conyugal, anunciando su muerte para el supuesto de no regresar. El siguiente día 6 de marzo el acusado subió al inmueble donde vivía la víctima y después de conseguir que le abriese la puerta, desencadena toda su actividad criminal que acaba con la vida de la agredida.

Ya hemos dicho que, para eliminar o hacer irrelevantes los efectos agravatorios del parentesco conyugal, es necesario que se haya producido una situación prácticamente irreversible derivada de una notoria prolongación en el tiempo de la falta de convivencia. El escaso período transcurrido, desde el momento en que se produce el abandono del domicilio conyugal, hasta que se consuma el acto homicida y la persistente conducta del acusado tratando de reanudar la vida matrimonial, nos llevan a la conclusión de que no nos encontramos ante una destrucción, más o menos definitiva de la relación entre ambos cónyuges, sino ante una situación de tensión que no elimina, de forma irreversible, los lazos que se derivan de una relación parental de esta naturaleza. Todo ello nos lleva a la conclusión de que la actuación del acusado se mueve dentro del ámbito familiar que previamente habían establecido y que no habían llegado a cortar de manera definitiva por lo que es de apreciar la agravante de parentesco tal como ha sido estimada en la Sentencia recurrida.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 25 julio 2000)

### *Apreciación de la agravante de parentesco cuando los cónyuges mantienen la convivencia, pese a que la relación estaba deteriorada*

Cuarto. Por igual vía casacional, se denuncia en el tercer motivo la aplicación indebida de la agravante de parentesco, prevista en el artículo 23 del Código Penal («es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor»).

Respecto a este *thema decidendi*, y siguiendo la Sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 1998, debemos señalar: 1.º) Una antigua doctrina jurisprudencial –*ad exemplum* SSTS de 8 julio 1981, 29 mayo 1982, 25 abril 1985, 15 noviembre 1986 y 21 septiembre 1991– en que la separación judicial de los cónyuges no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que no impedía la aplicación de la agravante a efectos del artículo 420 párrafo último y del artículo 405 del Código de 1973. 2.º) La Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio de Actualización del Código Penal

suprimió tal referencia en el artículo 420. 3.º) La jurisprudencia de esta Sala mostró que ha de concurrir, además del dato objetivo del parentesco, la relación de afecto personal –ver SSTs de 26 junio y 15 septiembre 1986, 22 marzo 1988 y 27 diciembre 1991, de 20 abril, y 13 octubre 1993–. 4.º) Si bien la Sentencia de 9 diciembre 1993 recogió al respecto que «al hilo y acorde con lo argumentado precedentemente, la doctrina de esta Sala, pacífica y reiteradamente viene declarando y así, entre otras, en las SSTs de 7 junio 1985, 15 noviembre 1986, 31 octubre 1987, 27 y 29 septiembre y 4 octubre 1988, 9 febrero 1989, 25 febrero 1991 y 7 abril 1993 y en el Auto de 31 marzo 1993, que el estado de separación matrimonial no descalifica a la víctima de la condición de cónyuge, pues este condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial (o la declaración de divorcio), porque lo que origina la condición de cónyuge es precisamente la existencia del vínculo que nace al contraer matrimonio, el cual se extingue únicamente por muerte, nulidad o divorcio...». 5.º) La Sala Plena (no jurisdiccional) de esta Sala Segunda acordó el 18 de febrero de 1994 por mayoría la exclusión del artículo 405 del anterior Código Penal en los casos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor. Así se recogió en las SSTs de 28 marzo, 31 octubre y 12 julio 1994, de 25 septiembre y 24 noviembre 1995. 6.º) Se declaró estimar la agravación cuando la convivencia no se había interrumpido –Sentencia de 11 mayo 1996– o cuando subsistía la  *affectio maritalis* –Sentencia de 8 marzo 1995– añadiéndose en la de 11 octubre 1996, que la cesación de la convivencia en el caso no significaba desafección, pero exigiéndose, en todo caso una concurrencia de afecto –SSTs de 30 abril, 6 mayo, 13 junio, y 2 diciembre 1997.

Aun cuando esta circunstancia mixta es debatida su justificación en la doctrina científica y por la jurisprudencia de esta Sala, con múltiples pronunciamientos a este respecto, para su concurrencia es necesaria una notoria desafección sentimental, no el simple deterioro de las relaciones personales, que tenga una cierta duración temporal y, en ocasiones, se ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio conyugal. En el caso, agresor y agredida era cónyuges y mantenían la convivencia a pesar de que su relación estaba ciertamente deteriorada, en el  *factum* únicamente se expone que apenas se hablaban, pero que lo era «en especial en las fechas más recientes», por lo que el motivo tiene que ser desestimado, al faltar el requisito de la temporalidad.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

*La agravante de parentesco no es apreciable en homicidio por imprudencia de madre a hija, ya que la omisión de deber de cuidado comprende el supuesto de la agravación*

Tercero. 1. Analizamos la cuestión sobre la concurrencia de la circunstancia mixta, considerada como agravante, a los hechos enjuiciados.

2. La Sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado afirma la concurrencia de la circunstancia de parentesco al concurrir los dos requisitos que

estima precisos: la existencia de una relación parental entre la madre y la recién nacida y el conocimiento por el sujeto activo de la existencia de la relación.

Esta Sala en interpretación del artículo 23 del Código Penal vigente ha señalado que la agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho precisamente por el aprovechamiento de la relación parental. En términos de la STS de 29 de junio 2000, la agravación «aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura». Por ello hemos declarado que junto a los dos requisitos que la Sentencia del Tribunal del Jurado expone, la existencia de la relación parental y el conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental.

Por otra parte, la condena por delito de homicidio imprudente, en los hechos que el Tribunal del Jurado declara probados, no permite la aplicación de la circunstancia de parentesco como agravación, pues la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación.

Consecuentemente, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 19 octubre 2000)

## ARTÍCULO 28

*Es autor de asesinato y atentado y no colaborador de terrorismo quien decide el lugar y forma de cometer la acción criminal*

Tercero. Según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el artículo 14.3.º CP 1973 y en el 28 b) CP de 1995, cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. Tiene también declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su

colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (*vid.* SSTs de 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario (*vid.* SSTs de 31 octubre 1973, 25 septiembre 1974, 8 febrero 1984 y 8 noviembre 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (*vid.* STS de 15 julio 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTs de 9 mayo 1972, 16 marzo y 12 mayo 1998). La Sentencia de esta Sala de 24 febrero 1995 entiende que por la aplicación de la teoría de los bienes escasos, se estimará que hay cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, y que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común, y que resulta causalmente eficaz para el resultado (SSTs de 28 enero 1978, 18 junio 1981, 27 octubre 1982, 26 abril 1989, 14 febrero, 15 julio, 23 septiembre y 26 diciembre 1993 y 7 diciembre 1994).

(Sentencia de 24 abril 2000)

*Autoría conjunta: participación aditiva en delito de homicidio mediante actos que facilitan el ataque letal del otro acusado*

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

El caso de autos es un típico supuesto de participación adhesiva o sucesiva, como estimó la Sentencia recurrida en su Fundamento sexto. Hubo una coincidencia de voluntades de los partícipes, lo que se ha denominado también dolo compartido, y si la acción de Miguel L. C. fue la decisiva para el logro del propósito homicida presente en ambos acusados, las acciones iniciales de Miguel L. B., de golpear con el puño y acuchillar a Francisco N. T., facilitaron el ataque del otro, que golpeó por la espalda a Francisco, mientras éste estaba atento a rechazar la agresión de Miguel L. B.

(Sentencia de 26 julio 2000)

*Concepto de cooperador: teorías para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad. Realización de conductas formando parte de un grupo de conducción y ejecución de las víctimas, registro de vivienda, arrastrar y abandonar cadáveres entre otros actos*

Séptimo. (...) Concretamente, el recurrente que actúa en nombre de S. S. aduce, como soporte esencial de su tesis, que el *factum* no recoge el acuerdo previo del acusado con los demás, su participación subjetiva en los planes de dar muerte a las víctimas y los actos de colaboración o ejecución que se le imputan dentro del grupo de personas actuantes de modo que se trate de actos trascendentales de cooperación necesaria.

No ofrece duda que el cauce casacional elegido impone el escrupuloso e integral respeto a las declaraciones fácticas de la Sentencia de Instancia. Ubicadas éstas en el relato de hechos probados y en las fundamentos jurídicos cuarto y sexto, resulta ilustrativo rememorar sintéticamente con el Ministerio Público su contenido: se narra su acuerdo previo con los demás integrantes del grupo y su intervención directa en la planificación delictiva contactando telefónicamente el 8 de noviembre de 1993 con Sergio P. Asimismo sus contactos con las víctimas desde que llegaron a Ciutadella, llevándoles a la finca por él alquilada donde el grupo tenía previsto llevar a cabo las acciones punibles. Estuvo presente con los demás integrantes del referido grupo actuando de acuerdo con los autores materiales que, en acción conjunta, con los otros componentes del mismo dispararon sobre las víctimas con el arma que se encontraba en la casa y torturaron a una de ellas para lograr sus propósitos, tras registrar todos ellos el inmueble. Finalmente, trasladó en su automóvil los cadáveres hasta el lugar en que fueron hallados e hizo desaparecer las huellas de los crímenes.

Ante dicho comportamiento no está justificado cuestionar, negando la concurrencia de sus requisitos, el título de imputación asignado de acuerdo con los términos del artículo 14.3.º del CP derogado, pues la cooperación necesaria, según la jurisprudencia de esta Sala, debe apreciarse cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), mientras que la complicidad se apreciará cuando, no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria, exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario. La Sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1995 entiende que por la aplicación de la teoría de los bienes escasos, se estimará que hay cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, que no estaría dispuesto a proporcionar el ciudadano común y que resulta causalmente eficaz para el resultado (en el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 28 enero 1978, 18 junio 1981, 27 octubre 1982, 26 abril 1989, 14 febrero 1993, 15 julio 1993, 23 septiembre 1993 y 26 diciembre 1994).

En definitiva, cualquiera que sea el criterio dogmático utilizado para delimitar el concepto de autor por cooperación necesaria y destacando que la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios sin adscribirse a ninguno de ellos en ex-

clusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración de la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio, se asume sin dificultad que la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, sino que desarrolla únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro, o por unos y otros, en el contexto del concierto previo o *pactum scaeleris*.

Ello significa que aplicando los parámetros jurisprudenciales definidos al caso sometido a consideración, concluimos ratificando la decisión del Tribunal Provincial en tanto que la contribución de los condenados al éxito del resultado delictivo tiene carácter relevante en cuanto que aporta a la empresa delictiva una actividad de naturaleza decisiva que, además, no es fácilmente obtenible en el seno del comportamiento habitual de la mayoría de los ciudadanos.

A tal efecto –y sin perjuicio de resaltar el contenido del fundamento jurídico sexto de la combatida por conformarse como resumen de la justificación producida por el Tribunal Provincial en orden a la cuestión ahora debatida– creemos oportuno reproducir también el fundamento jurídico primero de dicha resolución. En los asesinatos, «los dos acusados actuaron –como se verá– como partícipes, a modo de cooperadores necesarios. Este Tribunal no puede ni debe ocultar su convencimiento de que en el banquillo de los acusados no están todos los que son y lo son los dos que lo están. Los dos procesados formaban parte de un grupo de personas unidas, previo acuerdo para los mismos fines u objetivos, que eran los de tratar sobre transporte o pases de droga, o de su entrega, devolución o recogida (en estos casos los dos fallecidos serían “correos”), o exigir el pago de la entrega o de pases anteriores, o de abonar el precio, o recuperar las sumas ya pagadas, o cobrar deudas atrasadas, o exigir las sustancias estupefacientes sin haber reunido y pagado la totalidad del precio, o dejar de pagar el valor pactado, o cualquier tipo de ajuste de cuentas, o una combinación con las y de las finalidades aludidas, precedentemente reseñadas en los párrafos 1.º, 5.º, 6.º, 7.º y último del relato fáctico. El propio acusado L. A. S. manifestó que los dos fallecidos le habían dicho que habían venido a tratar negocios con unas personas, y que tales negocios se relacionaban con drogas, que le pidieron un lugar para tratar el tema, y les facilitó la dirección de su casa que no ocupaba, y que ellos dos habían quedado con tales personas y facilitado la dirección; y si fuere preciso, bien para unas alternativas u otras, quitándoles la vida, sin dejar pruebas ni rastros comprometedores para ninguno de los componentes.

La participación de los dos acusados lo fue, cuando menos, a título de cooperadores necesarios en la dinámica comisiva, estuvieron presentes durante su ejecución o en su preparación, y se desconoce (porque callan sistemáticamente) si además alguno de ellos o ambos fueron los autores materiales de los disparos que causaron las muertes de Fernando M. y de Guadalupe V. Con todo, se ordenará deducir testimonio de particulares al Juzgado de Instrucción de Ciutadella, referenciados sobre otras personas, ahora no procesadas, por si sus respectivas actuaciones y/o declaraciones o silencios fueron constitutivos de delito. Es evidente que los

silencios que ofrecen los dos procesados benefician a terceros, autores o partícipes e intervinientes en los hechos delictivos, y que no actuaron solos, a sabiendas que con tal actitud determinados actos podrían quedar impunes, y sólo se penarían los correspondientes a su participación, con exculpación de los restantes por miedo propio. No obstante, la relación de amistad y la conexión delictiva entre los dos acusados es clara en el tiempo y en la dinámica de producción y de ejecución de los hechos. Hasta ahora, los dos coprocesados parece que asumen toda la responsabilidad sobre los hechos enjuiciados al haber hecho el "trabajo sucio" de entrevistarse, matar, ocultar los cuerpos y limpiar ropas y vivienda, mientras encubren a otros partícipes o a coautores. La complejidad de los hechos no puede ser asumida sólo por dos personas ni mucho menos por una sola, sino por varias, planeados a partir del día 8 de noviembre 1993, con cometidos y roles distintos pero principales y eficaces, que incluyen, además de las muertes, el trasiego, la adquisición y la ocultación del arma homicida y cartuchos.

En definitiva, sea cual fuere la finalidad pretendida por parte de los componentes del grupo, decidieron matarles comenzando por el varón, a fin de aminorar la posible resistencia que pudiese ofrecer Guadalupe V. L. posteriormente, a la que no dudaron en torturar y finalmente matar, no sin antes haber revuelto y desordenado toda la casa.

La trama inventada por el acusado L. A. S. en contra de determinados miembros de la Guardia Civil, y que intenta sustentar o soportar con otros testigos que han contactado con él en el Centro Penitenciario de Palma, resulta insostenible por inverosímil, desestructurada e increíble, a la vez que fabricar o aportar pruebas falsas y rumores, con mero ánimo exculpatorio.

El grupo organizado de personas, del que los dos acusados formaban parte y tenían distintos roles, viene referido en los párrafos 4.º, 5.º, 6.º y 8.º de los hechos probados, en las actividades de entrevista, conducción y ejecución de las dos víctimas, registro de la vivienda "Bella Pintada" y limpieza, tendido y secado de ropas y prendas de vestir, arrastre y abandono de los cadáveres, así como en los párrafos 11.º y 14.º sobre el propósito u objetivo conocido por los acusados y sobre las relaciones (sobre drogas) de un tercero con los dos fallecidos; y en respuesta a este grupo se ordena deducir testimonio de particulares a fin de investigar la conducta de muchas personas que asimismo puedan ser integrantes del mismo (véase parte dispositiva de la presente resolución).

El testigo señor V. C. se refiere a un grupo de personas conflictivas, en el que se integran los dos acusados, a quien relaciona, al igual que M.ª Isabel V.ª.

Octavo. El discurso impugnativo de la asistencia letrada que recurre representando al condenado R. H. avanza por cauces argumentales parejos a los ya referidos, aun cuando en este caso, el énfasis se pone en la ausencia de identificación de las demás personas intervinientes en la acción, extremo que, a juicio del recurrente, resulta obstáculo insalvable para formar convicción acerca del acuerdo con que actuaron y la intervención concreta que tuvieron los acusados.

Nuevamente hemos de recurrir al contenido fáctico de obligada referencia: *factum* y fundamentos jurídicos tercero, cuarto y sexto en los que se afirma cómo el mencionado acusado en todo el decurso de la acción actuó de acuerdo con los demás integrantes del grupo en el común designio de darles muerte si obstaculizaban sus propósitos. En concreto, el *factum* le imputa el haber estado presente y actuar de consuno con el correo en sus contactos con Sergio P. y personas relacionadas con la mencionada operación de pase de drogas, el haber adquirido días

antes de los hechos la escopeta con los cartuchos utilizada en las acciones homicidas y facilitarla al autor material, su presencia en el inmueble mientras tenían lugar los disparos y torturas y el ocultamiento del arma citada.

La ejecución de tales actos, indiscutiblemente relevantes en términos de aportación a la acción delictiva, merecen la calificación de imprescindibles dados los términos del precepto cuestionado y la praxis jurisprudencial que los interpreta y a la que hemos hecho mención. De ahí que la decisión de homologar la determinación de instancia propicie la reproducción del ya citado fundamento jurídico sexto en el que, en concordancia con las afirmaciones fácticas que le preceden, se establecen las razones instrumentadas para asignar a los acusados el título de actores por cooperación necesaria. Dice así el mencionado apartado de la recurrida: «La respectiva actuación de los acusados, programada, planificada y rápidamente ejecutada, les convierten en autores, según lo prevenido en el artículo 14-3.º del anterior Código Penal. Los contactos, la facilitación de la casa para el encuentro con las víctimas, el traslado a la misma, el uso de la vivienda para llevar a cabo la acción homicida, la utilización del vehículo para cargar y ocultar los cadáveres, así como la petición, adquisición y facilitación y uso del arma homicida y su posterior abandono para ocultarla, son actos eficaces, necesarios y trascendentes en el resultado finalístico de las infracciones, y los procesados contribuyeron a la dinámica con actos de los reseñados, sin los cuales el hecho criminal no hubiere podido realizarse, integrantes de unas actividades adyacentes y destinadas para relacionarse con la de los autores materiales, e imprescindibles, y no se descarta, porque lo callan, que uno u otro o los dos fueren los ejecutores, además de planificadores, previo acuerdo con otros e idéntico fin.

Ambos partícipes contribuyeron y favorecieron, en definitiva, a que el autor o autores (quizá lo son ellos mismos o alguno) realizasen el tipo, haciendo prestaciones peligrosas, a las que le son inherentes simultáneas o ulteriores utilizaciones delictivas, creando una auténtica comunidad con los ejecutores directos, por lo que asumieron consecuencias delictivas como propias. En consecuencia, los procesados no contribuyeron causalmente al hecho de los autores principales (a excepción de que lograrse probarse que lo fueron) sino que aportaron motivos, razones y medios materiales necesarios, cualificados imprescindibles e irremplazables en un momento concreto para que los autores ejecutaran los hechos, sin los cuales, éstos no hubieren sido efectuados (SSTS de 26-6 y 23-10-1989, 30-4 y 22-11-1990, 25-1, 3 y 16-6 y 11-11-1991, 13-10, 4-11 y 11-12-1992, 16-2, 31-3, 15-7 y 8-9-1993, y 17-11-1994, entre otras muchas) o podido ser realizados.

Los actos respectivamente realizados por cada acusado, precedentemente detallados, fueron decisivos, principales y trascendentales en el resultado finalístico de las infracciones, dentro de la planificación de los hechos y a tenor del o de los objetivos previstos por el grupo y de significación causal para el logro de aquéllos.

En su consecuencia, ambos motivos también se rechazan.

(Sentencia de 29 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 29

*Diferencias entre cooperador necesario y cómplice: es cooperador necesario en robo quien facilita la huida de los demás, siendo irrelevante el hecho de que no participe en el botín*

Cuarto. (...) El antiguo artículo 16, hoy 29 CP, define la participación como cómplice en sentido estricto adoptando un criterio de residualidad, por una parte, –no hallándose comprendidos en el artículo anterior–, y, por otra, haciendo mención positiva a la cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. La cuestión, como consecuencia del principio de legalidad, consiste en definir los límites existentes entre lo que constituye la cooperación necesaria a la que se refiere el artículo 28, antes 14, y la contenida en el artículo siguiente. A este respecto la Jurisprudencia de esta Sala ha llenado de contenido la cooperación no necesaria propia de la complicidad refiriéndose a actividad secundaria, coadyuvante, auxiliar, accesoria, subalterna o periférica, caracterizando los actos del cómplice como no imprescindibles para la obtención del resultado, pero sí dotados de cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario serían impunes (SSTS de 28-11-1997, 24-3-1998 y 2-3-2000). Por otra parte, este grado de participación es compatible con la existencia de un acuerdo o pacto previo y desde luego su relación es de accesoriadad por lo que hace a la acción de los autores. Por ello no es posible prescindir de los aspectos relativos al grado de eficacia a la hora de distinguir las dos clases de cooperación, necesaria y complicidad.

Lo que sucede en el presente caso, conforme al *factum* transcrito más arriba, es que la participación del hoy recurrente, no sólo excede de la mera cooperación del cómplice, sino que se inserta más propiamente en el concepto de la coautoría, rebasando incluso la participación por cooperación necesaria. Se había concertado con los otros dos autores para participar en los hechos, asignándole además un papel específico y relevante, cual es facilitar la huida de todos ellos, sobre todo teniendo en cuenta que los hechos se producen en un almacén donde se encontraban presentes varias personas, como se pone de relieve también en el relato histórico, de forma que la huida, su aseguramiento, constituye un elemento principal en la ejecución del plan concebido y compartido por todos los intervinientes. De la misma forma que los actos de vigilancia son estimados constantemente por esta Sala propios de la coautoría o de la cooperación necesaria, con mayor razón la facilitación y aseguramiento de la huida cuando ello resulta esencial teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, como sucede en el presente caso (SSTS de 14-10-1998, 5-10-1999).

La cita, en defensa de su argumentación, que hace el recurrente de la Sentencia de esta Sala de 25-10-1993, no puede servir de base para la estimación del recurso si tenemos en cuenta lo que en la misma se señala en el fundamento de derecho tercero *in fine*. Y así, refiere un relato «ambiguo», se habla de solicitud de «ayuda (...) con el simple fin de conducir los camiones una vez los sacaran del almacén en donde se encontraban», sin tener participación los cómplices en el beneficio que los autores pensaban obtener con la carga, concluyendo en la existencia de una «colaboración contingente y secundaria», lo que desde luego no

constituye doctrina aplicable según los hechos declarados probados en el presente caso.

Por todo ello el motivo también debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

## ARTÍCULO 50.5

*Días-multa: cuando se desconozca la solvencia del penado no existe obligación de imponer necesariamente la cuota mínima de 200 ptas. Imponer cuota de 1.000 es razonable*

Tercero. El tercer motivo denuncia por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del artículo 50.5 del Código Penal por fijarse en la pena de multa una cuota día de 1.000 pesetas, sin justificación alguna, cuando legalmente se establece un abanico entre 200 y 50.000 pesetas día. Entiende el acusado que al decir la Sentencia que su solvencia es desconocida no debió superarse la cifra de 200 ptas./día.

El motivo debe desestimarse. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su oposición, la motivación exigida en el artículo 50.5 debe entenderse dentro de un margen de racionalidad con el fin de atemperar el hecho a las circunstancias personales económicas del culpable. Una multa cuya cuota diaria puede estar entre 200 y 50.000 pesetas diarias, y que se fija a razón de 1.000 ptas./día se ha impuesto en el primer escalón de los cincuenta que la multiplicación de ese importe podía recorrer. Tan próximo está al límite mínimo, y tan alejado se encuentra del límite máximo, que el importe fijado, una 50.<sup>a</sup> parte del total autorizado, no supone infracción alguna en la individualización punitiva cuando se desconoce la solvencia del acusado. La innecesariedad en tales casos de imponerse exactamente la cifra de 200 ptas./día ya fue declarada por esta Sala en su Sentencia de 7 de abril de 1999, cuyo criterio se reitera en esta resolución.

El motivo por lo expuesto se desestima.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

## ARTÍCULO 53.3

*No procede el cumplimiento del arresto sustitutorio si la pena de prisión a la que acompaña era menor de cuatro años pero al sumarle los días de arresto sobrepasa ya ese límite*

Tercero. Los motivos segundo, tercero y cuarto pueden agruparse en uno solo, en tanto que se cuestiona en todos ellos, la individualización penológica que lleva a cabo la Sala sentenciadora, tanto por la vía del artículo 66.1 del Código Penal, como por la infracción del artículo 53 del propio Cuerpo Legal, todos

ellos formalizados por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, el Tribunal sentenciador, sin dedicar fundamento jurídico alguno relativo a la individualización penológica, impone a ambos acusados la pena de prisión de cuatro años y multa de diez millones de pesetas, determinando un arresto personal sustitutorio de un año en caso de impago. Por consiguiente, analizaremos primero si tal consecuencia punitiva por impago de la multa proporcional es correcta desde la óptica de la legalidad penal y después realizaremos las oportunas consideraciones jurídicas acerca de la aplicación judicial de la individualización penológica en el caso sometido a nuestra revisión casacional.

Aun cuando hoy la regla ordinaria es la imposición de multas bajo el denominado sistema escandinavo, que se desenvuelve normativamente en el artículo 50 del CP 1995, en ciertos casos, como los previstos en el artículo 52, y únicamente cuando la Ley así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, ya que el artículo 369.3.º (en relación con el art. 368) permite la imposición de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito, siendo conforme a derecho la multa impuesta de diez millones de pesetas, en tanto que tal droga fue valorada, y así consta en el relato histórico de la Sentencia recurrida, en la cantidad de 5.093.625 pesetas. En tales supuestos de multa proporcional, ordena el artículo 53.2 que «los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad». En el caso revisado, el Tribunal sentenciador impuso la máxima duración –un año– sin razonamiento alguno tampoco sobre este aspecto, e individualizó la pena de prisión en cuatro años, realizando una operación penológica que, como veremos seguidamente, infringe el contenido del artículo 53.3 del CP 1995, en la forma que se interpreta jurisprudencialmente tal precepto. En efecto, el motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, merece acogida porque –como señala la doctrina de esta Sala (exponentes de la misma son, entre otras, las Sentencias de 23 abril y 26 septiembre 1996)–, interpretando el CP 1973, tanto cuando se condena por un delito a pena de más de seis años de privación de libertad, como cuando la condena se componga de varias penas privativas de libertad inferiores a la indicada, pero cuya suma total la excede, no puede imponerse al condenado la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 91 del CP 1973 para el supuesto de impago de las penas de multa impuestas; llegando a aplicarse esta regla para aquellos otros supuestos en que la privación de libertad impuesta al condenado no alcance los seis años, pues, «si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años, porque en otro caso se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de seis años y un día que el que lo fue, por ejemplo, a las de cinco años y once meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los seis años y un día» (véanse las SSTs de 1 de febrero de 1994 y la más cercana de 30 de mayo de 1997).

Tras la promulgación del CP 1995, se mantiene esta misma línea interpretativa por la jurisprudencia, así, la reciente Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2000, realizando un exhaustivo estudio de esta cuestión, mantiene que el artícu-

lo 53.3.º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena de multa privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es «superior» a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorias como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

En consecuencia el artículo 53.3.º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal.

(Sentencia de 31 octubre 2000)

## ARTÍCULO 56

*Razones por las que se pueden imponer las penas de suspensión de cargo o empleo público y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo aun que no guarden relación con el delito cometido*

Quinto. También como infracción de ley, aun cuando sin efectos sobre el fallo de la segunda Sentencia que ha de dictarse por esta Sala para no vulnerar la prohibición de la «reformatio in peius», debe señalarse la omisión de la pena accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, solicitada expresamente por el Ministerio Público y prevista legalmente en el artículo 56 del Código Penal para estos supuestos, pena que la Sala omite expresando su criterio de que no guarda expresa relación con el delito cometido.

Como señalan las SSTs de 23 de marzo y 18 de octubre 1999, el artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece efectivamente la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación». Pero este requisito se refiere a la pena accesorias de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», y no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de

cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

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

En segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los artículos 42 y 45 del mismo texto legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados.

En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el artículo 41.2.º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (STS de 9 de junio de 1989, entre otras).

En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena.

Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, artículo 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta. El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad– que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

En definitiva, el artículo 56 del Código Penal 1995 emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como sucede en el caso actual, la pena accesoria a imponer es precisamente la re-

sidual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tal y como interesaba el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 14 julio 2000)

## ARTÍCULO 57

*Prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito. Esta medida debe cumplirse una vez extinguida la pena privativa de libertad*

Segundo. (...) El Ministerio Fiscal interesa en la parte final de su escrito que el cumplimiento de la pena de prohibición de volver al lugar de los hechos se produzca a continuación del de la pena privativa de libertad, ya que en otro caso no se cumpliría la finalidad perseguida con aquélla.

Por el contrario la representación del procesado pide que, en caso de imponerse la pena solicitada, su cumplimiento sea simultáneo al de la principal, «por cuanto el transcurso del tiempo en prisión atenuaría considerablemente aquel posible temor de la víctima».

Hemos de aceptar la primera postura ya que, como se dice en la Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 1999 citada por el Fiscal, de acordarse el cumplimiento simultáneo de la pena principal y de la accesoria impropia, se perdería la finalidad de prevención de ésta, convirtiendo en ilusoria la protección que debe dispensarse a la víctima.

Por todo lo expuesto el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 58.1

*La prisión preventiva sufrida en causa en la que fue absuelto es abonable en otra cuyos hechos se cometieron antes de conocerse aquella absolución*

Tercero. El artículo 33.1 CP anterior establecía que «el tiempo de prisión preventiva sufrida durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena...», precepto que entendido en su literalidad no permitía el mencionado abono para otras causas diferentes de aquella en la cual se había acordado esa prisión provisional.

Sin embargo, la doctrina de esta Sala, en beneficio del reo, en los últimos años viene siguiendo un criterio amplio a fin de que tal abono pueda producirse (SSTS de 3-12-1990, 24-11-1992, 2-7-1993, 23-3-1998 y 4-11-1998, entre otras muchas).

Nos pareció lo más razonable reconocer, en beneficio del reo, la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza.

No tiene sentido acudir al sistema de indemnización por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, previsto en los artículos 292 a 297 de la LOPJ, si es posible computar la privación de libertad en otra causa distinta de aquella en la que se acordó.

Ahora bien, necesariamente este criterio, que debe reputarse como la regla general, ha de tener una excepción por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional *no computable en la propia causa, conocedor ya de tal situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla.*

Ciertamente, tal sentimiento de impunidad, por saberse titular de un crédito o saldo positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria con pena inferior) dictada en la causa en la que la medida cautelar de privación de libertad fue acordada, sin que haya razón alguna para denegar la aplicación de tal abono en los demás casos.

Con relación a tal artículo 33.1 fue necesario hacer una interpretación amplia en beneficio del reo y lo mismo ha de hacerse ahora con referencia al artículo 58.1 CP actual, tal y como razonamos a continuación.

Cuarto. Dice el artículo 58.1 que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión».

Tal artículo establece una regla general de abono de la privación de libertad sufrida preventivamente (detención y prisión provisional), primero en la propia causa en que se produjo la medida cautelar y, subsidiariamente, en cualquier otra.

El requisito al que se refiere la última parte de tal norma («siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión») establece una excepción a la aplicación de esa regla general al imponer un límite cronológico que tiene su fundamento en esa doctrina de esta Sala antes referida, por la que no se permite el abono de la prisión provisional en causa diferente a aquella en que tal prisión se acordó cuando el reo conoce la Sentencia que le absolvió o le impuso pena inferior a la privación de libertad ya sufrida como medida cautelar y puede delinquir sabiendo que no va a cumplir la pena por tal abono o que la va a cumplir en cuantía menor a la legalmente prevista. Esa licencia para delinquir, como expresivamente dice la Sentencia de esta Sala de 23-3-1998, constituye un factor criminológico que ha de evitarse.

Éste es el fundamento de esta limitación o excepción a la regla general de abono de la detención o prisión provisional. En beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que pueda autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado artículo 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la Sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal Sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58.1 al que nos estamos refiriendo.

Aplicando tal doctrina al caso presente hay que estimar que la Audiencia Provincial tenía que haber acordado también el abono de los casi seis meses sufridos por Youssef K. en la causa en que fue absuelto por Sentencia de 21 de mayo de 1997, pues tal Sentencia absolutoria se dictó después de haber tenido lugar los hechos delictivos por los que se le impuso la pena pendiente de cumplimiento (véase el fundamento de derecho 1.º de la presente resolución).

Tales hechos delictivos ocurrieron el 13 de noviembre de 1996, cuando aún no se había dictado la mencionada Sentencia absolutoria y, por tanto, no cabe hablar aquí de que en esa ocasión hubiera delinquido con ese peligroso sentimiento de impunidad que constituye la razón de ser de la limitación del abono de prisión provisional prevista en el artículo 58.1.

En conclusión, ha de ser estimado este motivo 1.º en el que, por el cauce del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del mencionado artículo 58.1 CP.

Quinto. En el motivo 2.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora referida a los artículos 90 CP y 58 y ss. del Reglamento General Penitenciario. Plantea aquí el recurrente una cuestión relativa al cómputo del tiempo sufrido en prisión provisional, a los efectos de determinación de las tres cuartas partes de la condena que han de transcurrir para la aplicación de la libertad condicional.

Se trata de un tema de contenido penitenciario al que no se refiere el Auto recurrido y que por ello no puede ser objeto del presente recurso, lo que obliga a desestimar este motivo 2.º

(Sentencia de 11 mayo 2000)

*No procede el abono a causa por hechos posteriores a la Sentencia absolutoria en que se había acordado la prisión provisional. Fundamento en la seguridad jurídica*

Primero. 1. Se denuncia en el primer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, la infracción por inaplicación de los artículos 33 del CP 1973 y 58 del CP vigente de 1995, basándose en que el Auto impugnado no se ajusta a las

disposiciones legales ni a los derechos fundamentales, aunque éstos no se concretan.

2. En la ejecutoria 50/1999 procedente del Juzgado de 1.ª instancia e Instrucción núm. 4 la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería por Auto de 13 de agosto de 1999 se denegó al recurrente la posibilidad de deducir de la condena impuesta en dicha causa el tiempo de prisión preventiva sufrido en el procedimiento abreviado núm. 177/1993 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en la que fue absuelto por Sentencia de 16 de mayo de 1996 de esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo y en el que estuvo en prisión provisional en tres ocasiones: desde 3-8-1993 a 4-9-1994, 2-11-1994 a 4-4-1995 y 12-4-1995 a 16-5-1996.

3. Se funda el Auto impugnado en que tanto el tiempo de prisión preventiva de la causa de la Audiencia Provincial de Murcia como la fecha de la Sentencia absolutoria recaída en la misma «son de fecha anteriores a la de comisión de los hechos de los que dimana» la ejecutoria de la Audiencia Provincial de Almería.

El Auto no precisa, como debiera, haber hecho, la fecha exacta de los hechos.

A los efectos de este recurso es suficiente que el Auto así lo afirme, como el Ministerio Fiscal en la instancia y en la casación y que nada se objete, a este respecto, por el recurrente.

4. El artículo 33.1 CP 1973 en su dicción literal no permitía el abono de la prisión provisional en otras causas diferentes de aquella en la cual se había acordado.

La doctrina de esta Sala, en beneficio del reo, mantuvo un criterio amplio a fin de que tal abono pueda producirse (SSTS de 3-12-1990, 24-11-1992, 2-7-1993, 23-3-1998, 4-11-1998 y 11-5-2000).

La posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, era conforme con un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en cuya virtud, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza.

Necesariamente este criterio, que debe considerarse como la regla general, ha de tener una excepción por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional no computable en la propia causa, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla, sentimiento de impunidad que constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria.

5. El artículo 58.1 del CP vigente establece que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión». Se da rango normativo a criterios de mayor amplitud que los del artículo 33 del Código derogado, en la línea de la jurisprudencia expuesta, pero manteniendo el límite cronológico que excluye la posibilidad de abono de la prisión preventiva a otras causas, cuyos hechos sean posteriores a la Sentencia absolutoria de la causa en la que se había acordado la medida cautelar, como sucede en el caso enjuiciado, pues en otro

supuesto se daría lo que expresivamente se calificó como «licencia para delinquir», como evidente factor criminógeno, en la Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1998 invocada en la resolución combatida.

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 22 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 66.1.A

*No concurriendo ni atenuantes ni agravantes se debe razonar la individualización de la pena, pudiéndose obtener el motivo de la imposición de una mayor pena a algún coacusado de los hechos probados en atención a la mayor relevancia en la participación de alguno de ellos*

Tercero. (...) En el tercer motivo, del que no se explicita carece con una concisión extrema se limita el recurrente a cuestionar la distinta extensión de la pena que se ha impuesto a los recurrentes, ya que siendo todos coautores del mismo delito, Inmaculada Concepción y Juan Manuel son condenados a penas de prisión de nueve años y un día y Miguel Ángel R. a diez años.

Como ya es doctrina reiterada de esta Sala –SSTS de 12 de junio 1998, 27 de abril, 10 de mayo y 11 de junio 1999–, una de las manifestaciones del deber de fundamentación –art. 120.3.º CE– está constituida por la individualización judicial de la pena, extremo al que el vigente Código Penal se refiere en diversos artículos –art. 66.1.º entre otros–. El amplio margen de individualización judicial que se concede, tiene su justo límite por el razonamiento judicial, de suerte que una vez más, hay que recordar que discrecionalidad no es equivalente a arbitrariedad, por ello los Tribunales deben explicitar, siquiera someramente la razón del porqué se impone una determinada cantidad de pena, lo que resulta de la mayor importancia cuando son varios los coautores y no a todos se les impone la pena en la misma extensión. Es evidente que el silencio del Tribunal de instancia en este sentido debería llevar a la rectificación de la pena e imposición del mínimo legal ante un exceso no justificado, sin embargo existe una excepción a este criterio, cuando en el *factum*, o en datos de hecho que puedan encontrarse en la fundamentación de pueda afirmar sin error que aparecen reflejadas circunstancias que individualizan la conducta de uno de los coautores haciéndole merecedora de una mayor pena, dentro del límite legal y por encima de la señalada a los otros coautores. Todo enjuiciamiento es un concepto individualizado, y la concurrencia de especiales circunstancias en uno de los acusados puede justificar un tratamiento penal diferente dentro de los límites legales.

Ésta es la situación del caso que se analiza, pues si bien es cierto que en la fundamentación de la Sentencia se silencia incorrectamente la individualización de la pena, aparece con claridad en el *factum* un mayor protagonismo en la persona de Miguel Ángel R. P. en la medida que él es quien tenía la conexión en Panamá para recibir la droga, entra en contacto con Juan Manuel invitándole a intervenir en el delito, y finalmente efectúa el ofrecimiento a Inmaculada Concepción. Toda esta

situación recogida claramente en el *factum* denota un mayor protagonismo y justifica la diferencia de pena –un año más– impuesta a Miguel Ángel R. en relación a los otros dos condenados, acorde con su mayor protagonismo que la Sala de instancia le reconoce en el *factum* de suerte que ese dato justifica una mayor pena. Ésa es la razón de su pena y ello permite a esta Sala explicitarlo sin perjuicio de recordar que debió ser el Tribunal de instancia quien debió hacerlo.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 28 enero 2000)

### *Concepto de «gravedad del hecho» y «circunstancias personales del delincuente» para la individualización de la pena*

Decimonoveno. Mayor atención merece el estudio del tercer motivo que, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de la regla primera del artículo 66 del Código Penal, ya que la Sala sentenciadora, sin motivación alguna, impone la pena por encima del mínimo legal, siendo condenados a cuatro años de prisión, por lo que solicita se imponga la penalidad correspondiente en su grado mínimo.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 16 de febrero de 1999, cuando el artículo 66.1.ª del Código Penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto. Estos factores son de distinta naturaleza de los que integran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tal como se definen en el Código. Por ello no forma parte de estos componentes sociológicos-psicológicos la ausencia de antecedentes penales, ya que ello sólo sirve para descartar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y no siempre su ausencia se debe a la carencia de antecedentes sino a la naturaleza, tiempo y catalogación de anteriores comportamientos delictivos. En el proceso de individualización de las penas, debe jugar una serie de factores que actúen al margen de las reglas más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos.

El artículo 66, regla primera, del Código Penal, dispone que «cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la Sentencia». Evidentemente, la

gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla primera del artículo 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el caso que nos ocupa, la resolución impugnada no incorpora a su esencial estructura las consideraciones técnicas en las que se debían analizar las posibilidades de activación de las previsiones normativas que el recurrente plantea. De ahí que, en orden a la motivación de la pena, esta Sala haya recordado con reiteración la «conveniencia de una motivación sobre el particular, explicitando las razones que hayan presidido la solución aceptada» (SSTS de 5 de diciembre de 1991 y 26 de abril de 1995, entre otras), porque, como dice la Sentencia de esta Sala, de 21 de junio de 1999, la facultad de individualizar la pena dentro del marco legalmente determinado está jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente y afectan en supuestos como el presente a un derecho fundamental de contenido sustancial, el derecho a la libertad personal del recurrente que constituye, además, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional en Sentencia de 10-3-1997 afirma que «la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC 14/1991 fundamento jurídico 2.º, entre otras), sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior».

La Sala sentenciadora no ha dedicado ningún apartado en su fundamentación jurídica para la justificación de la individualización penológica que lleva a la parte dispositiva de su resolución judicial, con clara infracción de lo dispuesto en la regla primera del artículo 66 del Código Penal. Tal déficit argumental no puede en este caso ser suplido por esta Sala Casacional por no contarse con elementos suficientes para dicha individualización, particularmente en lo concerniente a los elementos subjetivos que han de tenerse en cuenta, razón por la cual, estimando el motivo, debemos casar la Sentencia para imponer la pena mínima, efecto expansivo que debe trasladarse al resto de los procesados recurrentes por encontrarse en

idéntica situación, conforme autoriza el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues tal argumento le es perfectamente aplicable por esta motivación a los demás. En efecto, en el caso de Ana C. F., Manuel M. H. y Enriqueta C. C. se impone la pena de prisión en diez años, en lo que se refiere al subtipo agravado de cantidad de notoria importancia (art. 369.3.º CP) sin explicación alguna de tal individualización penológica, cuando, sin embargo, a la hora de imponer la sanción punitiva por el delito de tenencia ilícita de armas que afecta a los dos últimos, se marca su extensión en la mínima, conforme a lo previsto en el artículo 564.1, apartado primero, en relación con el 2.1.ª, por consiguiente aplicando tal efecto expansivo procede casar la Sentencia e imponer en todo caso la penalidad en su grado mínimo, conforme a los parámetros interpretativos que dejamos expuestos.

(Sentencia de 27 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 74

### *Delito continuado en los delitos contra la libertad sexual: criterio jurisprudencial*

Tercero. 1. Por el cauce casacional autorizado por el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del artículo 74 del vigente Código Penal, argumentando el recurrente que la doctrina de este Tribunal viene declarando que, en los supuestos en que una pluralidad de acciones no rompa la unidad de la conducta, por responder a un único plan del agente, es adecuado y congruente la estimación unitaria del delito por ser reflejo de un dolo unitario, y así, «en los casos de reiterados actos carnales que se realizan bajo un solo impulso erótico y en el mismo marco espacio-temporal, es posible la estimación de esos hechos como un solo delito».

2. Es cierto que con carácter general, esta Sala ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla. Pero, no lo es menos, que una línea jurisprudencial más matizada permite admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre, según recuerda la Sentencia de 2-2-1998 –así como, la Sentencia de 22-10-1992 que cita las de 17-7-1990 y 18-12-1991– en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. Sentencias como las de 16-2 y 25-5-1998 y 26-1-1999 admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Es por ello por lo que la praxis doctrinal de este Tribunal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (SSTS de 11 de octubre

y 26 de diciembre de 1996, entre otras), criterio reiterado, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1996, 30 de julio de 1996, 8 de julio de 1997 y 12 de enero, 16 de febrero, 22 de abril y 6 de octubre de 1998.

3. Ahora bien, en el caso sometido a nuestra consideración, no se cumple el requisito de la unidad de sujeto pasivo, ya que nos encontramos con agresiones sexuales realizadas a dos víctimas distintas, hijas del procesado, y por otro lado, aunque pudiéramos aplicar tal expediente a las dieciocho agresiones sexuales cometidas contra Sofía, es lo cierto que la misma fue objeto de un delito del artículo 179 (en relación con el 180.4.º), por la penetración vaginal de que fue objeto, y que igualmente su hija Fátima, como relata el *factum*, cuando tenía trece años, fue golpeada y amenazada de muerte, y valiéndose de su superioridad física, con ocasión también de quedarse a solas en el domicilio familiar, «al menos en dos ocasiones distintas la penetró vaginalmente». De modo que la cuestión planteada, además de improcedente, dado el relato de hechos, intangible, por otro lado, en razón al cauce casacional elegido por el recurrente, no tendría trascendencia penológica alguna, ya que debería ser condenado, al menos, por tres delitos continuados de agresión sexual, el primero por las dieciocho agresiones de que fue objeto Sofía, por la que se impondría la penalidad en la franja superior, y que dada la reprochabilidad de los hechos, no resultaría una pena inferior a la de diez años, otra agresión sexual única, contra dicha hija, con penetración vaginal, que se individualizaría, en el mejor de los casos, en la pena mínima de doce años de prisión, y otro delito continuado en la persona de Fátima, por el que habría de imponerse catorce años de prisión, lo que excedería ya de la limitación del artículo 76 que la Sala sentenciadora ha aplicado, razón por la cual procede desestimar también este segundo motivo casacional, y con él, el recurso de casación.

(Sentencia de 9 junio 2000)

### *Existe delito continuado aunque alguno de los delitos no estén consumados sino sólo tentados*

Primero. (...) El delito continuado aparece con la concurrencia de los siguientes elementos: a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.

b) Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente –dolo conjunto–, o que surja siempre que se dé la ocasión propia de llevarlo a cabo –dolo continuado–, ambas previstas legalmente en las expresiones «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión» del artículo 69 bis del anterior Código Penal, expresiones que se mantienen en el actual artículo 74 CP vigente.

c) Unidad de precepto penal violado, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado.

d) Homogeneidad en el *modus operandi*.

e) Identidad en el sujeto infractor (véanse SSTTS de 20 de marzo y 22 de diciembre de 1998, entre otras).

Es claro que en el caso presente la concurrencia de todos estos requisitos acreditan la continuidad delictiva, y que, por otro lado, no son cuestionados por el recurrente, quien, se limita a censurar la aplicación del artículo 74 CP porque sólo una de las conductas delictivas alcanzó la consumación en tanto que las otras dos no pasaron de la tentativa. Sin embargo, esta Sala viene declarando de manera reiterada y pacífica la existencia del delito continuado «cuando alguna de las conductas que en él se incluyen no hayan alcanzado la perfección de ejecución, y otras sí» (SSTS de 28 de abril de 1994 y de 14 de julio de 1999), siempre que entre estas conductas concorra la identidad de circunstancias que permiten relacionarlas entre sí como constitutivas de la continuidad delictiva a que hemos hecho anterior referencia, y ello es así porque en el caso de disgregar las distintas acciones en razón del diferente grado de ejecución, se haría de peor condición al reo de la pluralidad de esos delitos de desigual grado de ejecución que al que habiendo logrado consumir todas sus actividades criminales se le imputara, como continuado, un solo delito.

(Sentencia de 15 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 76

*Principios que informan a la acumulación de condenas: nulidad del Auto por carecer de datos suficientes para que el TS pueda determinar si procede la acumulación*

Segundo. Esta Sala, en esta cuestión de la acumulación de condenas, después de algunas vacilaciones derivadas de la complejidad del tema y de las distintas circunstancias de hecho que acompañan en cada caso al problema a resolver, sigue actualmente una línea que consideramos suficientemente clara al respecto.

Tanto el CP 1973 en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70, como el ahora vigente en su artículo 76, para delimitar los casos en que cabe aplicar los límites de penalidad cuando hay diferentes penas impuestas en distintos procesos, utiliza la siguiente expresión: «si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

La doctrina de esta Sala, en interpretación de tales normas, se viene manifestando en una doble dirección:

A) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular (*ratione materiae*), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los artículos 17 y 300 LECrim, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos pudieron haber sido objeto de un único procedimiento. Si no lo fueron por razones de índole territorial, o por la diferente clase de infracciones cometidas, o por haber sido tramitados unos procesos con rapidez y otros con lentitud, o por cualquier otra razón, si se trata de hechos de una misma

época, cualquiera que fuese la razón procesal por la que no todos fueron enjuiciados en una misma causa, cabrá la acumulación de la totalidad de las penas impuestas a los efectos de aplicar esos límites máximos fijados por las referidas normas sustantivas, en consideración a unos criterios humanitarios, repetimos, ajenos a los avatares procesales concretos de cada procedimiento. Así pues, venimos aplicando criterios de la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión material expresamente exigida en nuestras normas penales.

B) En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno sólo» (*ratione temporis*). Cuando hay una Sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal Sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya había sido dictada esa Sentencia condenatoria. Esta Sala viene fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna Sentencia condenatoria.

Tercero. En este caso, conforme a lo antes expuesto, tal y como se hizo en la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1999, tendrían que haberse realizado los grupos que hubieran sido necesarios para acumular entre sí aquellas condenas referidas a hechos de una misma época, entendiendo por época la que comprenda el período de tiempo de aquellos hechos que, por las fechas en que ocurrieron, habrían podido ser objeto del mismo procedimiento. Luego, respecto de las condenas relativas a hechos de la misma época, tendrían que haberse aplicado los límites del artículo 70.2 CP 1973 o del 76 CP vigente, quedando así, como total de la pena a cumplir, la suma de lo obtenido en cada grupo, aunque esa suma llegara a superar el límite de los treinta años del citado artículo 70.2 o el de los veinte, veinticinco o treinta del referido 76. Todo esto por aplicación de ese doble criterio expuesto en el fundamento de derecho anterior.

Cuarto. En el supuesto aquí examinado hay múltiples condenas, dieciséis según la relación que se hace en el escrito de recurso, y algunas más según la hoja de antecedentes penales remitida por el Ministerio de Justicia (habrá que precisar cuáles son las pendientes de cumplimiento).

No hay datos en el expediente tramitado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida para que ahora podamos resolver aquí, con la seguridad necesaria, si tiene o no razón el recurrente.

Con los datos expuestos en el escrito de recurso, relativos a las diferentes condenas, que tampoco son completos, algunos de los cuales hemos podido corroborar con los testimonios de algunas de las Sentencias que constan en el expediente, sólo podemos decir que aparece que en alguno de los grupos que habrían de hacerse conforme al criterio expuesto en el fundamento de derecho anterior habría de establecerse ese límite de quince años, triplo de la pena más grave, pero que-

dando aparte las penas de otras condenas o grupos de condenas, que habrían de sumarse a las de aquel otro para determinar el total de la privación de libertad a cumplir.

Así, parece que podrían agruparse en ese límite máximo de 15 años las más graves de las condenas impuestas a Fernando B. C., que se refieren a hechos ocurridos antes de finalizar el año 1993 que, por sus fechas y las de las Sentencias condenatorias, pudieron ser objeto de un mismo procedimiento, con la consecuencia de que todas las de ese grupo en cuanto excedan de ese límite de 15 años no habrían de cumplirse con el consiguiente beneficio para el reo.

Por tanto, según parece, pues no conocemos los datos completos, el recurrente tendría razón en parte de lo pedido en este recurso, porque no sería posible agrupar todas las condenas en esos pretendidos 15 años de prisión, que es lo que él solicita, pero sí las más importantes de ellas, quedando las demás, agrupadas o sin agrupar, separadas de ese grupo principal para ser sumadas a esos 15 años.

Quinto. Como se deduce de lo antes expuesto, carecemos de datos para resolver el recurso, porque el Auto recurrido es notoriamente incompleto y porque, además, en el expediente no se han cumplido los trámites que son precisos para que un procedimiento de estas características pueda considerarse debidamente instruido.

Este procedimiento se encuentra regulado en los últimos párrafos del artículo 988 LECrim, que fueron introducidos por la Ley 3/1967, de 8 de abril.

Conforme a lo dispuesto en tal artículo 988 y a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 11/1987, de 30 de enero, el Juzgado o Tribunal que ha de instruir y resolver estos expedientes habrá de observar las normas siguientes:

1.<sup>a</sup> Es competente el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia. Hay que aclarar aquí, por la importancia que tiene en el presente caso, que, conforme ha dicho esta Sala en Auto de 6 de febrero de 1998, esta regla de competencia ha de aplicarse aunque esa última Sentencia quede, en definitiva, excluida de la acumulación. El Juzgado o Tribunal que dictó la última Sentencia no puede excusarse de instruir y resolver el expediente con el pretexto de que la condena por él impuesta no se encuentre entre aquellas que en definitiva han de acumularse para señalar el límite legalmente establecido en esos artículos 70.2 CP 1973 y 76 CP vigente.

2.<sup>a</sup> Estos expedientes de ejecución de Sentencia pueden iniciarse de oficio, a instancia del condenado o del Ministerio Fiscal. Como ha dicho la Sentencia del TC 11/1987, de 30 de enero, aunque el artículo 988 nada establece al respecto, el condenado ha de actuar con Abogado y Procurador para atender a las exigencias propias de los principios de contradicción, igualdad de armas y proscrición de indefensión. Estos procedimientos tienen a la postre tal importancia, que de ellos depende la determinación de la pena a cumplir. Ello obliga a exigir en su tramitación los mismos requisitos que en el proceso principal se precisan para la postulación procesal en favor del condenado.

3.<sup>a</sup> Iniciado el procedimiento, el primer trámite ha de ser la reclamación al Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia de la correspondiente hoja relativa al condenado.

4.<sup>a</sup> Conocidas así las condenas existentes, se pedirá testimonio de las correspondientes Sentencias al Juzgado o Tribunal que las dictó.

5.<sup>a</sup> Unidos tales testimonios al expediente, se oír a las partes, es decir, al Mi-

nisterio Fiscal, al que expresamente se refiere el texto legal, y a la representación procesal del condenado (STC 11/1987, ya referida).

6.<sup>a</sup> Oídas las partes, se dictará Auto en cuyos antecedentes de hecho se hará una completa relación de todas las Sentencias sobre las que versa la acumulación de penas, en la que habrán de expresarse, al menos, la fecha de los hechos y la relativa a cada una de las Sentencias, así como las penas impuestas. Los razonamientos jurídicos explicarán la aplicación, en su caso, de los límites de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70 CP anterior o del artículo 76 CP vigente. Luego en la parte dispositiva se determinará, si procede, el máximo de cumplimiento de pena que corresponda.

Pues bien, en el presente caso se han omitido las normas de los apartados 4.º, 5.º y 6.º antes relacionados:

En cuanto al apartado 4.º, no están en el expediente todas las condenas recogidas en la hoja de antecedentes recibidos del Registro Central del Ministerio de Justicia.

Respecto del 5.º, no se oyó a la representación procesal del condenado.

Y con relación al 6.º, el Auto aquí recurrido no hace la relación de las Sentencias condenatorias pendientes de cumplimiento, cada una de ellas con la fecha de los hechos, fecha de la Sentencia que se dictó tras la celebración del juicio oral, que es lo que impide la acumulación de otros procesos, y las penas impuestas. Relación que constituye la base necesaria para poder exponer, luego en los razonamientos jurídicos, las explicaciones oportunas respecto a la aplicación, o no aplicación, de esos límites de los artículos 70.2 CP 1973 o 76 CP actual.

No hay otra posibilidad, en el caso presente, que declarar nulo el Auto recurrido para que se reanude el trámite del procedimiento en la instancia, se subsanen los mencionados defectos procesales y pueda dictarse nueva resolución conforme a lo ordenado en el artículo 988 LECrim, tal y como en casos semejantes al presente ya se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de 6-4-1995, 29-10-1996, 12-3-1997, 3-2-1998 y 27-11-1998, entre otras.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

*La reinserción social y reeducación del reo son compatibles con la necesidad de que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso*

Segundo. En el segundo motivo, articulado con el mismo amparo procesal que el anterior, se denuncia una violación del artículo 25.2 CE que se ha producido, a juicio del recurrente, al quedar frustrados, en virtud de la denegación de la acumulación pretendida, los fines de reeducación y reinserción social a que, según la norma constitucional invocada, deben tender las penas privativas de libertad. Tampoco este motivo puede encontrar una favorable acogida en esta Sala. La Jurisprudencia constitucional ha puntualizado –ATC 15/1984, doctrina reiterada en STC 28/1988– que el artículo 25.2 CE «no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos» y ha señalado asi-

mismo –ATC 780/1986– que dicha norma fundamental «no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad». Ha sido sobre la base de esta interpretación, y también a impulso de la convicción de la importancia que tiene el principio de política criminal contenido en el artículo 25.2 CE, como esta Sala ha elaborado la flexible jurisprudencia que ha quedado sumariamente expuesta en el fundamento jurídico anterior. Jurisprudencia en la que no se ha podido prescindir de la quiebra del valor de la justicia que supondría ofrecer al delincuente la posibilidad de seguir delinquiendo, ya impunemente, si la suma jurídica de las penas que anteriormente le hubiesen sido impuestas rebasase un determinado límite. Este indeseable resultado de la aplicación irrestricta del instituto de la acumulación se evita exigiendo al menos la concurrencia del que debe ser considerado mínimo requisito legal –art. 988 LECrim– exonerado por cierto de la referencia a la conexidad procesal e interpretado de acuerdo con el dato puramente cronológico ya mencionado: que «el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno sólo». De la necesaria orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y la reinserción social, que no es la única finalidad de dichas penas, no cabe en modo alguno deducir una suerte de derecho a la impunidad que estaría implícito en la posibilidad de que las penas que pudieran ser impuestas por futuros delitos se sumasen jurídicamente, dejando eventualmente de cumplirse a consecuencia de los límites inherentes a la acumulación, a las anteriormente impuestas por Sentencia firme. No ha sido infringido, pues, el artículo 25.2 CE en el Auto recurrido, lo que significa que también el segundo motivo del recurso debe ser repelido.

(Sentencia de 4 mayo 2000; criterio reiterado en Sentencias de 9 y 24 de mayo de 2000)

### *Es posible acumular condenas impuestas por Tribunales españoles con otras impuestas por tribunales extranjeros*

Único. (...) 2. El Auto recurrido apoya la decisión desestimatoria de la refundición de las condenas en tres argumentos: a) No procede la refundición de condenas dictadas por autoridades judiciales de distintos Estados. b) Los delitos que dieron lugar a las condenas son de distinta naturaleza y no pueden ser enjuiciados conjuntamente. c) De acuerdo con el artículo 4 del Tratado Hispano-Tailandés cualquier petición destinada a revisar la Sentencia o reducir la pena impuesta debería ser resuelta por el Estado trasladante.

3. La primera cuestión, concerniente a la admisibilidad de la refundición de penas impuestas por Tribunales extranjeros con penas de Tribunales nacionales, debe ser decidida sobre la base de lo establecido en la ley española aplicable, dado que en el Tratado no existe norma alguna al respecto. Se trata, en consecuencia de si los artículos 70.2 CP 1973 ó 76 CP son aplicables en dichos supuestos. La respuesta debe ser positiva. En efecto, el texto de estos artículos no contiene ninguna exclusión. Su fundamento, por otra parte, tampoco determina exclusiones. La reglas que limitan la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso

real, sobre todo en un sistema como el nuestro, que excluye las penas perpetuas privativas de la libertad, tienen la finalidad de no eliminar el carácter temporal de la pena así como la de unificar la reprobación del hecho mediante un símbolo único del reproche, como sostienen autores modernos. Ninguna de estas finalidades deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta por un Tribunal extranjero. Por lo tanto las reglas contenidas en los artículos 70 CP 1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a Sentencias nacionales como extranjeras.

4. La cuestión, sin embargo depende de lo establecido en el Tratado sobre cooperación en materia de ejecución de Sentencias, que es también aplicable. El Tratado Hispano-Tailandés contiene dos normas que conciernen a este caso. El artículo 4, que reserva a la jurisdicción del Estado trasladante «decidir sobre cualquier petición destinada a revisar la Sentencia y pueda por tanto modificarla conmutando la pena o reduciéndola». El artículo 5, por su parte, establece que «la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo».

La misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó el Auto ahora recurrido, es decir el de 7-10-1999, había considerado al dictar el Auto de 7-5-1997, en el que aplicó el artículo 76 CP a la pena impuesta por el Tribunal tailandés, que la cuestión de los límites de la pena privativa de la libertad estaba regida por el artículo 5 del Tratado. Sin embargo, sin expresar las razones del cambio, en el Auto recurrido entendió que la aplicación del artículo 70 CP 1973 ó 76 CP quedaba excluida por lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Tratado. Esta Sala entiende que las disposiciones referentes a la limitación de la ejecución de las penas de los artículos mencionados son normas que regulan la reducción de la duración de la pena privativa de la libertad, en el sentido del artículo 5 del Tratado y que no implican una revisión de la Sentencia en el sentido del artículo 4 del mismo. En efecto, la Sentencia se mantiene en sus términos originales y la pena impuesta no es conmutada por otra, sino limitada según reglas previamente establecidas por el legislador para la ejecución.

5. Corresponde, por lo tanto, comprobar si los hechos que fueron objeto de las condenas cuya refundición se pretende pudieron ser juzgados en un mismo proceso, según los precedentes jurisprudenciales aquí aplicables. Los hechos enjuiciados por la Audiencia Nacional se cometieron en fecha anterior al 24-12-1985. El hecho que determinó la condena en Tailandia, por su parte, tuvo lugar el 2-4-1986. Del testimonio de la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bangkok, que obra en la causa, no surge la fecha de la Sentencia de primera instancia, pero es evidente que ambos hechos hubieran podido ser enjuiciados en un mismo proceso. En este sentido se debe señalar que, una vez admitido que los artículos 70 CP 1973 y 76 CP son aplicables sin sujeción al ámbito territorial en el que se dictaron las condenas, carece de importancia si los Tribunales thailandeses hubieran tenido jurisdicción para juzgar los hechos por los que el recurrente resultó condenado por la Audiencia Nacional. En efecto, lo decisivo de la conexión temporal no es de naturaleza procesal, sino material. Lo que la norma quiere evitar es que se puedan refundir condenas, de tal manera que el condenado en un proceso pueda aprovechar las condenas anteriores para disminuir las penas de hechos que comete luego de una Sentencia condenatoria. A partir de estas consideraciones es claro que la dis-

tinta jurisdicción nacional de los Tribunales que han impuesto las condenas carece de relevancia. De cualquier manera, lo cierto es que, aunque no sea decisivo para la decisión, no se puede negar que según lo establecido en el artículo 23.4 LOPJ España hubiera tenido jurisdicción para enjuiciar el delito cometido en Tailandia.

(Sentencia de 27 junio 2000)

*El límite de 30 años no es absoluto e incondicionado, debiendo también cumplirse para su aplicación el requisito de conexidad temporal*

Primeramente. (...) El recurso de casación interpuesto contra el citado Auto de Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo de 24 de septiembre de 1998 tiene un único Motivo, formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en él se denuncia la vulneración de los artículos 15 y 25 de la Constitución, que prohíben las penas o tratos inhumanos o degradantes y establecen que las penas de privación de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, respectivamente.

En él, con cita de la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1995, se alega que cuando la suma de las penas impuestas rebasa el límite temporal de los 30 años, tal como ocurre en el presente caso, el cumplimiento de las condenas debe detenerse al alcanzar dicho límite, tal como acordó el mismo Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo en anterior Auto de 19 de mayo de 1997.

En materia de limitación del cumplimiento de las condenas, la doctrina más reciente de esta Sala interpreta la conexión a la que se refiere el artículo 70 del Código Penal anterior y el 76 del vigente desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de los artículos 17 y 300 de la Ley Procesal Penal, de tal forma que en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de las normas relativas a la imposición de limitaciones en orden al cumplimiento de las penas, la clase concreta de delito cometido no constituye obstáculo que impida su aplicación.

Pero en cambio se muestra estricta en cuanto a la exigencia de que los diferentes procesos en los que se impusieron las condenas a acumular «pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

Por ello cuando ya hay una Sentencia, los delitos cometidos con posterioridad a ella no pueden acumularse a los ya sentenciados, puesto que no habrían podido ser todos ellos objeto de un mismo proceso.

La Sala fundamenta esta limitación en el peligro que supondría como incentivo para la comisión de nuevos delitos el que un condenado, vistas las penas que ya se le han impuesto, supiera que podía cometer otro u otros delitos sin tener que cumplir las penas a ellos correspondientes al haber alcanzado previamente el límite legal.

Para evitar esa impunidad se excluyen la acumulación de las penas correspondientes a delitos anteriores con las impuestas por delitos posteriores a la fecha de la Sentencia (...) Es de resaltar que el límite de 30 años previsto en el artículo 70 del anterior Código Penal no tiene un carácter absoluto e incondicionado, ya que

también respecto a él debe cumplirse el requisito de conexidad temporal como forma de evitar la patente de impunidad antes aludida.

Sin que con ello los preceptos constitucionales invocados queden vulnerados, ya que es el legislador el que determina las penas aplicables, sin que los Jueces y Tribunales puedan, salvo casos extremos, fijar unos límites de cumplimiento distintos a los que la legislación positiva reconoce; legislación generosamente interpretada en la doctrina antes expuesta. Debiendo tenerse en cuenta además lo que sobre libertad condicional se establece en el artículo 90 del Código Penal.

(Sentencia de 29 junio 2000)

### *Diferencias entre acumulación jurídica (acumulación) y acumulación aritmética (refundición)*

Único. 1. El único motivo de casación se formula al amparo del artículo 848 de la LECrim, por infracción del artículo 990 de la misma, del artículo 70.2 del CP 1973 sobre acumulación jurídica de penas, del artículo 193.2 y otros del Reglamento Penitenciario y del artículo 3.2 del Código Penal.

El recurso básicamente se funda en que «el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Lleida, objeto del presente recurso, está vulnerando la primacía que debe concederse al Principio de Unidad de Ejecución en virtud de lo preceptuado en el Reglamento Penitenciario».

A pesar del meritorio esfuerzo impugnativo el recurso no puede prosperar.

2. El Auto impugnado en este recurso de casación es el dictado por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lérida el 5 de octubre de 1999 desestimatorio de un recurso de súplica interpuesto contra resolución anterior de 1 de septiembre de 1999. El Auto se refiere a dos cuestiones distintas. La primera es la acumulación jurídica de las condenas impuestas a una misma persona en distintos procesos por hechos que hubieran podido ser objeto de uno solo. La segunda es la acumulación aritmética penitenciaria a los efectos previstos en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.

3. Respecto a la acumulación jurídica regulada en el artículo 988 de la LECrim la jurisprudencia de esta Sala en los últimos años se ha ido matizando gradualmente, en un considerable y sostenido giro para flexibilizar, en favor del reo, y por razones humanitarias, los requisitos legalmente establecidos, como el de conexidad que más que como requisito impeditivo se configura como una posibilidad de extender el supuesto contemplado por el párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim, por estimar que lo relevante más que la analogía o relación entre sí es la «conexidad temporal», es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso atendiendo al momento de su comisión (Sentencia de 14-1-1999), lo que constituye exigencia insoslayable que no puede dejarse al albur de la mayor o menor celeridad de los procesos (Sentencia de 24-11-1998), ni mucho menos indefinidamente ilimitada en el tiempo para evitar un sentimiento de impunidad en el condenado contrario a los fines de prevención especial que tienen las penas (Sentencia de 28-9-1998). Así lo recuerda pertinentemente la resolución *a quo*.

En estos casos en los que se trata de fijar el límite de cumplimiento de las penas a los efectos del artículo 76.2 del CP (art. 70.2 del Código de 1973), el legis-

lador ha previsto el recurso de casación, en el citado párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim, pero la competencia para conocer del previo incidente corresponde al «Juez o Tribunal que hubiera dictado la última Sentencia», lo que no sucede, precisamente, en el aquí cuestionado. En cualquier caso no se daba la «conexidad temporal» como razona el Auto impugnado.

Desde esta perspectiva el recurso ha de ser desestimado.

4. En cuanto a la acumulación aritmética penitenciaria el recurso era inadmisibile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 884.2.º, por interponerse contra resoluciones distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848, todos de la LECrim.

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, en fase de ejecución sólo son recurribles en casación aquellas resoluciones que expresamente estén incluidas a estos efectos en un precepto legal, lo que no sucede con el supuesto ahora contemplado, a diferencia de los casos de acumulación jurídica del artículo 988 de la LECrim. No hay norma habilitante para viabilizar un recurso de casación en los casos, como aquí sucede, en que se trata de combatir la resolución que acordó el licenciamiento definitivo.

Se admitió el recurso por la actitud más respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por razones antiformalistas y por el principio *pro actione*, pero ahora la causa de inadmisión se convierte en desestimación. Desde esta segunda perspectiva el recurso tampoco puede prosperar.

(Sentencia de 19 julio 2000)

*Son acumulables todas las condenas cuyos hechos pudieron haberse enjuiciado en un solo proceso atendiendo al momento de su comisión*

Segundo. (...) La jurisprudencia de esta Sala ha venido pronunciándose reiteradamente sobre la cuestión aquí planteada en una línea de progresiva generosidad, de acuerdo con los principios constitucionales recogidos en los artículos 15 y 25.2 de la Constitución, según los cuales nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, al tiempo que se precisa que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mas al propio tiempo ha puesto de manifiesto que «el apoyo de criterios beneficiosos para el reo no puede nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico o al absurdo», como ocurriría de llegarse a la impunidad de las conductas delictivas cometidas por reos que hubieran ya de cumplir, en razón de condenas anteriores, hasta el límite legalmente previsto para los supuestos de acumulación de condenas (...) (véase Sentencia de 4 de julio de 1997). De ahí que, prácticamente, se viene a exigir, como único requisito para la acumulación de las condenas, que los distintos hechos objeto de las mismas pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión, destacándose expresamente que «los límites del artículo 76.2 no pueden operar como una garantía de impunidad para el futuro, cuando se hayan agotado los límites máximos establecidos por la ley para la duración de las penas privativas de libertad» (véase Sentencia de 8 de febrero de 1999); pues sería realmente contrario a toda razón y ju-

rídicamente inaceptable que las personas condenadas a penas privativas de libertad con una duración de veinte años (bien por un solo delito o por acumulación de las impuestas por varios), una vez cumplidas, no pudieran cumplir las que pudieran serles impuestas por hechos posteriores, que es lo que, en definitiva, sucedería en el caso de autos de aceptarse la tesis de la parte recurrente, pues ello constituiría una auténtica patente de corso contraria a los más elementales principios del Derecho penal.

A este respecto, es oportuno recordar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la declaración contenida en el artículo 25.2 de la Constitución –al establecer que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social– no puede interpretarse en el sentido de que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, por cuanto existen otras igualmente legítimas, tales como la prevención, tanto la general como la especial (véase SSTC núms. 19/1988 y 150/1991, entre otras).

(Sentencia de 14 septiembre 2000)

*No procede la acumulación de condena impuesta por hechos cometidos con posterioridad a la Sentencia que determina la acumulación, aunque dicha Sentencia no fuera firme en ese momento*

Primero. (...) El motivo no puede prosperar. Ciertamente que esta Sala ha venido interpretando el criterio de la conexidad de una manera muy flexible y siempre en favor del reo, de suerte que prácticamente ha quedado reducido en un sentido de idea de proximidad temporal o criterio cronológico, cualquiera que fuese la naturaleza de los diversos hechos enjuiciados. Es decir, el único límite a la acumulación estriba en que todos los hechos hubieran podido enjuiciarse en único proceso, en consecuencia, y por lo que respecta al presente caso, es obvio que aquellos hechos cometidos con posterioridad a la Sentencia que determina la acumulación nunca pudieron ser objeto de enjuiciamiento conjunto. Se afirma por el recurrente que dicha Sentencia no era firme porque fue objeto de recurso de casación, y efectivamente al requisito de la primera se han referido algunas resoluciones de esta Sala –entre otras, la de 28 de septiembre 1998–, sin embargo en las más recientes ya se elimina el requisito de la firmeza porque nada añade al hecho básico de que los hechos sean posteriores a la última Sentencia que determina la acumulación, pues de un lado, es evidente la imposibilidad del enjuiciamiento conjunto, y de otro el argumento relativo a la evitación al sentimiento de impunidad tan contrario a la finalidad de prevención especial que pudiera darse si de forma sistemática se acumulasen las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la última Sentencia que determina la acumulación, quebraría de exigirse el requisito de la firmeza, al prolongarse indefinidamente en el tiempo la posibilidad de la acumulación hasta tanto recayese firmeza (SSTS de 29 de diciembre 1999 y 4 de febrero 2000).

En conclusión procede la desestimación del recurso.

(Sentencia de 2 octubre 2000)

*Requisito de que todos los delitos pudieran enjuiciarse en un solo proceso: doctrina general*

Segundo. La doctrina jurisprudencial interpretativa de la norma contenida en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 70 del CP 1973, iniciada a raíz de la introducción del precepto por la Ley de 8 de abril de 1967, ponía en relación el mismo con los establecidos en el artículo 17 de la LECrim, sobre conexidad procesal, e imponía unas condiciones restrictivas para admitir la posibilidad de acumular penas privativas de libertad impuestas en distintos procesos, exigiendo la afinidad de naturaleza de los hechos delictivos y la proximidad en el tiempo de los mismos y de las Sentencias que pronunciaron las condenas. Tal doctrina aparece reflejada en las Sentencias de 28-6-1984, 16-12-1987, 6-10-1992 y 15-2-1996.

Una jurisprudencia recientemente consolidada, interpretativa de la Regla 2.ª del artículo 70 del CP 1973, y del artículo 76 del CP 1995, manifestada entre otras en las Sentencias de esta Sala de 30-5, 29-9 y 6-11-1992, 7-7-1993, 18-2, 8-3, 15 y 27-4, 3 y 23-5, 24-6, 20-10, 4-11 y 27-12-1994, 27-1, 21-3, 3-7, 17-10 y 3-11-1995, 15-2 y 18-7-1996, 19-5, 17-10 y 22-12-1997, 16-1, 27-2, 16-5 y 24-11-1998, se basa en los principios y orientaciones que a continuación se exponen:

a) Las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (art. 15 de la CE), y que fijan como fines de las penas la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la CE), y en general, atendiendo el principio de favorecimiento al reo.

b) La conexidad exigida en los artículos 70 del CP y 988 de la LECrim es más que la objetiva, basada en la analogía y relación esencial entre los hechos delictivos a que se refiere la regla 5.ª del artículo 17 de la Ley Procesal Penal, la conexidad temporal, entendiéndose que sólo podrán acumularse las penas por hechos delictivos que hubiesen podido ser enjuiciados en un mismo proceso.

No cabrá por tanto refundición respecto de las condenas impuestas por hechos posteriores a otras Sentencias condenatorias.

c) El órgano judicial que ha de resolver sobre la refundición de las penas, que es el que dictó la última condena, según expresamente establece el artículo 988 de la LECrim en el caso de que no procediera acumular las penas de la última Sentencia a las otras, podrá acordar la refundición de las penas impuestas por los otros Tribunales o Juzgados, si en ellas concurrieron las condiciones legalmente exigidas.

d) No procederá la aplicación de los topes máximos penológicos –del triple de la pena mayor o de los treinta o los veinte años de prisión–, cuando tales límites supongan una penalidad superior a la que resulte de la suma de todas las penas impuestas.

El hecho de que alguna de las penas que se pretenden acumular ya estuviese cumplida cuando se solicita la acumulación no debe ser óbice para que pueda extenderse la refundición a dicha pena, si se cumplen los requisitos referentes a la conexidad temporal exigidos por la jurisprudencia. En relación a tal cuestión, ha de tenerse en cuanto la doctrina penitenciaria sobre unidad de ejecución de las penas, invocada por el recurrente, que propugna que el tratamiento penitenciario opere, no sobre las penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las impuestas. La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 24-4-1996 y 26-11-1998) ha restado importancia a efectos de la refundición de las penas al dato de la fecha de enjuiciamiento

de los hechos, por entender que la fijación del cumplimiento máximo de las penas impuestas a los penados no puede quedar al albur de la mayor o menor celeridad con que los diversos procedimientos se hayan tramitado y resuelto. Finalmente, esta Sala, en la Junta General de 8 de mayo de 1997, entendió que eran aplicables las normas establecidas en la Regla 2.ª del artículo 70 del CP 1973, y el 76 del CP 1995, en relación a penas ya cumplidas y respecto a los que el condenado haya ganado el licenciamiento.

(Sentencia de 18 octubre 2000)

## ARTÍCULO 77

### *Requisitos del concurso medial*

Cuarto. Por infracción de ley, por el cauce casacional autorizado por el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del artículo 77, apartados 1 y 2, del vigente Código Penal, por inaplicación del mismo al no integrar dentro del concurso ideal de delitos que la Sala sentenciadora ha construido en función de la calificación de los hechos por el Ministerio Fiscal —y que en esta Sala no puede revisarse por no cuestionarse directamente por la defensa, y serle más beneficioso que el concurso real, que dogmáticamente sería más correcto— el delito de tenencia ilícita de armas. Alega el recurrente que del relato de los hechos declarados probados, se desprende que el arma que tenía en su poder el procesado constituyó en este caso concreto el medio necesario para cometer el resto de los delitos.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 19 de septiembre de 1996, la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito pero ofreciéndose uno de ellos como puente o medio necesario para la comisión de otro u otros, se perfila el concurso medial, también denominado instrumental o teleológico, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones; propiamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal. El artículo 77, con voluntad simplificadora y unitaria, hace referencia a sendas hipótesis. El tratamiento penal del concurso ideal ofrecido por el artículo 77 del Código Penal va desde la regla general presidida por el principio de imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, hasta la subsidiaria inclinada al principio de acumulación material, sancionar los delitos por separado, cuando la pena única agravada excede de la suma obtenida por aquellas susceptibles de imponerse en régimen de punición separada de las infracciones. La solución punitiva —resaltan las Sentencias de 3 mayo 1985 y 15 marzo 1988— no es la de la acumulación matemática, ni siquiera la de la acumulación jurídica que predomina en los artículos 75 y 76, sino la de la absorción de la pena o penas correspondientes al delito o delitos menos graves por aquella que la Ley señale a la infracción más grave, la cual se impondrá en su mitad superior, si bien esta regla

cede en favor de la acumulación, cuando de pensarse separadamente los hechos punibles involucrados, este modo de sancionar sea más favorable para el reo o reos. La cuestión neurálgica que ha venido planteándose radica en precisar si la pena única según el artículo 77, y su excepción, con la sanción acumulada, deben ser precisadas en abstracto, en atención a lo que resulte del examen de los distintos tipos, o en concreto, atendiendo a cada delito en función de las circunstancias coexistentes y, en particular a las representadas por los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad. Tesis esta última que ha merecido el decidido acogimiento jurisprudencial, ofreciéndose altamente significativa al respecto la Sentencia de 1 julio 1975, con cita de otras anteriores, tales las de 23 enero 1959, 22 septiembre 1962, 16 mayo 1963, y Sentencias 15 marzo 1988, 12 noviembre 1991 y 22 mayo 1993.

El concurso medial que se contempla, parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el Texto Legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa (cfr. Sentencias 25 mayo 1990 y 15 abril y 7 julio 1992). El «medio necesario» a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal —expone la Sentencia de 9 febrero 1990— no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual.

En aplicación de esta doctrina, resulta evidente que el delito de tenencia ilícita de armas no está en relación de necesaria concurrencia con los demás delitos enjuiciados en esta causa, porque todos ellos pueden ser objetivamente cometidos sin utilizar un arma de fuego con cañones recortados, de tal forma que sin llegar a la exasperación interpretativa de la imprescindible concurrencia de medio a fin, lo necesario se perfila como medio objetivamente preciso para el delito final. En esta línea interpretativa, el delito de tenencia ilícita de armas, no puede decirse que esté en relación medial necesaria respecto al homicidio, ni al robo, y mucho menos al allanamiento de morada. Procede, pues, desestimar el motivo.

(Sentencia de 12 julio 2000)

## ARTÍCULO 88

*Formas de sustitución de penas de prisión por arrestos de fin de semana*

Cuarto. (...) Ha quedado sin contenido por la estimación de los dos motivos primeros, pero conviene decir que también son acertadas las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en este motivo, pues, aunque no se razona en la Sentencia recurrida, parece claro que, para determinar el número de arrestos de fin de semana que corresponden a esos cinco meses de prisión, han de calcularse reduciéndolos a días ( $5 \times 30 = 150$  días) y dividiendo luego por siete, con lo que alcanzamos el número de veintiuna semanas con un resto de tres días que habrían de excluirse en beneficio del reo. Lo que multiplicado por dos, como ordena el artículo 88, nos sitúa en cuarenta y dos (42) arrestos de fin de semana, y no en cuarenta (40) como impuso la Sentencia recurrida.

En el caso presente, al ser superior a seis meses de prisión la pena que aquí se impone, ya no es forzosa la sustitución conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2. Ha de quedar para ejecución de Sentencia, si llegara a plantearse la cuestión, la posibilidad de sustituir esa pena conforme a lo permitido en el mencionado artículo 88, al ser la ahora impuesta inferior a un año.

(Sentencia de 20 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 101.1

*Apreciada una eximente de anomalía o alteración psíquica procede la imposición de una medida de seguridad, no pudiendo además imponerse una pena de prisión*

Primero. En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, de los artículos 20.1 y 101.1 del Código Penal.

Se dicen infringidos los citados preceptos del Código Penal ya que al acusado, no obstante haber sido declarado exento de responsabilidad criminal, se le condena como autor de dos delitos consumados de homicidio y un delito de homicidio en grado de tentativa, a dos penas de diez años de prisión y a una pena de dos años y medio de prisión y se solicita la absolución sin perjuicio de la aplicación de las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 101.1 del vigente Código Penal.

Ciertamente, en el tercero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia se dice que en la ejecución de los delitos de homicidio ha concurrido la eximente completa prevista en el número 1.º del artículo 20 del Código Penal al tener el procesado sus facultades mentales anuladas y no comprender el alcance de sus actos, al padecer un trastorno paranoide de la personalidad con ideas delirantes de tipo celotípico.

Esta Sala no puede entrar en el acierto o desacierto del Tribunal sentenciador en la apreciación de dicha eximente completa, cuya aplicación no ha sido cuestionada.

El recurrente ha sido autor de varios ilícitos penales, al haber realizado conductas cuya tipicidad, objetiva y subjetiva viene afirmada en la Sentencia de instancia y no estar amparado en ninguna causa de justificación (antijuridicidad), sin embargo, para que concorra la responsabilidad se hace preciso que sea además culpable, es decir, que el delito le sea atribuido por tener el sujeto, en el momento de su comisión, capacidad de culpabilidad, y por lo antes expuesto, esa necesaria capacidad de culpabilidad para poderle exigir responsabilidad no concurre al haberse apreciado una causa de exención de la responsabilidad por alteración psíquica.

En estos casos, conforme se dispone en el artículo 101.1 del Código Penal, se le podrá aplicar, como ha hecho el Tribunal sentenciador, una medida de internamiento en establecimiento adecuado que no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable.

Están previstas, pues, la imposición de medidas de seguridad a sujetos que han realizado un hecho típico y antijurídico, aunque no sea declarado culpable. Y las medidas de seguridad, como establece el artículo 101.1 ya citado y conforme se dispone en el artículo 6.2 del Código Penal, no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Y el artículo 96.2 del Código Penal incluye entre las medidas privativas de libertad el internamiento en centro psiquiátrico.

El artículo 108.1 del Código Penal dispone que la exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil, siendo correcto el pronunciamiento que sobre la responsabilidad civil se hace en la Sentencia de instancia.

Lo que no puede el Tribunal sentenciador, cuando ha apreciado una eximente completa por alteración psíquica, es condenar al acusado a pena de prisión. Debíó declararle exento de responsabilidad penal, no imponer pena alguna y proceder directamente a la imposición de las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico y de la privación de la licencia o permiso de armas, como acordó finalmente en la parte dispositiva de su Sentencia, así como el comiso del arma y la munición ocupada.

(Sentencia de 3 abril 2000)

## ARTÍCULO 120.3

### *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por muerte de interno de un Centro Penitenciario al que mata otro recluso*

Segundo. 1. Exigencias dogmáticas y de método obligan a recordar sucintamente el amplio y consolidado cuerpo de doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por hechos cometidos en aquellos establecimientos, como los penitenciarios, que están sometidos a su control, gobierno y custodia.

2. La Sentencia de esta Sala 20 de abril 1996, resume con precisión los elementos determinantes de la responsabilidad civil subsidiaria configurada en el artículo 21 del CP 1973. Son los siguientes: «a) Que se haya cometido un delito o falta. b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad. c) Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual. d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria» (F. 1.º).

Esta Sentencia y la de 13 de diciembre 1995 son las dos últimas dictadas sobre esta específica materia de delitos cometidos por un interno contra otro en establecimientos penitenciarios. Ambas se dictaron en tiempo de *vacatio legis* del nuevo Código Penal y las dos desestimaron el recurso de la Abogacía del Estado interpuesto, respectivamente, contra Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería y Vitoria, que condenaron al Estado como responsable civil subsidiario.

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

Subraya esta Sentencia en el fundamento quinto que en el caso concreto —homicidio de un recluso por otro, como el que está en el origen de este recurso— las infracciones reglamentarias del ordenamiento penitenciario «fueron condicionantes y favorecedoras del atentado criminal perpetrado en el centro penitenciario», para concluir afirmando que «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado goza de una incuestionable base lógica y legal».

Tercero. 1. El artículo 120 del Código Penal de 1995 establece distintos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, incluyendo en el número 3.º la clásica de los titulares de establecimientos, manteniendo con mejor redacción y técnica la estructura esencial del derogado artículo 21 siempre que, como antes se dijo, se hayan producido infracciones reglamentarias por los directores o administradores de los mismos o por sus dependientes o empleados, en relación de causalidad con la comisión de la infracción penal, que es, en definitiva, lo sostenido por el Tribunal del Jurado en su fundada Sentencia.

La citada Sentencia de 20 de abril 1996, declaró en el fundamento primero: «El nuevo Código Penal en el artículo 120.3.º, extiende la responsabilidad civil subsidiaria a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se trata de aplicar anticipadamente el precepto legal mencionado sino de poner de relieve que la interpretación jurisprudencial ha recibido, en cierto modo, el respaldo del nuevo Texto Legal. La titularidad de los establecimientos a los que se refiere el actual artículo 21 del Código Penal, puede corresponder innegablemente a las personas jurídicas, que tanto pueden ser de índole privada como de naturaleza pública, figurando entre estas últimas el Estado en sus diversos organismos, como titular indiscutible de los establecimientos penitenciarios».

Vigente ya el CP 1995, por hechos posteriores a su entrada en vigor y en un supuesto en que se había sometido a la censura casacional la aplicación indebida del artículo 120.3.º, la Sentencia de 10 de octubre 1998, declaró en el fundamento quinto que dicho precepto «es equivalente al anterior artículo 21» (aunque en aquel caso la empresa declarada responsable civil subsidiaria era de titularidad privada).

2.—El artículo 121 del CP, aunque tiene sus antecedentes en Códigos anteriores, los más próximos en los artículos 21 y 22 del CP 1973, es de nueva creación y establece una triple condición para que el Estado, ahora mencionado por primera vez *expressis verbis*, y los demás entes públicos, respondan subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos. Esas condiciones son: a) vínculo personal del autor con la Administración, pues han de ser autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; b) que hayan actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones, esto es, de su competencia funcional; y c) que la lesión o daño producido lo haya sido como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, que le estuvieran confiados al autor. El triple requisito —además de la exigencia procesal del ejercicio simultáneo de la pretensión tan lógica como obvia— se basa en la idea rectora de que el autor del hecho punible esté funcionalmente vinculado con el Estado (o con otro ente de derecho público) para que la acción civil pueda ejercitarse en el proceso penal. Si no es así la pretensión hay que ejercitarla en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Llegados a este punto sólo resta preguntarse si el Estado puede ser responsable civil subsidiario sólo por el artículo 121 o también por el artículo 120.3 que sostienen los recurrentes. La respuesta ha de ser afirmativa.

Los artículos 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el artículo 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el artículo 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete.

Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Cuarto. 1. Con el fin de unificar criterios, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 de la LOPJ, el Pleno de esta Sala aprobó el pasado 28 de mayo el siguiente texto:

«El artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3.º del Código Penal».

Estos acuerdos plenarios no son jurisdiccionales ni crean jurisprudencia pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial.

2. En el caso aquí debatido es evidente que el artículo 121 del CP no es de aplicación porque el homicida no era agente de la Administración Penitenciaria, sino que, por el contrario, su vínculo con ella, como el de su víctima, era de sujeción especial (SSTC 120/1990 y 57/1994) y convertía a los funcionarios competentes para la organización de la seguridad en la cárcel en garantes de la vida y de la integridad corporal de los internos pues así lo establece el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de modo que si los controles de seguridad no detectaron el arma con la que un interno mató a otro, los encargados de realizarlos incurrieron en una omisión culposa que influyó causalmente en la producción del resultado, caracterización esencial del artículo 120.3.º que es, por ello, aplicable a la cuestión discutida al concurrir, además, todos los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo, invariablemente respecto al derogado artículo 21 del CP de 1973 como se recordaron *supra* en el fundamento tercero.

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

A pesar de las razones en que ha fundado su interpretación el TSJ de Madrid, en su bien estructurada Sentencia, el recurso interpuesto contra la misma ha de ser estimado declarando en este caso la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

(Sentencia de 28 junio 2000)

## ARTÍCULO 120.4

*Responsabilidad civil subsidiaria de empresa de seguridad por robos cometidos por vigilante jurado empleado de la misma en zona que debía vigilar y en horario de trabajo*

Tercero. En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22 del Código Penal de 1973.

El artículo 22 del derogado Código Penal de 1973 establece la responsabilidad civil subsidiaria de entidades, organismos y empresas por delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus funciones u obligaciones. La condición para que se pueda establecer la responsabilidad civil subsidiaria es que los sujetos activos del hecho delictivo, actúen y se desenvuelvan en su condición de empleados de una entidad mercantil o funcionarios de una entidad pública, es decir, que entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción penal se halla bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario. Y se requiere, asimismo, que el delito que genera la 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, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuaciones.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 16 de septiembre de 1992, que la mayor o menor extensión de la responsabilidad civil subsidiaria estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios en virtud de los cuales responden civilmente de un hecho delictivo personas o entidades extrañas a su realización, en caso de insolvencia del sujeto directamente responsable. La doctrina y jurisprudencia, en una primera orientación, encontraron dicho fundamento, afirmando que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, debe conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa *in operando* del servidor o dependiente se sumaba la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal. Sin embargo, en cuanto el artículo 22 descansa sobre supuestos marcadamente objetivos en los que la culpa se presume *iuris et de iure*, la jurisprudencia de esta Sala se inclinó, desde hace años, por una configuración cada vez más objetiva, que encontró su fundamentación jurídica en el principio *cuius commoda eius incommoda*: si el servicio se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo. Más moderna es la concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad. Esta evolución, como se destaca en la STS de esta Sala de 12 marzo de 1992, ha sido realmente aperturista y progresiva en la interpretación del referido precepto con el fin de evi-

tar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables. Y esta interpretación «extensiva» del artículo 22 del Código Penal es perfectamente permisible, para el logro de los fines antes apuntados, ya que su articulación dentro de dicho texto penal no le hace perder su carácter civil. Este criterio extensivo, social y progresivo, acorde con la prescripción del artículo 3.1.º CC, en la aplicación del artículo 22 CP, no implica que se pueda prescindir de la literalidad del precepto, ni que pueda establecerse una responsabilidad civil subsidiaria sin base legal.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto objeto de este recurso, puede afirmarse sin duda esa nota de dependencia o servicio, en los términos antes señalados, en la persona del acusado respecto a la entidad Seguridad Técnica 2002, S.L. a la que prestaba sus servicios, perteneciendo a la plantilla de dicha empresa, y ello se recoge expresamente en los hechos que se declaran probados, como igualmente se dice que en el tiempo en el que se produjeron las sustracciones el acusado prestaba servicio, como vigilante de seguridad, en la misma Urbanización donde acaecieron. Y es más, como se señala en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia, aprovechaba el horario laboral asignado para realizar sus funciones de vigilancia en la Urbanización para apoderarse de efectos del interior de los chalés.

Así las cosas, resulta bien patente no sólo la dependencia y el vínculo laboral que le unía a la entidad que ha sido declarada responsable civil subsidiaria sino que igualmente se constata que los delitos que generan la responsabilidad civil subsidiaria se realizaron cuando estaba en el desempeño de las funciones de seguridad que le habían sido encomendadas.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 121

### *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por muerte ocasionada por policía fuera de servicio con arma reglamentaria*

Tercero. El tercer motivo casacional plantea una cuestión estrictamente sustantiva, por la vía casacional del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referente a la infracción de la norma penal constituida por el artículo 121 del Código Penal, por cuanto se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, siendo así que el policía condenado por asesinato no se encontraba en el ejercicio de sus funciones cuando cometió el hecho criminal, impidiendo, en consecuencia, la condena a la Administración del Estado. Aunque es cierto que el acusado —que ostenta la condición de funcionario policial—, se encontraba fuera de servicio, del que había salido a las 21.30 horas del día anterior, produciéndose los hechos enjuiciados a las seis de la madrugada siguiente, y desde entonces hasta dicho momento había estado bebiendo una numerosa cantidad de «cubalibres» en diversos bares de la zona, también lo es, y así lo refleja el *factum*, incólume en esta

vía casacional, que «consumía habitualmente una elevada cantidad de bebidas alcohólicas». La responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado utilizando abusivamente su arma de fuego reglamentaria, se deriva de la creación del riesgo que la organización del Servicio de Seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva, constitutiva de delito o falta (Sentencias entre otras, de 17 julio 1995 y 8 mayo 1996). Cuando el agente causante del daño actúa reiteradamente bajo los efectos del alcohol, entran en juego la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pues precisamente el riesgo derivado de la especial responsabilidad encomendada y del manejo del arma de fuego reglamentaria, que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente que les impone el artículo 5.4.º de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones para utilizarla cuidadosamente (Sentencias de 17 julio 1995, 28 octubre 1996 y 2 octubre 1997, entre otras).

Abundando en lo anterior, esta Sala ha declarado (Sentencia de 17 julio 1995) que cuando el artículo 5.4 de la LOPJ 2/1986, de 13 marzo, dispone que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, al mismo tiempo que se establece una razonable medida en beneficio de la sociedad en su conjunto, también se genera un riesgo potencial para ciudadanos individuales por el —no deseado pero posible— abuso de las armas que los agentes deben portar en todo momento para encontrarse en condiciones de cumplir con este deber de intervención permanente. En consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de la creación del riesgo, riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública, a través de la fórmula de disponibilidad permanente. En efecto portar el arma no estando de servicio, tanto en la vía pública como en toda clase de establecimientos públicos, incluidos los de esparcimiento y diversión, puede ser, y de hecho es, una medida beneficiosa desde la perspectiva de la permanente disponibilidad de los agentes para intervenir en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, evitando en su caso la consumación de hechos delictivos, así como desde la perspectiva, también relevante, de la autoprotección de los agentes, siempre potencial objetivo de un atentado o agresión, pero al mismo tiempo el portar armas de fuego en lugares públicos, en momentos que pueden ser también de esparcimiento o diversión para el agente puede —y la experiencia lamentablemente así lo demuestra— dar lugar a su utilización innecesaria o abusiva, con daño para ciudadanos inocentes, debiendo responder subsidiariamente de la reparación de dichos daños, el Estado o Entidad Pública que organiza el servicio de seguridad, selecciona y forma a sus agentes y les dota del armamento correspondiente. Sólo una esmerada formación puede disminuir —que no eliminar totalmente— el riesgo insito en el uso de armas que la sociedad pone en manos de los agentes que la defienden, y en consecuencia si lamentablemente se produce un luctuoso resultado por el mal uso del arma portada fuera del domicilio, corresponde a la Administración responder civilmente del daño causado, en defecto del criminalmente responsable. En definitiva, la responsabilidad civil subsi-

diaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el mal uso del arma reglamentaria fuera de su domicilio se deriva de que aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del Servicio de Seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad –como se ha expresado– pero que entraña este tipo de riesgos (Sentencia de 8 de mayo de 1996).

De acuerdo con esta consolidada doctrina, no queda sino añadir que la Sentencia de esta Sala –citada por la resolución recurrida–, de 28 de octubre de 1996, analizando un caso de similares contornos fácticos, mantiene que las condiciones físicas y psíquicas en que manifiestamente se encontraba el acusado en la época inmediatamente anterior a la comisión del asesinato (en las que, como aquí se ha declarado probado, se constata un abuso reiterado del alcohol), le constituían en un grave riesgo potencial para los ciudadanos, por lo que al continuar en la posesión y utilización de su arma de fuego reglamentaria, puede estimarse que el daño producido constituye una concreción del riesgo generado por el sistema de organización de la seguridad pública que, cuando no puede detectar con la suficiente eficacia el momento en que las armas entregadas a los agentes dejan de constituir un instrumento de protección ciudadana para constituir un peligro en manos de quien no está en las debidas condiciones para su utilización cuidadosa, debe responder civilmente del daño causado. En el caso enjuiciado en estos autos, el policía acusado es evidente que por su declarado probado consumo reiterado de alcohol no estaba en condiciones de portar armas, por el peligro potencial que su uso reporta para la sociedad, advirtiéndose una clara *culpa in vigilando* que por parte de sus superiores origina la responsabilidad subsidiaria del Estado, por vía del artículo 121 del Código Penal, que fue entonces correctamente declarada por la Sala de instancia. La Sentencia de 13 de febrero de 1998 se expresa señalando que si bien los hechos que se imputan al acusado no se realizaron dentro del propio y estricto círculo funcional, resulta indudable que «el que se permitiera por sus superiores que siguiera poseyendo el arma reglamentaria (...) entrañaba un serio riesgo de que hiciera un mal uso de ese arma, como así sucedió». El principio de creación de riesgo que ha sido acogido por esta Sala para fundamentar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado es perfectamente predicable del supuesto que examinamos. El Estado dota de armas a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y debe establecer los controles y exámenes pertinentes para asegurar que esos funcionarios estén en las debidas condiciones psíquicas para su porte y utilización, debiendo responder, con carácter de responsable civil subsidiario, de los hechos criminales producidos con el uso de tales armas, cuando el funcionario no está, como sucede en este caso, en condiciones para realizar un buen uso de la pistola que tiene adjudicada. La Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1997 se refiere igualmente a un caso de importante ingesta alcohólica, por lo que debió ser sometido a vigilancia y control por la Administración, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Por todo lo cual procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

(Sentencia de 29 marzo 2000)

*Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por homicidio en Centro penitenciario: daños morales*

Segundo. También este recurso se limita a la formalización de un motivo único, fundamentado en la vulneración del artículo 110 CP. Estima la recurrente que la fijación de la indemnización de 2.000.000 de ptas. es muy inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, que solicitó 10.000.000 de ptas., y por la propia Acusación Particular, que requiere el doble que el Ministerio Fiscal. La recurrente considera que el Tribunal *a quo* se contradice, pues por un lado sostiene la existencia de un desarraigo del acusado respecto de su familia y, por otro, que el mismo vivía con su hermana. Asimismo sostiene que no se ha tenido en cuenta el dolor que el fallecimiento ha producido a dicha hermana.

El motivo debe ser desestimado.

La Audiencia tuvo en cuenta como factores para determinar la cuantía de la indemnización los siguientes: *a)* sólo consta que reclama la indemnización una hermana con la que el acusado convivía; *b)* el occiso estaba «casi siempre en prisión»; *c)* el mismo carecía de oficio y de «modo de vivir». Estos factores son correctos: la hermana no podía vivir de la ayuda que le prestara el acusado, pues éste ni estando privado de su libertad, ni estando en libertad, tenía posibilidad de hacerlo. Incluso si hubiera cumplido su condena, no hubiera tenido, muy probablemente, de qué vivir. Por lo tanto, desde el punto de vista del lucro cesante, nada cabe objetar a los factores en los que apoyó la Audiencia su decisión.

Cierto es que la Audiencia no ha considerado expresamente el daño moral, es decir, el dolor producido por la muerte de la víctima. Sin embargo, al hacer referencia al largo tiempo de separación que es producto de la situación carcelaria prolongada del fallecido, ha tenido en cuenta, sin que exista prueba en contrario, que una separación extendida en el tiempo, sin más, no puede fundamentar un dolor extremo cuando, como en este caso, tampoco se ha demostrado por la acusación particular una vinculación afectiva muy especial.

El razonamiento de la Audiencia, por lo tanto, parte de criterios adecuados para decidir sobre la cuantía. Por otra parte, la cantidad fijada no es manifiestamente arbitraria.

C.—Recurso del Abogado del Estado.

Tercero. El representante de la Administración impugna la indemnización civil fijada en la Sentencia y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, por considerar que se ha infringido el artículo 104 CP 1973 en relación con el 21 del mismo texto legal. Básicamente sostiene el Abogado del Estado que no existe prueba del perjuicio civil causado por el delito, dado que el fallecido «carecía de medios económicos». Asimismo la Administración entiende que en casos como éste no es aplicable el artículo 21 CP 1973, pues se requiere para ello que la infracción sea imputable al Estado. Agrega, finalmente, que no se debe confundir «la responsabilidad derivada del delito» (...) «con la que pudiera derivarse del funcionamiento anormal de los servicios públicos que ha de reclamarse ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo según declara el artículo 121 CP vigente.

El recurso debe ser desestimado.

La imputación del hecho a una irregularidad, básicamente omisiva, de la Administración no puede ser discutida, toda vez que el mantenimiento del orden en

un establecimiento penitenciario es una función específica del Estado y no se puede considerar que tal función haya sido cumplida si en una cárcel hay reclusos que disponen de armas.

Sin perjuicio de ello, la carencia de medios del fallecido no era total, pues no carecía de una capacidad de obtención de medios por medios lícitos que hubiera podido, al menos hipotéticamente, generar medios económicos.

Por lo demás, es evidente que la indemnización se ha reducido sensiblemente respecto de lo solicitado por la Acusación Particular y el Ministerio Fiscal, pues se ha ponderado ante todo el daño moral, que –como es obvio– no depende de los medios económicos.

Finalmente, se debe considerar el argumento del Abogado del Estado respecto de cuáles son los tribunales competentes para decidir esta cuestión. El Pleno de la Sala de lo Penal ha decidido el 28-5-2000 que el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3.º CP. La razón de esta interpretación es clara: el régimen de responsabilidad civil directa y subsidiaria por el delito contenido en el Código Penal no es sino un desarrollo específico de los principios de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y ss. del Código Civil. Consiguientemente, el artículo 121 CP no altera los fundamentos de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sino que determina que, en ciertos casos, ésta debe ser exigida ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

De acuerdo con la decisión del pleno de la Sala, entonces, es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte. Esta infracción reglamentaria, por otra parte, es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados a los funcionarios de prisiones, que en el presente caso han omitido controlar eficazmente, como les corresponde por su posición de garante frente a la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 LOGP), que éstos no tengan armas en su poder. Por lo tanto, los tribunales competentes para decidir sobre la responsabilidad subsidiaria del Estado son los del orden jurisdiccional penal, pues se cumplen los requisitos del artículo 121 CP.

(Sentencia de 10 julio 2000)

## ARTÍCULO 122

*Receptación civil: participación lucrativa en los efectos del delito (esposa del acusado en cuya cuenta se depositó el dinero apropiado por su marido)*

Cuarto. En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 108 del Código Penal de 1973.

Se argumenta que a la esposa del recurrente Carmen G. G. no se le puede aplicar el artículo 108 del Código Penal en cuanto no ha participado lucrativamente de los efectos del delito y por ello no puede ser obligada al resarcimiento.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias de 21 de enero de 1993 y 15 de diciembre de 1995 que el artículo 108 del Código Penal de 1973 recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Los requisitos necesarios para su apreciación (SSTS de 12 diciembre 1977 y 9 diciembre 1978) son: 1.º que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2.º el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptationis* en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3.º la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS de 5 diciembre 1980).

Se trata, pues, de los denominados supuestos de receptación civil en los que la obligación de resarcimiento se deriva del principio de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, en perjuicio de la víctima de un hecho delictivo.

En el caso que examinamos la recurrente, esposa del acusado, se benefició indebidamente de sumas de dinero que fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tenido intervención alguna en el delito cometido por su esposo, en cuantía que se determinará en ejecución de Sentencia, y como bien se razona por el Tribunal de instancia, concurren cuantos presupuestos se exigen para la aplicación del artículo 108 del Código Penal de 1973.

(Sentencia de 30 marzo 2000)

## ARTÍCULO 131.1

*Naturaleza y fundamento de la prescripción. No existe prescripción por no haber transcurrido el plazo necesario entre el Auto de procesamiento (inicio de prescripción) y el momento en que se recibió declaración al acusado al ser entregado a las autoridades españolas, en el que se interrumpía la misma*

Segundo. Procede en primer lugar pasar al estudio de la alegación del recurrente relativa a la prescripción del delito, dada su naturaleza de orden público que por suponer el olvido del delito por el transcurso del tiempo previsto en la Ley, es

causa de extinción de la responsabilidad penal que puede plantearse incluso de oficio y en cualquier momento al quedar afectada la antijuridicidad de la acción concernida en virtud de una dejación o renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* fundado tanto en la falta de pena por el transcurso del tiempo –fundamento material–, como por las dificultades de pruebas derivadas directamente de dicho lapso de tiempo –fundamento procesal–, a lo que debe añadirse su justificación constitucional desde los principios de seguridad jurídica como reconocen numerosas Sentencias de esta Sala.

Desde la naturaleza sustantiva o material de la prescripción –SSTS de 10 de febrero de 1989, 13 de junio y 12 de diciembre de 1990, 18 de junio de 1992, 7 de julio y 10 de noviembre de 1993 y 22 de septiembre de 1995, entre otras–, sin perjuicio de reconocer otra línea jurisprudencial que le asigna una doble naturaleza procesal y sustantiva –STS de 25 de enero de 1994–, es lo cierto que puede ser planteada esta cuestión en cualquier fase del procedimiento, incluido en el recurso de casación, por lo que debe declararse expresamente la oportunidad de su planteamiento al no estar sujeta a principio preclusivo alguno.

Aclarado lo anterior, pasamos a estudiar la tesis del recurrente.

La afirmación de estar prescrito el delito por el que ha sido condenado tiene su justificación en el tiempo transcurrido desde el Auto de procesamiento de 30 de junio de 1988 hasta el Auto de reapertura de las diligencias, tras su entrega por las autoridades mexicanas, el 6 de julio de 1998.

Un más detenido estudio de toda la cronología relevante a los fines expresados permite referenciar las siguientes fechas:

a) Por Auto de 30 de junio de 1988 se declararon procesados en la causa de la que dimana el presente rollo de casación José Antonio L. R., Ignacio Miguel A. B. e Ignacio U. C., encontrándose los dos últimos, y por tanto el recurrente, en paradero desconocido llamándoseles por requisitorias.

b) Por Auto de 18 de julio de 1988 se declaró en rebeldía a Ignacio U. C. y a Ignacio Miguel A. B.

c) Después de diversas incidencias ajenas a los efectos de la prescripción que se alega, la Audiencia Nacional el 14 de junio de 1994 dicta Sentencia para José Antonio L. R. e Ignacio U. C., condenatoria para el primero y absolutoria para el segundo. Sentencia que adquiere firmeza el 24 de noviembre de 1994.

d) En relación al ahora recurrente Ignacio Miguel A. B. fue expulsado por las autoridades mexicanas el 25 de junio de 1998 y entregado a las autoridades españolas, constando en el Rollo de la Audiencia Nacional oficio de fecha 29 de junio, dirigido al Ilmo. Sr. Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal por el que se le solicita la remisión del sumario y de la pieza de situación de Ignacio Miguel A., a lo que se accede por proveído de 2 de julio.

e) Con fecha 28 de junio se le recibe declaración en el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 donde fue presentado el recurrente tras su llegada a territorio español procedente de México, y en dicho Juzgado se le recibió declaración el mismo día, seguida de la audiencia a los efectos de resolver sobre su situación personal de conformidad con lo previsto en el artículo 504 bis 2 de la LECrim.

f) Por Auto de 28 de junio de 1998, se dictó Auto por el mismo Juzgado acordando la prisión provisional de Ignacio Manuel.

g) Finalmente, por proveído del día 29 del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, se remitieron testimonios de las actuaciones relatadas al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 para su incorporación a varios sumarios, entre otros al

61/1986 en el que ya había recaído Sentencia firme para los otros coprocesados junto con el ahora recurrente.

h) Es, finalmente, tras la recepción por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los testimonios enviados por el Juzgado Central núm. 2 relativos a la puesta a su disposición del detenido, legalizada ya su situación y remitidos de la Sección Tercera el sumario 61/1986 y la pieza de situación, que el indicado Juzgado Central núm. 5 acuerda por Auto de 6 de julio la reapertura del procedimiento, notificándosele el Auto de procesamiento y prestando declaración indagatoria el día 23 de julio.

De esta crónica de las actuaciones producidas desde que el recurrente fue entregado a la policía española por las autoridades mexicanas aparece con toda claridad la falta de fundamento de la prescripción alegada.

Interesadamente, la defensa del recurrente computa exclusivamente el tiempo transcurrido desde la fecha del Auto de procesamiento –30 de junio de 1988– hasta el Auto de reapertura de las diligencias de 6 de julio de 1998 estimando que ya se tenga en cuenta el anterior o el vigente Código, habrían transcurrido más de 10 años plazo de prescripción asignado al delito de que se le condena ya de conformidad con el artículo 131 del vigente Código, o el artículo 113 del Código de 1973, y efectivamente entre ambas fechas han transcurrido más de diez años. El error del recurrente está en las fechas tomadas para el cálculo del cómputo, porque aceptando en la hipótesis más favorable para el recurrente como fecha inicial para el cómputo la del Auto de procesamiento de 30 de junio de 1988, de acuerdo con el criterio sentado en Sentencias de esta Sala de que el Auto de rebeldía, en este caso de 18 de julio de 1988, no tiene la capacidad de interrumpir la prescripción en tanto tales instrucciones no se traduzcan en diligencias concretas y documentadas con verdadero sentido en su origen y justificación –SSTS de 3 de marzo de 1994 y 8 de febrero de 1995–, el procedimiento mantuvo una total inactividad desde el 30 de junio de 1988 hasta el momento en que como consecuencia de la situación de requisitoriado en la que estaba el recurrente por el Auto citado de procesamiento, fue entregado por las autoridades de México a la policía española, y puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 el día 28 de junio de 1998 en virtud de orden de busca y captura en vigor, recibíéndosele declaración en esa misma fecha, y tras la preceptiva audiencia del artículo 504 bis 2 de la LE-Crim, se acordó la prisión provisional, diligencias todas que en modo alguno pueden calificarse de inocuas y sin contenido sustancial, sino que constituyen verdaderos actos del proceso inequívoca actividad –SSTS de 8 de febrero de 1995, 19 de diciembre de 1996, 20 de enero, 31 de marzo, 12 de abril, 30 de mayo y 3 de diciembre de 1997 y 12 de febrero de 1999, entre otras.

Ciertamente, que desde el punto de vista formal, el sumario 61/1986 tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 se reaperturó el 6 de julio, pero lo relevante a los efectos de verificar una inactividad en el proceso, es que ésta cesó tan pronto como el recurrente, en el momento de la entrega a la policía española el día 25 de junio fue detenido y puesto a disposición del Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional, a la sazón el núm. 2 con fecha 28 de junio de 1998, actuaciones todas anteriores al cómputo de los 10 años contados a partir del día 30 de junio de 1988.

La conclusión de todo lo razonado es la desestimación de la causa de extinción de la responsabilidad penal intentada por prescripción del delito.

La segunda de las cuestiones alegadas, y en esta ocasión de forma extemporánea, es la vulneración del principio acusatorio. La extemporaneidad radica en

que las posibles vulneraciones de derechos de contenido constitucional, como es la suscitada por el recurrente relativa a la vulneración del principio acusatorio, tiene su marco y cauce en el artículo 5 apartado 4 de la LOPJ, sin perjuicio de poder formalizarse a través de la infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 y su procedimiento debe efectuarse en el trámite de la preparación del recurso y de la interposición del mismo –Secciones segunda y cuarta del Título III del Libro V de la LECrim–, de suerte que al margen del escrito de interposición no pueden aparecer otros escritos sin sujeción a plazo que vayan añadiendo motivos.

El proceso es un sistema de garantías que determina la forma y modo de actuar de todas las partes, siendo el órgano judicial el garante de su cumplimiento y el primer obligado, y ello no por un formalismo estéril sino en garantía de principios tales como los de igualdad, contradicción y lealtad procesal, ello es tanto más exigible en casos como la casación que por su naturaleza es un recurso extraordinario por ello debemos dejar constancia del apartamiento de las normas procesales con los que se ha efectuado esta denuncia, que sólo al ir unida al tema de la prescripción ha podido ser conocida por la Sala al no estar la cuestión de la prescripción sujeta a plazo preclusivo como ya se ha dicho.

Por lo demás, la cuestión suscitada bajo la pretendida vulneración del principio acusatorio –la aplicación de uno u otro Código Penal– es de la legalidad ordinaria y no afecta para nada al principio acusatorio.

En todo caso, la Sala dará respuesta a esta petición tras el estudio de los dos motivos de casación formalizados, por obvias razones de sistemática jurídica.

(Sentencia de 19 julio 2000)

## ARTÍCULO 138

*Muerte ocasionada por arritmia cardíaca de la víctima de golpes. Los padecimientos crónicos, estado de salud o debilidad de la víctima no rompen la relación de causalidad*

Sexto. (...) Se afirma en los hechos probados «... en el curso del cual Daniel H. golpeó a José T. en los testículos y le agarró por el cuello, presionando sobre el mismo, produciéndose la muerte de José T. como consecuencia de una arritmia cardíaca, consecutiva a la estimulación traumática de zonas reflexógenas», añadiendo en el fundamento jurídico segundo, primer párrafo, con valor fáctico integrador: «la existencia de un hematoma testicular, relacionable con un golpe de importante intensidad, así como desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas, con origen en una acción mecánica, no banal, de tracción y de constricción sobre el cuello...».

Séptimo. La existencia del *animus necandi* se infiere de lo anterior y está comprendida en la ejecución de la acción típica. Basándose la culpa en la negligencia o ligereza del comportamiento del agente, que no persigue ni mucho menos acepta el resultado, es evidente que las formas de agresión descritas, su contundencia, son incompatibles con el tipo de imprudencia pretendido, y conllevan el

elemento intelectual (saber) y volitivo (querer) propio del dolo. La Audiencia entiende que concurre el llamado eventual, donde no se persigue directamente el resultado, aunque sí se prevé su posible producción, que se acepta caso de que se produzca, criterio que tampoco es incompatible con el relato histórico, siendo irrelevante la concurrencia del directo o eventual a efectos penológicos.

Octavo. En cuanto al cuestionamiento de la relación de causalidad, se dice en el recurso «el fallecido muere por problemas pulmonares y cardíacos, no como resultado de la agresión», desconociendo los hechos probados que engarzan el fallecimiento como subsiguiente o «consecutivo» a la estimulación traumática de zonas reflexógenas (golpe de importante intensidad en la zona testicular y tracción y constricción sobre el cuello con desgarros en la túnica íntima y media de las arterias carótidas).

La Jurisprudencia de esta Sala, partiendo de la idoneidad de la acción para desencadenar el fallecimiento, como es el caso, ha señalado que únicamente pueden interferir el curso causal del resultado de la acción los llamados «accidentes extraños», debidos a comportamientos maliciosos o negligentes del propio ofendido o a la conducta dolosa de un tercero, pero no las denominadas «concausas pre-existentes», tales como los padecimientos crónicos del ofendido, su estado de salud o su debilidad física, lo que es aplicable al presente supuesto (por todas la STS de 4-7-1997 citada por la propia Audiencia). Y no se trata sólo de la aplicación de la llamada teoría de la equivalencia o de la condición, causalidad natural, sino igualmente debe constatarse que las agresiones descritas constituyen indudablemente, desde el punto de vista normativo, la creación de un riesgo prohibido para la vida de la víctima, aceptando de antemano el agente el posible resultado de su acción como ya hemos señalado más arriba.

Por todo ello, también procede la desestimación del segundo motivo.

(Sentencia de 24 febrero 2000)

*Del tipo de arma y su forma de uso (hacha podadora utilizada por parte no cortante y con escasa fuerza) se infiere el animus del agente: no animus necandi, sólo laedendi*

Sexto. (...) Entiende el recurrente –a través de una detallada exposición que dice mucho en favor de su competencia y dedicación a los intereses encomendados– que en base al arma empleada, idónea para causar la muerte, el número de golpes descargados sobre la víctima y zona vital sobre los que recayó, así como la relación de enemistad existente entre los acusados y el lesionado, la calificación jurídica básica adecuada debe ser la de homicidio puesto que existió un ánimo de matar en la acción delictiva.

Sin embargo, la calificación jurisdiccional cuestionada no permite apreciar en este trance error aplicativo alguno porque los matices diferenciadores que permiten dilucidar sin excluyentes dogmatismos la presencia o exclusión del *animus necandi* presentan en el supuesto sometido a consideración, perfiles específicos que abonan la opción elegida por la Sala *a quo* frente a las tesis sostenidas por ambas acusaciones, pública y privada.

El Tribunal Provincial no desconoce las circunstancias que deben de ser analizadas a la hora de determinar con qué ánimo se realizó el hecho delictivo. De ello es claro exponente el fundamento jurídico octavo junto a las citas jurisprudenciales que contiene en torno a la doctrina de esta Sala que viene afirmando que para la calificación de una determinada agresión como delito de lesiones o de homicidio frustrado ha de atenderse al ánimo del autor que, salvo casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado con *animus necandi*, en la mayoría de los supuestos debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho.

Mas llegados a ese punto, los Magistrados del órgano colegiado –tal como se desprende del fundamento jurídico noveno de su resolución– deciden, razonándolo, en favor de la ausencia del ánimo de matar, concluyendo, después de considerar todas las circunstancias concurrentes que el elemento subjetivo que movió a ambos procesados fue el de atentar contra la integridad física de Valentín. Para ello, partiendo de la enemistad existente entre los vecinos, que fue la víctima la que se acercó al lugar donde se encontraban padre e hijo y que no lo hizo en tono pacífico o conciliador, destacan que el arma utilizada en el acometimiento (hacha podadora o escardillo) lo fue con la parte del instrumento no cortante y con escasa fuerza, hecho objetivo acreditado por la pericial practicada en el juicio y si bien es cierto que la zona era vital, los golpes propinados fueron tres y ninguno con suficiente entidad para ocasionar la muerte de la víctima. Todo lo cual determina que pueda homologarse tal decisión, rechazando el reproche casacional formulado.

(Sentencia de 23 marzo 2000)

### *Apreciación del animus necandi mediante dolo eventual*

Tercero. El segundo motivo casacional se articula por los cauces del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia la indebida aplicación de los artículos 138, 16 y 62 del Código Penal, considerando en definitiva el recurrente que no existió *animus necandi* en la conducta del procesado, y por consiguiente hubo de ser condenado exclusivamente por un delito de lesiones por imprudencia del artículo 152 del propio Cuerpo Legal.

A la vista del cauce casacional elegido por el recurrente, hemos de atenemos, por mantenerse incólumes, a los hechos probados que relata la Sentencia de instancia. Dicha resolución, tras narrar la disputa verbal que el procesado mantiene con Adam D. D., describe cómo el procesado sube al dormitorio y coge una pistola, descendiendo de nuevo al salón «donde continuó discutiendo con Adam, al que requirió junto a su acompañante para que abandonase la vivienda, originándose entre ambos un fuerte forcejeo, con agresiones mutuas, momento en que ésta se interpuso entre ambos con la intención de mediar, lo que aprovechó el procesado, sin duda alguna por el fuerte castigo que había y estaba recibiendo, para efectuar un disparo a corta distancia, sin que conste a quién iba dirigido, que alcanzó a Anne G.», produciéndole graves heridas de contenido letal, que relata pormenorizadamente la Sentencia, y que si no produjo un desenlace mortal fue a causa de haber sido intervenida quirúrgicamente de forma inmediata y urgente.

La Sala sentenciadora llega a la conclusión de la existencia de ánimo de matar en el procesado, deduciéndolo de la discusión mantenida con el señor D., del hecho de que subiera a su habitación a por una pistola, con la que después efectuaría el disparo a muy corta distancia, de las lesiones que sufrió por parte de su contrincante y del hecho de marcharse eludiendo la acción policial cuando detectó su presencia. En definitiva, existen elementos para deducir de los hechos relatados que tanto el procesado, obrara con dolo directo como eventual, quede descartada la subsunción en una mera conducta culposa, ni siquiera a título de culpa consciente. En efecto, dada la proximidad inmediata tanto de Anne como de Adam –prácticamente en contacto físico– el procesado al disparar en forma horizontal, y dirigiendo su arma frente a los mismos, aunque no conste si el disparo iba dirigido a uno u otro, tuvo que representarse la posibilidad de alcanzarlos con el proyectil, y no obstante, sin importarle tal eventualidad, siguió adelante con su acción, elementos que configuran el dolo eventual, según reiterada jurisprudencia.

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.

Por medio del dolo eventual, el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS de 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).

De la doctrina expuesta, cabe deducir que en el caso analizado el *animus necandi* queda acreditado, conforme a los parámetros que barajó la Sala de instancia, en la discusión previa, la toma de la pistola, la continuación de la discusión, esta vez con una proximidad física de la que se derivaron, según el *factum*, castigo le-

sivo para el recurrente, y el disparo realizado, que no fue meramente intimidatorio, como dice el autor del recurso, sino efectuado con intención de matar, en tanto no se apunta al techo o al suelo, y la cortísima distancia en que se produce, supone inferencialmente que tenía virtualidad mortal, así como las zonas del cuerpo que fueron afectadas lo corroboran, sin que se haya probado únicamente si el tiro se dirigió contra su oponente o la persona que en ese momento mediaba (que a la postre recibió el impacto), debiendo considerarse el relato de hechos como lo afirmado fácticamente por el Tribunal provincial, sin perjuicio del complemento que se lleva a cabo en el segundo de sus fundamentos jurídicos, donde ciertamente existen afirmaciones que aunque literalmente pudieran hacer pensar en conclusiones confusas, lo cierto es que la Sala está valorando el error en la persona, lo que no excluye ni el ánimo homicida, ni el dolo eventual.

Por estas razones, procede desestimar este motivo.

(Sentencia de 26 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 142

*Existe homicidio imprudente en el caso de director de obra que ordena realizar un trabajo próximo a una línea de alta tensión sin suministrar los medios adecuados para evitar el riesgo, resultando la muerte de un trabajador: imputación objetiva del resultado sin que exista «autopuesta en peligro» ni «compensación de culpas»*

Quinto. En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 142.1 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los requisitos configuradores de la imprudencia grave apreciada en la Sentencia de instancia y se afirma que los únicos imprudentes han sido los trabajadores.

El motivo no puede ser estimado.

Olvida el recurrente que es él quien ordena realizar un determinado trabajo en un sitio por el que discurre el tendido de alta tensión, que es él, como director de la obra, el que concreta el trabajo a realizar y el modo en que tiene que ser ejecutado y que es él, como responsable del trabajo, el que tiene que suministrar los medios para que éste se realice sin riesgo para los trabajadores.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 15 de julio de 1992, que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales de Seguridad e Higiene en el Trabajo a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin, sin que puedan bastar advertencias generales, sino aten-

diendo a cada situación con el debido cuidado; de tal modo que omitir, como en el caso de autos, la protección que resultaba ineludible por la proximidad de un cableado de alta tensión, constituye, como acertadamente se califica por el Tribunal sentenciador, un homicidio por imprudencia grave en cuanto la omisión de las medidas de seguridad que resultaban precisas fue causante del resultado mortal.

El recurrente ha creado, por lo que se acaba de exponer, un peligro jurídicamente desaprobado, al ordenar realizar unas obras o mediciones en una zona de evidente peligro sin proporcionar los medios adecuados ni las instrucciones precisas para evitarlo como le era exigible. Ha creado, pues, un riesgo previsible que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que está fuera del riesgo permitido y que además le es objetivamente imputable en cuanto ha tenido su concreción y realización en el fallecimiento del trabajador que estaba a sus órdenes.

Si no hubiera tenido error sobre la producción de una situación de riesgo para la vida de sus trabajadores, y se hubiera representado y conocido que estaba creando esa situación de riesgo, su conducta sería propia de dolo eventual.

Tampoco puede prosperar la objeción que se hace en el recurso a la consideración de la imprudencia como grave.

La jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone «un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado».

Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control. Lo que no cabe duda es que además de concurrir las notas de gravedad que se dejan expresadas, el recurrente mostró un total desinterés respecto a los bienes puestos en peligro y todo ello justifica plenamente la acertada calificación de la imprudencia como grave.

Sexto. En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 142.1 del Código Penal.

Se argumenta que no existe el necesario nexo causal entre la imprudencia que hubiera podido cometer el acusado y el resultado de muerte sufrido por el trabajador a sus órdenes, en cuanto era tan evidente el riesgo que corría al utilizar unas varas metálicas en las proximidades de los cables de alta tensión que su fallecimiento fue consecuencia del negligente actuar de la propia víctima.

Aunque se exprese en otros términos, la defensa del motivo se fundamenta en sostener la ruptura del nexo causal por autopuesta en peligro por parte del trabajador fallecido o haber contribuido de manera decisiva a su muerte.

La cuestión planteada afecta al tipo objetivo y más concretamente a la imputación objetiva del resultado.

La teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a éstos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la «compensación de culpas» en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-1990 establece que «para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita...». Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible.

Ni una cosa ni otra puede afirmarse en el caso que examinamos y muy al contrario se presenta con evidencia que el resultado producido –muerte del trabajador a sus órdenes– es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta del acusado.

No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las

medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informados cuando tampoco estaba impuesto del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado.

Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la «autopuesta en peligro» ni de la «propia responsabilidad».

El motivo, por consiguiente, no puede ser estimado.

(Sentencia de 19 octubre 2000)

### *Homicidio imprudente de niño ahogado en playa cometido por persona responsable de su vigilancia*

Primero. El motivo del recurso situado en primer lugar de los dos que en el recurso se utilizan se introduce por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y designa como infringido el artículo 142.1 del Código Penal, indebidamente aplicado al caso. Señalan los recurrentes que, admitiendo rigurosamente el contenido de los hechos probados, se aprecia que realizaron una actividad de control de la conducta de los menores que estaban a su cargo, dividiéndose sus funciones de vigilancia y control, pese a lo cual los menores afectados se alejaron y salieron de la zona señalada, por lo que no cabe afirmar que ellos descuidaran el deber objetivo de cuidado.

El Código Penal de 1995, actualmente vigente, ha establecido un sistema de punición de las conductas imprudentes que requiere que éstas estén taxativa y expresamente recogidas en la Ley (art. 12). Con respecto al homicidio el cumplimiento de este precepto de carácter general se efectúa en la figura de delito del artículo 142 y en la de falta del 621.2, ambos del propio Código, y que responden al grado de la imprudencia interviniente en la causación del delito. En ambas figuras típicas es precisa la existencia de imprudencia. Y según ya consagrada y prolongada doctrina de esta Sala son sus requisitos los siguientes: *a)* un factor normativo externo consistente en la infracción de un deber objetivo de cuidado que consiste en un comportamiento esperado socialmente y definido atendiendo a un conjunto de reglas de experiencia expresivas de la forma de comportamiento adecuado a adoptar en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales; *b)* un elemento subjetivo consistente en una acción u omisión voluntaria, pero totalmente carente de dolo, y que se caracteriza por omitirse psicológicamente por el agente el cumplimiento del deber de cuidado descuidando las precauciones que permitirían impedir consecuencias nocivas previsibles y prevenibles o evitables; *c)* resultado de un daño; y *d)* relación de adecuada causalidad entre la acción u omisión imprudente o negligente del sujeto y el resultado dañoso producido.

En el presente caso el deber de cuidado de los recurrentes consistía en la vigilancia y las intervenciones oportunas de la salvaguarda de los menores, de cuya

seguridad se habían encargado al llevarlos a la playa para bañarse, teniendo en cuenta las circunstancias natatorias de los menores, que debían previamente conocer, y la posibilidad, seguramente no infrecuente, de que algunos que se sustrajeran en ocasiones a la acción de vigilancia y guarda alejándose o separándose de los demás.

Los recurrentes tomaron medidas para organizar la actividad de los cincuenta y siete menores que habían asumido vigilar y guardar, distribuyéndose funciones a tal fin, pero omitiendo los tres observar si todos seguían sus instrucciones, y esa omisión duró bastante tiempo, pues ni siquiera cuando los dos menores afectados en el caso dieron muestras de encontrarse en peligro, se dieron cuenta de la situación y fueron otras personas ajenas a los tres profesores las que procedieron al salvamento. Tal omisión de vigilancia por los tres acusados y subsiguiente omisión también de la intervención posible para evitar males, determinó causalmente el fallecimiento de uno de los dos menores. Con todo ello se comprueba la concurrencia en este caso de los requisitos necesarios para la apreciación de imprudencia y, por lo tanto, ello determina que el motivo deba ser desestimado.

Segundo. El otro motivo del recurso, como el procedente por infracción de Ley y apoyo en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infracción también del artículo 142 del Código Penal, pero en este caso, por calificar de grave la imprudencia, cuando es así que ésta merecería ser tan sólo calificable de leve, lo que determinaría la inaplicación del artículo 142 del Código Penal y la correspondiente aplicación del artículo 621.2 del mismo Código, estimando que los hechos constituyeron una falta de imprudencia con resultado de muerte.

Ya se ha señalado, tanto por la doctrina como en Sentencias de esta Sala, que el Código Penal de 1995 ha simplificado la anterior división tripartita de la gravedad de la imprudencia en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos, sustituyéndola por imprudencia grave y leve, diferencia de entidad que, en el caso de resultado de muerte, determina que el hecho sea calificado respectivamente de delito o de falta. Para la determinación de la entidad de la imprudencia hay que atenerse a: 1.º) a la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión constituyente de la conducta delictiva; 2.º) en la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado, y 3.º) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado que según las normas socio culturales vigentes de él se esperaba (Sentencia de 18 de marzo de 1999 con cita de otras anteriores).

En el caso que se considera es cierto que se tomaron por los profesores algunas precauciones elementales como fue repartirse sus tareas en la organización de la actividad recreativa de los escolares, pero omitiendo los tres incluir en su conducta la vigilancia de quienes pudieran tener problemas que debían haber tenido en cuenta dada la situación del mar con olas de medio metro y resaca y la circunstancia de que algunos de los menores no sabían nadar, con lo que no acomodaron su conducta a los patrones de prevención que las circunstancias exigían para evitar daños a otras personas. En cuanto a la previsibilidad del riesgo se ha de tener en cuenta que era elevada considerando que se trataba de un grupo no excesivamente numeroso, pero sí importante, de cincuenta y siete niños, de corta edad pues eran alumnos de tercero, cuarto y quinto curso de Básica, que algunos no sabían nadar y que el mar no estaba tranquilo. La entidad de la infracción por los profesores de sus deberes de vigilancia e intervención cuando fuera necesaria, es elevada porque no sólo no se adaptó a las particulares exigencias de edad de los escolares

y falta de conocimiento natatorios de algunos de ellos, y a las condiciones del mar fácilmente observables de resaca e importancia de las olas, sino que el descuido fue temporalmente de bastante duración, pues no se enteraron de la situación de los menores que tuvieron problemas sino cuando otras personas circunstantes advirtieron la situación difícil de los mismos y ya habían procedido a sacarles del agua y a intentar su salvamento. En tales condiciones es evidentemente correcta la calificación de grave de la imprudencia y, consecuentemente, procede rechazar el motivo.

(Sentencia de 1 diciembre 2000)

### ARTÍCULO 417 BIS (CP 1973)

*El dictamen preceptivo para aborto legal por grave salud psíquica de la madre debe realizarlo un médico, no un psicólogo*

Segundo. En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 145.1 del Código Penal en relación con las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973, por inaplicación debida de la Orden de 31 de julio de 1985 y por inaplicación del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados, ello en base al principio de retroactividad penal de las normas favorables.

Los recurrentes sostienen su oposición a la tipicidad de la conducta sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Orden de 31 de julio de 1985, sobre práctica del aborto en Centros o Establecimientos Sanitarios, entendiendo que el informe sobre la salud psíquica de la embarazada puede ser emitido por un psicólogo.

Examinada la Orden mencionada se puede comprobar que lo único que en ella se expresa es que en los centros o establecimientos sanitarios autorizados para la práctica de abortos se constituirá una Comisión de Evaluación, con las funciones de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, informar y asesorar sobre los problemas o dificultades que puedan presentarse y recoger la información y estadística, con respeto siempre a la confidencialidad de los casos concretos. Y entre los miembros de dicha Comisión se menciona a un Psiquiatra o un Psicólogo.

Esa Orden, en los términos en que está redactada, en modo alguno discrepa de lo que se dispone en el apartado 1.1.ª del artículo 417 bis del Código Penal, lo que en todo caso resultaría inviable por el diferente rango normativo. Ciertamente, de ningún modo puede sostenerse, como pretende el recurrente que la citada Orden permita sustituir al médico especialista por un psicólogo a los efectos de emitir dictamen sobre el grave peligro que la continuación del embarazo representa para la salud psíquica de la mujer embarazada. Los cometidos que vienen atribuidos a esa Comisión de Evaluación vienen delimitados en la Orden citada y nada se dice sobre un extremo tan importante como es el especialista que debe emitir el dictamen preceptivo para el caso de aborto en el que concurra la indicación terapéutica, especificación que sí viene expresamente recogida en el artículo 417 bis del Código

Penal de 1973 como en el artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En ambas disposiciones se consideran acreditados para emitir el dictamen a los médicos de la especialidad correspondiente, siendo de resaltar que este Real Decreto 2409/1986 deroga expresamente la Orden de 31 de julio de 1985.

Y el Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, independientemente de que no habilitaría a la psicóloga que emitió el informe cuestionado con una titulación de la que carecía cuando emitió su dictamen, tampoco tiene el alcance, como asimismo pretende el recurrente, de modificar el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal y artículo 6.º del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, que exige que sea un médico especialista el que emita el dictamen sobre grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer embarazada. Ello sin que esta Sala pueda cuestionar la capacidad de los Psicólogos y con mayor razón los que son especialistas en Psicología clínica para emitir un informe sobre la salud psíquica de una persona. El legislador ha señalado los requisitos que deben concurrir para que el aborto no sea punible y el aplicador del derecho, en este caso, el juzgador, está sometido al principio de legalidad en orden a los presupuestos expresamente consignados en la Ley como sucede, respecto a este requisito, en el artículo 417 bis del Código Penal. Está en juego la presencia de un interés tan relevante como es la salud psíquica de la madre que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto.

En este caso no se cumple, pues, el requisito expresamente consignado en el artículo 417 bis del Código Penal de 1973 de que el dictamen sea emitido por médico especialista distinto del que realiza la intervención, requisito que no ha perdido su vigencia por las disposiciones que se señalan en el presente motivo, siendo correctos los razonamientos expresados por el Tribunal sentenciador sobre la necesidad de que sea un médico especialista el que emita el dictamen.

Al no concurrir los presupuestos que excluyen la punibilidad del aborto, que a modo de justificación específica vienen recogidos en el artículo 417 bis del citado Código Penal, es correcta la aplicación que el Tribunal de instancia hace del artículo 145.1 del vigente Código. En otro motivo del recurso se examinará la cuestión, igualmente invocada, de la presencia de error en los acusados al sostener que estaban en la creencia de actuar conforme a derecho.

El presente motivo no puede ser estimado.

(Sentencia de 26 octubre 2000)

## ARTÍCULO 147

*Falta de imputación objetiva de las lesiones que se causa la víctima cuando, para su autodefensa, se arroja del vehículo para proteger su reloj: desproporción del peligro que asume la víctima*

Cuarto. (...) 2. Distinto es el problema relativo a la imputación al acusado de las lesiones sufridas por el perjudicado como consecuencia de haberse arrojado del vehículo en marcha para escapar a su agresor. Aquí se vuelve a plantear el problema de la significación de la conducta decidida por la víctima para la imputación del resultado producido que ya ha sido objeto de otros precedentes de esta Sala. Como se sabe se trata de las condiciones en las que el resultado se debe atribuir a la responsabilidad del autor o de la víctima. En particular, en el presente caso, se trata de si las lesiones producidas por el comportamiento autodefensivo de la víctima de un robo pueden ser imputadas al autor de la violencia o intimidación.

El punto de partida de la verificación de la imputación objetiva es claro: el resultado se debe imputar al autor siempre y cuando sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, creado por su acción. La cuestión ha sido tratada desde esta perspectiva en un caso similar en la STS de 8-11-1991, en el que se afirmó la imputación objetiva del resultado sosteniendo que «el conductor del vehículo creó un riesgo, del que la propia ofendida le advirtió cuando le dijo que se tiraría si no paraba y en el ámbito de ese riesgo producido y advertido por él, se produjo ese acto voluntario de ella (...) que fue el origen del posterior atropello de su propio cuerpo por las ruedas traseras del mismo camión. Tal conducta voluntaria, al haberse realizado dentro del ámbito de riesgo creado por el acusado, no interrumpió el nexo causal». En ese caso se trataba de una joven que se arrojó de un camión en marcha con el propósito de sustraerse al intento de abuso sexual por parte del conductor.

No obstante la similitud del hecho, el acusado en el caso de la STS de 8-11-1991 fue condenado por un delito de lesiones cometido con imprudencia temeraria y esta decisión no fue recurrida por la acusación. En el presente caso, el Tribunal *a quo* —más correctamente— entendió que el autor era punible a título de dolo. Esta diferencia no invalida los principios que se pueden deducir de dicho precedente. Es claro que no se trata aquí de si el acusado obró o no con dolo respecto del resultado de lesiones, sino —como se dijo— de si dichas lesiones pueden ser o no objetivamente imputadas al autor.

En los supuestos como el presente la configuración del hecho concreto tiene una importancia decisiva, dado que —como lo reconoce una parte, al menos, de la doctrina respecto de casos similares— es preciso diferenciar situaciones diversas, pues todavía no se ha elaborado una fórmula general que pueda resolver adecuadamente todas las hipótesis. En este sentido parece claro que no todas las acciones de autoprotección, consistentes en arrojarse de un vehículo en marcha para eludir una agresión, deben tener la misma significación. Sin duda que en todas ellas habrá que afirmar la causalidad en el sentido de la *conditio sine qua non*, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera arrojado del coche. Pero no toda causalidad es relevante. En los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que

sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor. En la ponderación de la diferencia entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra.

De acuerdo con este criterio, el resultado de lesiones no se debió imputar a la acción del recurrente, toda vez que para proteger su reloj asumió, por propia decisión, un peligro extraordinariamente mayor que aquel al que realmente estaba sometido. Es cierto que el acusado dijo tener una navaja y estar dispuesto a usarla, pero no se sabe si tal navaja realmente existió, el ofendido no la vio, y, en todo caso, no había sido utilizada cuando se arrojó del coche.

En consecuencia, el tipo penal del artículo 147 CP no debió ser aplicado.

(Sentencia de 26 febrero 2000)

## ARTÍCULO 150

*Lesiones que causan deformidad: dolo directo de quien propina un cabezazo en la cara a la víctima*

Primero. (...) 2. Como ha señalado la doctrina, la nueva regulación de las lesiones en el vigente Código Penal, en los supuestos de lesiones graves o que ocasionen una deformidad genérica o específica, que son herederos de los artículos 418 y 419 del anterior Código Penal, supone una nueva sistemática que resulta mucho más racional, al prescindir de la exigencia de dolo directo en estos delitos más graves con el consiguiente desdoblamiento típico entre los casos de dolo directo y los de dolo eventual.

Lo verdaderamente determinante de estas categorías de delitos es la producción de un resultado que lleva aparejado un menoscabo de la integridad corporal con una nota de permanencia. No es obstáculo para la existencia de estas modalidades delictivas la circunstancia de que, por los avances de las técnicas quirúrgicas o reparadoras, se puedan llegar a corregir, de manera más o menos perfecta, las deformidades ocasionadas.

3. La Sala sentenciadora, no obstante, se inclina por mantener que en los delitos causantes de deformidad se debe aplicar la doctrina tradicional, acuñada durante la vigencia del antiguo Código, de que es necesario un dolo específico de causar deformidad.

Aunque a efectos dialécticos nos podamos situar en este terreno, lo cierto es que, también existiría, en el caso presente, este dolo específico. Lo cierto es que la reacción del acusado alcanzó unas cotas de violencia e incivildad, difícilmente repetibles. El recurrente conoció y admitió desde el primer momento, las consecuencias que podían derivarse de su acción. La dirección del golpe fue precisa y contundente. Conectó su cabeza sobre el rostro a la altura de la nariz, por lo que nada tiene de extraño que, como consecuencia lógica de esta acción se viesen afectadas la boca e incluso las cejas y ojos que no llegaron a ser alcanzados pero que se

encontraban dentro del radio de acción al que puede afectar un preciso cabezazo dirigido al rostro de la víctima. Conocía perfectamente el alcance del impacto y tenía voluntad de producirlo por lo que, tanto por la vía del dolo directo, como por la de un hipotético dolo eventual, que ahora quedaría también integrado en el tipo, su conducta le ha sido correctamente reprochada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 4 febrero 2000)

### *Extirpación de un testículo: miembro no principal*

Primero. 1. La acusación pública formaliza una oposición articulada en un único motivo en el que denuncia el error de derecho por la inaplicación al hecho probado del artículo 149 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 150 del mismo Código, es decir, la consideración, o no, como órgano principal de la lesión producida.

El hecho probado, del que se parte en la impugnación, refiere que el acusado en el curso de una discusión con el perjudicado le propinó un rodillazo en la zona genital a consecuencia del cual tuvo que practicarse una orquiectomía –extirpación– de un testículo.

En el desarrollo del motivo argumenta sobre la condición de órgano principal del testículo sin que esa consideración se pierda por la dualidad de testículos al igual que ocurre en otros órganos bilaterales del cuerpo humano.

2. El motivo debe ser desestimado. La cuestión a resolver se circunscribe a la declaración, o no, de la pérdida de un testículo como órgano principal, y por lo tanto una mayor consecuencia jurídica por el mayor disvalor del resultado, la extirpación de un testículo.

A favor de su consideración como órgano principal el Fiscal argumenta con cita de nuestra jurisprudencia (cfr. SSTS de 16-5-1986 y 5-10-1989 y las que en ellas se citan). No obstante, y aunque hay pronunciamientos de esta Sala en los que hemos declarado que no es órgano principal (STS de 1-6-1989), ha de señalarse que esa jurisprudencia aplicó un Código Penal anterior al vigente en el que junto a la expresión de unos concretos resultados que agravaban la consecuencia jurídica exigía un requisito específico en la tipicidad subjetiva con la expresión «de propósito», que fue interpretado por esta Sala como exigencia de un dolo directo que abarcara la acción y el resultado requerido en el tipo penal. Este requisito ha desaparecido de los tipos penales 149 y 150 que, respectivamente, presentan una agravación por la gravedad del resultado.

3. Abordaremos la cuestión desde la nueva tipología. Ambos artículos, el 149 y el 150, refieren la agravación a un miembro o a un órgano, esto es, a una parte del cuerpo que desempeña una función fisiológica, también aquella parte del cuerpo dotada de funciones propias. Igualmente, ambos preceptos suponen la exigencia de un tratamiento médico o quirúrgico para alcanzar la sanidad de la lesión y refieren la concreción del resultado a la pérdida o inutilidad de la función del órgano o miembro afectado por la acción realizada.

Por último, ambos preceptos concretan el resultado referido a la inutilidad, esto es, en la ineficacia del órgano o miembro para la realización de la función que tienen atribuida, o a la pérdida que supone además de la ineficacia funcional el menoscabo anatómico.

Lo relevante es la pérdida de funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial (STS de 13-2-1991) de carácter definitivo. En el supuesto de que fuera susceptible de corrección quirúrgica habrá de valorarse la entidad de la intervención, la voluntariedad en su realización y la existencia de riesgos no exigibles al perjudicado.

La consideración de principal o no principal, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función perdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo.

Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del artículo 149 del Código Penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan, tanto la interna o endocrina, referida a la producción de hormonas masculinas determinantes de su fisonomía externa y del apetito sexual, como la externa o exocrina que produce los espermatozoides que a través de los conductos deferentes discurren por la uretra hasta su expulsión.

La prueba pericial practicada en el procedimiento no refiere que la extirpación de un testículo afecte a la función endocrina y exocrina, que el perjudicado sigue desarrollando con normalidad (véanse al respecto las pruebas periciales forenses realizadas y estudios específicos que señalan que «los hombres con un testículo solamente, no muestran evidencia alguna de deficiencia hormonal»), por lo que no podemos declarar que la pérdida de un testículo suponga la de un órgano principal siendo más correcta su consideración de no principal dado que no se ha perdido la función como así resulta de la pericial y de los estudios consultados.

Corroborada la anterior consideración el examen de los concretos resultados que integran la agravación por el resultado del artículo 149 del Código Penal. En efecto, junto a la pérdida o inutilidad de un miembro principal se relacionan la impotencia y la esterilidad y otros resultados típicos que no guardan relación con la cuestión debatida, en clara referencia a la inutilidad de la función que no se produce por la extirpación de un testículo. Consecuentemente, la pérdida de un testículo no supone pérdida de la función que realiza, la endocrina y la exocrina y no puede considerarse como parificado en su valoración a la impotencia y a la esterilidad que sí supone la pérdida de una función.

Lo anteriormente fundamentado no afecta a otros órganos dobles existentes en el cuerpo humano, porque aun con duales tienen su funcionalidad propia e independiente de su par, como los ojos, los oídos y pulmones. Otros, por la relevancia e importancia de sus funciones, como en el supuesto de los riñones, en los que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen.

(Sentencia de 29 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 153

*Malos tratos habituales en el ámbito familiar: evolución legislativa, bien jurídico protegido y requisitos*

Cuarto. Como tercer motivo y por el mismo cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 se denuncia como indebida la aplicación del artículo 153 del Código Penal.

El recurrente en la fundamentación del motivo de una manera escueta se limita a denunciar la aplicación del artículo 153 solicitando la absolución por dicho delito por estimar que no está acreditada la habitualidad y porque, en definitiva los actos de violencia datados reseñados en el *factum* constituirían, a lo sumo, dos faltas de lesiones que ya estarían prescritas sin que deban tenerse en cuenta por su concreción otros actos incluidos en el relato de hechos.

El artículo 153 del Código Penal penaliza la violencia doméstica, la importancia que ésta tiene en la sociedad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxime si se tiene en cuenta que sólo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación –SSTS de 29 de abril 1999 y de 19 de mayo 2000.

Precedente del actual artículo 153, fue el artículo 425 del Código Penal de 1973 introducido por Ley Orgánica 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, des-cansando el tipo sobre la nota de la habitualidad, respecto de este tipo penal, la STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores de aquel tipo 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 con lo que queda establecida la diferencia con la falta del artículo 582 inciso final (del anterior Código Penal).
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin.
- d) Tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en su artículo 153 vino a recoger el delito de lesiones habituales del artículo 425 del anterior Código Penal al que nos acabamos de referir. La redacción mejoraba y corregía determinados defectos y en tal sentido:

- 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 mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituido por ser cónyuge o «ligado

de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo y finalmente.

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 desvuelve 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.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> 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, aunque la doctrina científica se inclinaba por su aplicación análogica como exigencia del principio de seguridad jurídica.

Faltando la habitualidad, los hechos constituirían la falta del artículo 617-2.º del Código Penal, aunque la relación personal servirá para agravar la pena en relación al supuesto en que entre agresor y víctima no se dé la relación de convivencia.

La Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, la modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas –exposición de motivos–, ha introducido diversas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 éstas 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 física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da 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 breve 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 atacar el maltrato fa-

miliar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 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 –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y 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 preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como 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 Ley Orgánica 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.

Desde este enfoque constitucional, único que resulta adecuado dada la naturaleza del tipo penal, debemos analizar la impugnación del recurrente. Este como ya hemos dicho y ahora se reitera se limita a afirmar que los dos únicos actos de violencia datados en el *factum* lo son a mediados de 1997 cuando le dio varios puñetazos a Adela y el 15 de octubre de 1997 cuando le dio un puñetazo en el ojo a Tania causándole un gran hematoma y tirándola al suelo, respecto de ambas agresiones que no se niegan, se dice que se trataría de dos faltas que ya estarían prescritas y que además no fueron denunciadas.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 junio 2000)

*Comisión por omisión de madre que omite toda conducta para impedir que el padre de niña de cinco meses le cause malos tratos habituales físicos*

Tercero. El artículo 11 del Código Penal de 1995 regula la comisión por omisión, señalando que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación, disponiendo, a continuación, que a tal efecto, se equipara la omisión con la acción, entre otros supuestos, cuando exista una específica obligación legal de actuar. En cuanto al tema de la posibilidad de perpetrar estos delitos por comisión por omisión, y para lo que aquí se estudia, en relación con el delito previsto en el artículo 153 del Código Penal (violencia física habitual o malos tratos sobre los propios hijos), ya fue estimado punible por la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, pero, sobre todo y ello es lo que interesa ahora, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Así, podemos citar, a modo de ejemplo, las siguientes Sentencias: A) La de 22 de junio de 1991 que dice al respecto: El *factum* de dicha Sentencia afirma que la acusada «maltrató a su hija de cinco meses de edad», causándole las lesiones que seguidamente describe; afirmando, finalmente, que «... la lesión se causó a presencia del marido que no intervino para guardar la integridad física de la niña». Se describe, por tanto, en el relato fáctico de la Sentencia una típica conducta omisiva, en este caso, por parte del padre. Tales conductas —con independencia de los típicos delitos de omisión— pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado (como es el caso del delito de lesiones) en lo que doctrinalmente se conoce como «delitos de comisión por omisión», o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico, como garante de un determinado bien jurídico, y que, en el presente caso, se concreta en el deber de velar por los hijos que concierne a los padres, por razón de la patria potestad (*vid.* artículo 154.1.º del Código Civil). En tal caso, la conducta pasiva del padre de la niña lesionada fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo. No cabe imaginar que la «esperada» (por obligada) acción protectora del padre no hubiera podido evitar tal resultado, particularmente habida cuenta de las múltiples lesiones de la menor. B) La de 31 de octubre de 1991, en la que conociendo la madre que su esposo hacía objeto de malos tratos en forma persistente a su hija de tres años de edad, «al menos desde aproximadamente un mes», toleró los mismos y no los evitó como era su obligación de madre. La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste eficacia causal con el resultado producido, lesiones sufridas por su hija de tres años, de tal entidad que precisaron la hospitalización con sesenta días de duración y secuelas psíquicas, por no haber evitado e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves. La procesada, se dijo por esta Sala, aparecía como garante de la evitación del resultado. La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral)

sino de su traducción en exigencias normativas (deber legal). El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores –art. 154.1.º– y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros. C) La de 6 de octubre de 1998, en la que se declara: «... Se trata de definir y calificar la actitud pasiva del sujeto de la infracción, en este caso lesiones. Como acertadamente se dice por el Fiscal, la recurrente se encontraba en posición de garante, reiteradamente apreciada en toda madre respecto de sus hijos pequeños, “por virtud de lo cual es exigible un determinado comportamiento activo para garantizar que un resultado lesivo, por obra de otra persona, no se produzca”». También la Sentencia de 15 de abril de 1997, se refiere a la posición de garante, entendiendo que la no evitación del resultado lesivo ha de equipararse a su causación positiva.

Cuarto. De tales hechos es responsable criminalmente la acusada Vicenta H. V., por comisión por omisión, y en relación con el delito de violencia habitual o malos tratos ejercidos sobre hijos propios, previsto y penado en el artículo 153 del Código Penal, ya que, como dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1996, se consuma por sus reiteraciones, finalidad perseguida y unión filial con la víctima, delito, por cierto, que fue introducido en el Código Penal de 1973, en el artículo 425, por la Ley Orgánica de 21 junio 1989. Habiendo de entenderse por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, tal y, como acontece en el supuesto de autos, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas. Norma penal, la aludida, 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. Sin embargo, no puede condenarse a la acusada, como también ha interesado el Ministerio Fiscal, por el delito de lesiones más grave, cometido por su marido, el coacusado, José Manuel S. V., que produjo días antes del último de los ingresos hospitalarios citados, toda vez que la Sala sentenciadora declara como probado que, en esa ocasión, y «en los momentos finales de tan lamentables hechos, en que su marido al ir a pegar al niño, se puso en medio para evitarlo, llevándose ella los golpes dirigidos al niño». Procede, en consecuencia, estimar el recurso del Ministerio Fiscal y dictar segunda Sentencia.

(Sentencia de 26 junio 2000)

## ARTÍCULO 163.4

*Detención ilegal realizada por delito de abusos sexuales sin que exista denuncia previa de la víctima: delimitación con el tipo agravado del artículo 167*

Segundo. 1. Se denuncia en el segundo motivo, por la vía del artículo 849.1.º LECrim, la infracción del artículo 167, por inaplicación, y del artículo 163.4, ambos del CP, por aplicación indebida.

En los hechos probados, completados por el fundamento primero de la Sentencia impugnada, se establece: a) Situación de conflicto entre los familiares de la joven Encarnación M. S. con Andrés M. C. –recurrente en esta sede– por creer que éste había abusado sexualmente de Encarnación aprovechando que le daba clases prácticas de conducir automóviles. El padre y tío de la muchacha, guardia civil y policía nacional respectivamente, acompañados por el novio de aquella, condujeron al señor M., contra su voluntad, a la Comisaría de Policía, donde fue puesto en libertad, tras prestar declaración, por la denuncia que, casi inmediatamente, presentó contra él Encarnación en la misma Comisaría. Se dice en el *factum* que ella «entró en las dependencias policiales cuatro o cinco minutos después de aquéllos».

b) El guardia civil y el policía nacional actuaron, en todo momento, como particulares despojados de cualquier signo exterior que les identificara como agentes de la autoridad y, por tanto, fuera de su función, por motivos exclusivamente particulares ajenos por completo al interés o servicio público.

c) La aprehensión y traslado a la Comisaría del presunto autor de los abusos sexuales fue ilegal porque lo hicieron, en cualquier caso, sin la denuncia previa exigida por el artículo 191 del CP.

Para la Sala *a quo* los hechos son constitutivos de un delito del artículo 163.4, que fue la calificación del Ministerio Fiscal, pero no del artículo 167, como estima el recurrente. La línea separadora entre ambos no es siempre fácil, ni la del artículo 167 con el 530 del mismo texto legal.

2. El tipo privilegiado del artículo 163.4 del CP requiere, en su faz negativa, que no se dé ninguno de los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite a los ciudadanos practicar una detención (art. 490 de la LECrim). El elemento subjetivo del injusto es factor determinante pues es un delito intrínsecamente doloso que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con el ánimo específico y finalista de presentarlo a la autoridad. El verbo rector –eje de la conducta– es aprehender, el adverbio que lo modula «inmediatamente» –novedad del Código Penal vigente de 1995– y el fin presentarlo a la autoridad. La Sala sentenciadora razona convincentemente que se dieron todos los requisitos del artículo 163.4 del Código Penal.

3. La actuación del guardia civil y del policía nacional condenados careció, en efecto, de la más mínima cobertura legal y su comportamiento fue inadmisible pues no sólo olvidaron su misión de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 11 Ley Orgánica 2/1986, 13 de marzo) sino que los quebrantaron. Ese comportamiento fue, a todas luces, delictivo como la Sala *a quo* resolvió con sobrado fundamento, pero no incardinable, a su juicio, en el artículo 167 CP porque éste se reserva, según el fundamento primero, «para los supuestos abusivos de

la función», tipo penal que, por otra parte, es una agravación de los casos previstos en los artículos anteriores «precisamente para reprimir los abusos de la función misma».

4. En el artículo 167 del CP se tipifica un delito especial impropio, según doctrina mayoritaria y constituye un subtipo agravado de los previstos en los artículos precedentes singularmente, por lo que ahora importa, en el artículo 163.4 de suerte que, como ha entendido razonablemente la Sala *a quo*, éste era el aplicable si los agentes de la autoridad –guardia civil y policía nacional– no habían actuado, en absoluto, como tales, ni en el ejercicio de su competencia funcional pues no la tenían en el caso debatido para detener, por faltar la denuncia previa como requisito de procedibilidad, ni actuaban como tales agentes sino como simples particulares hasta tal punto que si los malos tratos que infligieron al detenido hubieran sido replicados por éste nunca hubieran podido invocar legítimamente su condición profesional porque en aquellos momentos, por su abusivo e incorrecto proceder, no lo eran en modo alguno, sino meros particulares (cfr. SSTS de 13-11-1992, 20-5-1994 y 24-6-1994).

A pesar del meritorio esfuerzo de la representación del recurrente y de su bien fundado alegato, el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 23 junio 2000)

## ARTÍCULO 167

*Detención ilegal cometida por policía que detiene a los que, requeridos para ello, no se identifican*

Tercero. El motivo ordinalmente correlativo del recurso alega, con apoyo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de Ley causada por haberse aplicado indebidamente al caso el artículo 167 en relación con el 163.4, ambos del Código Penal. Si según la modificación de la narración fáctica de la Sentencia que el recurrente pretende, había base para que pidiera a los denunciantes se identificaran y, ante la desobediencia de éstos a hacerlo, les advirtió que serían conducidos a Comisaría, a lo que reaccionaron con insultos, entiende el recurrente que fue correcta su detención y no le eran aplicables por tanto, los artículos del Código Penal que en el motivo se mencionan.

Pero ocurre que como se ha dicho en el primero de estos fundamentos jurídicos, no hay base para cambiar el contenido del relato fáctico de la Sentencia, sino que hay que respetarlo en su integridad en un motivo, como el presente, por infracción de Ley. Y en la narración de hechos que la Sentencia ofrece tan sólo se dice que el recurrente en ocasión de los mismos, al contemplar una escena en la calle en la que se encontraban una ciudadana agachada entre unos matorrales y dos hombres que estaban atendiéndola, preguntó qué pasaba allí y a continuación les requirió a los tres para que presentaran documentación –se entiende, claro es, con la finalidad de que se indentificaran–, sin atender a que se les dieran explicaciones de lo que estaba ocurriendo. Ya la petición de identificación a unas personas antes de tener algún motivo para pensar que se estaba cometiendo o se iba a co-

meter un delito, era prematura pero aunque sólo cabe cuando sea preciso para proteger la seguridad ciudadana, aún podría ser explicable que, a través del conocimiento de documentos identificatorios de los circunstantes, se pudiera tener algún dato de que un acto ilícito pudiera estar sucediendo. Pero, incluso la no presentación de documentación por los dos hombres, siempre y cuando esa presentación fuera necesaria para impedir la comisión de un delito o falta o con el objeto de sancionar una infracción, solo debió determinar un requerimiento a ir hasta las dependencias policiales próximas con el fin de lograr la necesaria identificación, pero nunca a una detención, que, si la realiza una autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley (arts. 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y sin mediar causa por delito, determina que correctamente se aplicara el artículo 167 del Código Penal, al revestir una de las formas de los artículos precedentes, entre ellas la detención de una persona para presentarla a la autoridad, al no ser uno de los casos permitidos por las leyes, del artículo 163.4 del mismo Código. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

(Sentencia de 12 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 169

### *Amenazas no condicionales: delimitación respecto a la falta homónima*

Primero. (...) La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 2-2-1981, 13-12-1982, 12-2 y 30-4-1985, 11-6 y 18-11-1989 y 2-12-1992) ha caracterizado el delito de amenazas con apoyo en las normas del CP 1973, similares a las del CP 1995, por los siguientes elementos:

1) El bien jurídico protegido es la libertad y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad, y a no estar sometidos a temores, en el desarrollo normal y ordinario de su vida.

2) El delito de amenazas es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro.

3) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio de un mal que constituye alguno de los delitos previstos en el artículo 493, contra la persona, honra o propiedad. En el NCP se amplía el catálogo de delitos, con cuya ejecución puede amenazarse a terceros. El anuncio del mal tendrá que ser serio, real y perseverante.

4) El mal que se anuncia habrá de ser futuro, injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de una natural intimidación.

5) Se trata de un delito enteramente circunstancial, en relación al cual deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores.

6) Debe concurrir finalmente en el delito un dolo consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego.

La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes, (SSTS de 11-1 y 23-4-1977, 4-12-1981, 20-1-1981, 23-4-1990, 14-1-1991 y 22-7-1994, y de 17-6-1998).

La utilización de expresiones hiperbólicas y exageradas en el anuncio de males futuros no hace desaparecer el delito de amenazas, si es creíble, si no un mal tan grave como el que se expresa, otro inferior constitutivo de alguno de los delitos relacionados en la lista del artículo 169 del CP 1995.

Con arreglo a la doctrina expuesta, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser desestimado, puesto que los hechos cometidos por José María M. Q. el 22 de julio de 1996, descritos en el último párrafo de la narración histórica, son subsumibles en el tipo del delito de amenazas no condicionales definido en el núm. 2.º del artículo 169 del CP 1995, puesto que hubo una exteriorización verbal por el acusado de forma furiosa y desahogada, de su propósito de acabar con la vida de su esposa y de la familia de ella, y aunque tales expresiones pudieran estimarse hiperbólicas y exageradas, sí era creíble, atendidas las circunstancias antecedentes y concurrentes que se reflejan en el *factum*, una intención del acusado de agredir físicamente a su mujer M.ª de los Desamparados S. V., y de lesionarla, por lo que hay que entender que si no era creíble el propósito de matar a su mujer exteriorizado en las palabras empleadas por el acusado, sí era creíble que José María tenía intención de cometer contra ella un delito de lesiones, comprendido en la relación que contiene el artículo 169 en su apartado primero.

Al estimarse correctamente aplicado el artículo 169 del CP a los hechos imputados a José María M. Q., no cabe revisar ni revocar la pena accesoria de restricción de los desplazamientos del acusado a Valencia, que le impuso el Tribunal sentenciador, con apoyo en el artículo 57 del CP 1995, dado que entraba dentro de las facultades discrecionales del Tribunal enjuiciador la imposición o no de la pena, prohibitiva de residencia, al acusado, por ser responsable de un delito contra la libertad.

(Sentencia de 12 junio 2000)

## ARTÍCULO 175

*Delito contra la integridad moral: policía que innecesariamente exige identificación provocando impotencia y temor*

Primero. Un solo motivo conforma el recurso interpuesto por la representación del condenado como autor de un delito contra la integridad moral para, con amparo en el artículo 849.1.º de la LECrim, denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 175 del Código Penal.

La tesis recurrente cuenta con el apoyo del Ministerio Público, el que, al igual que quien recurre, entiende, aunque no exista identidad argumental en sus plan-

teamientos, que el hecho enjuiciado no reviste la gravedad exigida para ser considerado delito, por tanto, debe ser calificado como una falta de coacciones del artículo 620.2.º del Código Penal.

Pues bien, dicha propuesta impugnativa no puede ser aceptada ya que, inalterado el relato fáctico, el respeto integral debido al mismo en razón del cauce casacional elegido, inviabiliza tal pretensión.

El argumento exculpatorio del autor del recurso de que el acusado cumplía sus funciones al identificar a quien parecía sospechoso de cometer las sustracciones denunciadas en los lugares en que prestaba su cometido no es de recibo cuando –como dice la combatida– «ha quedado acreditado que el acusado tenía perfecto conocimiento de la profesión y personalidad de quien trataba de identificar (le llamé por su apellido) y, curiosamente, tres días después debía acudir como denunciado a un juicio de faltas que había de celebrarse en un Juzgado de Instrucción de esta ciudad, en el cual el abogado de la parte denunciante (la esposa del acusado) iba a ser, con toda seguridad, la persona cuyo “aspecto” levantaba sospechas e hizo exacerbar al acusado su celo policial».

La afirmación de dicho comportamiento aparece sustentada en las declaraciones de los policías municipales que prestaron testimonio en el Plenario y a las que hace expresa referencia la resolución recurrida en una irreprochable exposición valorativa de su contenido que, por una parte, acredita la innecesariedad de la actuación del acusado y, de otra, la constatación exacta de las dosis de matización que otorga el principio de inmediación como componente insustituible que la instancia incorpora con exclusividad al ejercicio de la función jurisdiccional.

De suerte que si la rectificación de la percepción así obtenida y trasladada al *factum* sólo puede conseguirse en supuestos de clamorosas equivocaciones evaluadoras o flagrantes errores estimativos de la prueba y éstas están ausentes en el caso que ahora se analiza, no cabe sino concluir con el rechazo de lo postulado en el recurso, dado que los hechos relatados revisten categoría delictiva ante la trascendencia que ofrecen, tanto por el específico abuso de las funciones que el condenado detentaba como agente de la autoridad, ejerciéndolas innecesariamente y por razones particulares, como por la forma en que se exteriorizó públicamente dicho comportamiento, el conocimiento previo y preciso que el acusado tenía de la identidad y profesión del sujeto pasivo de tan expeditiva y vejatoria actuación y el efecto producido en el ánimo de aquél, ya que –según la literalidad del *factum*– provocó «sentimientos de impotencia y temor a la conducta que el acusado podría desarrollar en el futuro habida cuenta de los procedimientos en marcha». Concomitantes consecuencias que privan de fundamento a las invocaciones referidas el principio de proporcionalidad o de intervención mínima y consolidan la decisión condenatoria del Tribunal Provincial.

Segundo. Por otra parte y aun cuanto la respuesta jurisdiccional que en este trance merece la postulación recurrente pudiera tenerse por agotada con las consideraciones precedentes, la diferencia argumental –expuesta en documentado informe– que, no obstante perseguir idéntico objetivo, ofrece el apoyo prestado por el Ministerio Público, exige, en correspondencia con su estructura y contenido, la formulación de algunas reflexiones al respecto.

Al margen de las críticas que desde la perspectiva de una ortodoxa técnica legislativa merece la sistemática, epigrafiado y contenido del Título VII del Código Penal en el que se ubica el que se invoca como infringido artículo 175, no cuestionamos la justificación de la opción legislativa a la que aquél se acomoda en tan-

to que su última razón de ser responde a la necesidad de rellenar una secular imprevisión normativa generadora de un vacío de protección frente a agresiones o actuaciones arbitrarias de funcionarios o autoridades no acompañadas de lesión para las que, en ocasiones como la presente, dada la especificidad del ataque a la probidad moral de la víctima, circunstancias periféricas de la acción y la cualificación profesional de los sujetos activo y pasivo, la calificación como falta resultaría insuficiente.

Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los europeos de 1950 y 1987, y de las Naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948, y en el artículo 15 de la Constitución Española, permiten, a nuestro entender, acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta —como manifestación directa de la dignidad humana— comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutado por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el artículo 174 predisponga, fuerce o compela al agredido o sufridor de aquéllos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y, concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas sus circunstancias. En su consecuencia, ratificamos la anunciada desestimación del recurso.

(Sentencia de 6 abril 2000)

## ARTÍCULO 178

*Diferencia entre el tipo básico de agresión sexual (art. 178) en grado de consumación y el agravado del artículo 179 en grado de tentativa*

Cuarto. (...) Frente al tipo básico de agresión sexual del artículo 178 consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, comprensiva por su carácter abierto de cualquier acción así valorable, el artículo 179 integra un subtipo agravado por el mayor desvalor que representan los actos concretos que en él se describen, entre ellos la penetración bucal. Su comisión precisa el inicio de un comportamiento material de carácter ejecutivo de tales actos sin que baste la mera exteriorización verbal de la resolución criminal. Por otra parte el solo propósito de realizar con la víctima ese determinado acto de ma-

por desvalor manifestado cuando el sujeto con otros actos ya está atentando contra su libertad sexual no supone dar comienzo ejecutivo a la agresión del subtipo agravado si la agresión material que de hecho con aquéllos ya está cometiendo no aparece inequívocamente dirigida en natural progresión a la realización de cualquiera de los actos del subtipo agravado.

El hecho probado refleja una agresión sexual consistente en tocar el pecho de la víctima venciendo su voluntad contraria mediante el uso de la fuerza, atentando así contra su libertad sexual mediante un comportamiento no integrado en el subtipo agravado. El que al mismo tiempo el acusado –tal y como afirma el hecho probado, de inexcusable respeto en este cauce casacional– manifestara verbalmente a la víctima, mientras la tocaba, su deseo de que ésta le practicara una felación, rechazada en todo momento por ella, no sitúa la conducta del acusado en el ámbito del subtipo agravado, sino que la mantiene en la esfera del tipo básico apreciable como consumado por razón de los tocamientos corporales realizados, ya que no aparece en el *factum* de la Sentencia que además iniciara el recurrente ningún otro comportamiento material encaminado precisamente a lograr la penetración bucal, esto es que a tal fin pusiera en práctica su manifestado propósito fuera del tocamiento del pecho de la víctima. Por lo tanto el delito cometido fue el del tipo básico de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal en grado de consumación y no el del artículo 179 en grado de tentativa. El motivo por tanto debe ser estimado.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

*Inexistencia de un elemento subjetivo del injusto (ánimo lúbrico) en el delito de agresión sexual. El dolo supone el conocimiento de que realiza una acción sexual contra la voluntad del sujeto pasivo*

Tercero. (...) 1. En los hechos probados se establece que el recurrente tenía una leve disminución del control de sus impulsos a consecuencia de un retraso mental leve y que actuó emocionalmente desestabilizado por una reciente ruptura sentimental. Estas circunstancias del autor, no impugnadas en el recurso, no permiten excluir el elemento subjetivo del delito del artículo 179 CP. En efecto, este delito no requiere un especial elemento subjetivo consistente en un «ánimo libidinoso», diverso del dolo. Es suficiente con que el autor haya sabido que realizaba una acción sexual contra la voluntad del sujeto pasivo, con el propósito de lograr, mediante violencia, el acceso carnal. Este conocimiento no se ve afectado por ninguna de las circunstancias que pueden excluir o disminuir la capacidad de culpabilidad. Como es sabido, la responsabilidad penal se estructura, en los conceptos que ha establecido nuestra jurisprudencia, sobre la distinción entre la voluntad de realización y la dirección de los impulsos de acuerdo con las normas. El dolo del delito pertenece a la primera categoría y no resulta, por lo tanto, afectado por la exclusión o la disminución de la capacidad de culpabilidad.

2. En lo concerniente a la aplicación del artículo 20.3 CP se debe señalar que en los hechos probados no han sido descritas circunstancias individuales del acusado que permitan afirmar que padece desde el nacimiento una grave alteración de

la conciencia de la realidad. Es indudable que los presupuestos psíquicos de esta exigente no se dan, cuando sólo se padece una leve disminución del control de los impulsos.

(Sentencia de 7 junio 2000)

*Requisitos de la agresión sexual: beso lingual a niña de 7 años sujetándola de cuello y hombros*

Primero. El primer motivo del recurso de casación de Pedro G. M. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por aplicación indebida de los artículos 178 y 180.3.º del CP, y por no aplicación del artículo 181.3.º del mismo Cuerpo Legal.

Estima el recurrente que, ponderadas las circunstancias que rodearon los hechos de autos, no cabe apreciar que concurriera violencia o intimidación, caracterizadoras de la agresión sexual, dado que el lugar donde ocurrieron los mismos era público y frecuentado por otras personas, y tales hechos sucedieron en una hora en que había plena luz del día. La testigo presencial doña María Ángeles T. M., según recoge la Sentencia, oyó desde corta distancia todo lo que sucedía. Se estima en el motivo que no existió ocultación de lo que realizaba por parte de Pedro G. M., ni tampoco medió violencia, que no era necesaria por ser el acusado una persona adulta, y tener la víctima siete años, por lo que únicamente cabe apreciar una situación de superioridad del acusado respecto a la menor, debiendo además tenerse en cuenta que la víctima conocía a Pedro, según su propia versión de los hechos, por ser el padre de una amiga suya. Destaca el recurrente que ha de tenerse en cuenta para ponderar los hechos la personalidad alcohólica de Pedro, y hace constar como dato acreditativo de la poca gravedad de la acción de Pedro, el que la mujer que le sorprendió al acusado y a Elena, permitiese que ésta regresase a la casa de su madre, acompañada por una amiga de la edad de la niña.

Por ello, en suma, concluye el recurrente que hubiera resultado más ajustado a Derecho la aplicación del tipo básico del artículo 181.3.º del CP, siendo también más ajustada la pena a imponer con arreglo a tal precepto (multa de seis a doce meses), si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo, por considerar que no respetaba los hechos probados, como era obligado en el cauce procesal utilizado, siendo improcedentes, dada la vía casacional empleada, las valoraciones probatorias que se realizan en el motivo, que debía haberse atendido rigurosamente al relato histórico de la Sentencia.

En realidad, en el motivo no se cuestionan las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida sino que se censura la aplicación del Derecho que en la misma se verifica, por entender que dadas las circunstancias concurrentes, el comportamiento de Pedro G. M. debería haberse estimado integrante de un delito de abuso sexual del artículo 181.3.º del CP, y no del delito de agresión sexual del artículo 178, apreciado en la Sentencia.

Esta Sala, en Sentencias de 23-2 y 12-7-1990, 16-4 y 22-12-1991, 12-3, 19-5 y 22-7-1992, 23-4-1993, 5-2-1994, 27-1-1997, en relación al tipo de agresión sexual

configurado por la Ley Orgánica 3/1989, de 21-6, en el artículo 430 del CP derogado, ha estudiado los elementos integrantes del delito, consistentes en: *a)* un requisito objetivo, que estriba en la acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona; *b)* un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva o deshonesto; y *c)* el elemento consistente en la vulneración de la libertad sexual de la víctima ya por emplearse violencia e intimidación contra ella, ya por ser menor de doce años o estar enajenada o privada de razón o sentido.

En el nuevo Código, sólo integra delito de agresión sexual la vulneración de la libertad sexual por violencia e intimidación, constituyendo delitos de abuso sexual los supuestos de aprovechamiento de la menor edad de trece años, de trastorno mental o privación de sentidos de la víctima.

Esta Sala, en Sentencias de 16-7-1993 y de 14-5-1997, ha considerado que el beso en la boca integra una acción lasciva subsumible en el tipo de agresión sexual.

Se ha perfilado por esta Sala también los elementos integrantes de la violencia, en Sentencias de 18-10-1993 y 28-4, 21-5-1998, y en la Sentencia de 7-10-1998, estimando que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima.

Tratándose de víctimas menores de trece años, será apreciable violencia si la acción libidinosa se realiza contra la voluntad del menor y como imposición de la misma por la fuerza, máxime si el acto lascivo tiene efecto vulnerante o causante del dolor o de rechazo físico en el cuerpo del mismo o de la niña agredida.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, el motivo debe desestimarse, puesto que concurrieron en los hechos los elementos caracterizadores de la agresión sexual, puesto que hubo una acción lasciva, consistente en el beso lingual dado por Pedro G. M. a la menor Elena V. B., movido por una indudable intención libidinosa, exteriorizada en las palabras del acusado, al decirle a la niña que iba a darle un beso de amor, y medió violencia, en la sujeción de la menor por el cuello y hombro, y en el beso dado seguidamente con introducción de la lengua en la boca de la niña, lo que determinó un rechazo físico de Elena, y le provocó llanto y vómitos.

(Sentencia de 4 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 179

### *Autonomía de las agresiones sexuales: ruptura de la acción natural y vulneración distinta del bien jurídico protegido*

Tercero. El segundo de los motivos, por la vía del artículo 849.1 LECrim, aduce indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal en relación con los artículos 178 y 179 del mismo Texto.

El hoy recurrente es condenado, entre otros, como autor de un delito continuado de agresión sexual integrado, a su vez, por dos delitos de agresión sexual del artículo 179 y uno del artículo 178 CP 1995 (fundamento de derecho cuarto).

La vía casacional elegida exige el escrupuloso respeto de los hechos probados. En el apartado D) se describen las tres acciones realizadas por el procesado, ciertamente en un breve lapso espacio-temporal, pero suficientemente independientes y autónomas para entender la existencia de tres agresiones a la libertad sexual del ofendido y no una pluralidad de acciones constitutivas de un solo atentado contra la misma (unidad de hecho), es decir, la concurrencia de un dolo unitario integrado por varios hechos naturales, que deben valorarse como uno solo, como pretende el hoy recurrente. Ello no es sólo consecuencia de la imputación de dos tipos diferentes, los del artículo 179 y del artículo 178 ya referidos, sino de la propia valoración jurídica de lo sucedido. En primer lugar, el ofendido es llevado mediante violencia a «una zona de obras existentes en aquel lugar», y, ante la amenaza de clavarle una navaja, aquél es obligado a practicar una felación al hoy recurrente. En segundo lugar, con igual amenaza, le hizo correr «hasta la parte trasera de la piscina Las Palmeras», donde, después de golpearle, le obligó «a bajarse los pantalones penetrándole con su pene por el ano». En tercer lugar, «a continuación le obligó a tumbarse en el suelo y a masturbarlo, volviéndolo a golpear con los puños en la cara y patadas en el estómago, intimidándole con exigencias de dinero y con que “lo abriría en canal” si contaba lo ocurrido».

Esta Sala (STS de 15-2-1997) ha apreciado la unidad natural de acción «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha», es decir, cuando se dan dos o más penetraciones en la misma situación y contexto. Sin embargo, lo descrito más arriba no es equiparable a este supuesto si tenemos en cuenta no sólo la ruptura de la acción natural, sino la vulneración, ciertamente repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido mediante la ejecución de acciones determinadas por un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos. Por ello su calificación responde a las exigencias del delito continuado, acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad.

Por todo ello este motivo debe ser también desestimado.

(Sentencia de 4 abril 2000)

### ARTÍCULO 180.3

*Si la edad de la víctima ya fue valorada para apreciar la intimidación del tipo básico del 178 no puede volver a considerarse para integrar el tipo agravado del 180.3, por así prohibirlo el artículo 67 CP*

Segundo. El tipo básico de las agresiones sexuales, artículo 178 CP, aplicado en el presente caso, vincula la presencia de la violencia o 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 hace mención, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, y por ello afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, que 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 circunstancia personal relativa a la edad de la víctima, por ello, resulta en principio irrelevante. Desde esta perspectiva no cabe establecer necesariamente una relación directa entre violencia o intimidación y edad.

El subtipo agravado, concretamente el comprendido en el apartado 3.º del artículo 180 CP, cuya inaplicación denuncia el Ministerio Fiscal, prevé la agravación de la pena «cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación». De lo anterior se deduce que el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Por ello el legislador hace referencia a la especial vulnerabilidad de aquélla subordinándola, por exigencias del principio de legalidad, a las circunstancias referidas, las dos primeras personales, edad y enfermedad, y la tercera de naturaleza mixta, cual es la situación en que se encuentre.

Siendo ello así podrá concurrir la agravante específica, subtipo agravado en el presente caso, supuesto que la edad de la víctima haya sido tenido en cuenta para valorar la intensidad de la intimidación, como razona la Sentencia de la Audiencia, si la persona resulta especialmente vulnerable además por la concurrencia de otras circunstancias que se sientan alternativamente por el legislador, como es la enfermedad o situación, de forma que del sustrato fáctico no se deduciría superposición de hechos respecto de los cuales se aplica doblemente la misma circunstancia agravatoria (ver al respecto la Sentencia de este Alto Tribunal de 12-2-1998, traída a colación por el Ministerio Fiscal en su escrito de formalización del recurso).

Efectivamente, la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 CP (antiguo art. 59), despliega la aplicación del principio *non bis in idem*, proscribiendo la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo base.

(Sentencia de 5 abril 2000)

## ARTÍCULOS 181.2 Y 3

*No existe abuso sexual abusando de trastorno de la víctima cuando ésta es una mujer con adaptación social no satisfactoria pero con grado de adaptación familiar, de salud y profesional adecuado, no pudiendo considerarse trastorno el carácter introvertido, tímido e inseguro. Tampoco existe prevalimiento para que la víctima consienta cuando ésta accede a tener relaciones sexuales con varón por concebir que el adulto representa una figura de autoridad a la que hay que respetar y obedecer*

Único. El primer motivo del recurso se apoya en el artículo 849.1.º LECrim. La Defensa sostiene que el artículo 182, en relación con el 181.1.º CP, ha

sido aplicado indebidamente, pues en los hechos probados se declara que la víctima prestó su consentimiento para la relación sexual. De todos modos se admite en el recurso que los hechos probados permitirían la aplicación del artículo 181.3.º CP. Estima la Defensa que «no se puede afirmar, ni la Sentencia lo afirma, que la víctima padezca tan bajo nivel intelectual, tal falta de raciocinio o discernimiento (...) que la priven de todo freno inhibitorio o que la hagan incapaz de valorar el alcance de sus actos».

El motivo debe ser estimado.

La Audiencia afirma en la Sentencia recurrida que «en las circunstancias que hemos declarado probadas, sencillamente es imposible que existiera consentimiento libre, válido y eficaz», pues «de la indudable amistad que sostenían sus familias y ellos mismos no se pasó a una relación de enamoramiento». Asimismo considera que «el mantenimiento de la relación a lo largo de dos años, lejos de ilustrar sobre la realidad del consentimiento, refleja la angustia, la impotencia, el sentimiento de sumisión, que en definitiva debió vivir Noemí durante ese largo período de tiempo». «En definitiva –concluye el Tribunal de instancia– no existió una relación deseada e interesada por ambas partes, en un contexto de enamoramiento».

Estas consideraciones no pueden ser compartidas por la Sala, pues en ningún caso el consentimiento que excluye la tipicidad del delito del artículo 181 CP debe tener su razón de ser en un estado de enamoramiento, cuyas características psicológicas, por otra parte, son de una imprecisión total. En principio la motivación del consentimiento es irrelevante, si el motivo no ha sido creado por el sujeto activo mediante engaño o coacción. Aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto. En este sentido, la doctrina, que en tiempos anteriores, muy probablemente bajo la influencia del derecho francés, tuvo dudas respecto de la admisión de una causa excluyente de la punibilidad no reconocida con carácter general en el catálogo de eximentes del artículo 20 CP, nunca vio dificultades en admitir el efecto eximente del consentimiento, en aquellos casos en los que el tipo penal requiere que el autor haya obrado contra el consentimiento o sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Respecto del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual, el valor excusante del consentimiento del sujeto pasivo no ofrece dudas, pues el legislador ha establecido, de todos modos, dos circunstancias que lo excluyen: por un lado la incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2.º CP), y por el otro la coacción en la obtención del consentimiento, derivada del prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, que «coarte la libertad de la víctima» (art. 181.3.º CP).

A partir de estas consideraciones es claro que el presente caso no es subsumible bajo la variante típica del artículo 181.2.º CP, toda vez que la joven es mayor de trece años, no se hallaba privada de sentido ni padecía un trastorno mental, que permitiera excluir su libertad de decisión. El carácter introvertido, tímido, inseguro y retraído, en el que la Audiencia se apoya para subsumir los hechos en el artículo 181.2 CP, no puede ser considerado como un trastorno mental, capaz de excluir la capacidad de comprender la situación que se consiente. El concepto de trastorno mental, mencionado en la citada disposición, debe ser entendido como

una perturbación de facultades mentales que pueda eliminar alguno de los elementos de caracterizan el consentimiento eficaz. En este sentido, en la doctrina se considera que el consentimiento eficaz requiere capacidad de comprender qué se consiente, que no haya existido error y que sea anterior a la realización de la lesión del bien jurídico consentida. De estos requisitos en la presente causa sólo importa el referente a la capacidad de comprender la situación en cuyo marco se expresa el consentimiento y el alcance del mismo. Desde esta perspectiva, y haciendo uso de las facultades que le acuerda el artículo 899 LECrim, la Sala ha podido comprobar que en las actuaciones existen tres informes psicológicos. En ninguno de ellos se hacen constar verdaderos trastornos mentales ni insuficiencias intelectuales que no permitieran a la joven tomar una decisión sobre la base de su comprensión, limiándose las profesionales que los suscriben a señalar ciertas particularidades de la personalidad de la joven, así como dificultades de conducta vinculadas a la pérdida de su madre y al desconocimiento de su padre. En particular en el informe de la perito designada de oficio se señala que «su adaptación social no es satisfactoria, y lo mismo ocurre en el área emocional». Pero, al mismo tiempo dice que «el grado de adaptación en los sectores familiar, salud y profesional, es perfectamente normal y adecuado» y que «realiza las mismas actividades que cualquier chica de su edad y sus gustos y aficiones son completamente normales». Resulta claro que ninguno de los informes ha excluido la capacidad de la joven para valorar la situación en la que expresaba su consentimiento en la forma de tolerancia de la relación mantenida con el acusado.

La subsunción del hecho bajo el supuesto de abuso sexual mediante prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad del sujeto pasivo (art. 181.3 CP), no ha sido tenida en cuenta por la Audiencia, aunque fue la base de la acusación formulada por el Fiscal. Este prevalimiento requiere en todo caso la exteriorización de un comportamiento coactivo. Por tales razones se debe analizar aquí si concurren los elementos que permitirían aplicar el artículo 181.3 CP. El prevalimiento es entendido en la jurisprudencia de esta Sala como el abuso de una situación de superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo. Es en este sentido en el que, entre otras situaciones, se ha considerado como situaciones de superioridad tanto la amistad entre las familias del autor y de la víctima como la diferencia de edad entre ambos sujetos del delito. Sin embargo, la comprobación de estas circunstancias, por sí solas, no exime de la verificación de sus efectos sobre la libertad de decidir en el caso concreto. En el presente caso, el Tribunal de instancia afirma en los hechos probados que el acusado tuvo acceso carnal con la joven «sin emplear violencia ni intimidación» y que ésta «accedió a la solicitud (del acusado) en función de los rasgos de carácter» que le hacían concebir que «un adulto (...) representaba una figura de autoridad a la que había que respetar y obedecer, a la que no se podía oponer y en quien en definitiva confiaba». Si los hechos son éstos, es claro que lo que coartaba la libertad de la joven no era la acción del acusado, sino, en todo caso, su propia configuración caracterológica. Si ésta, como se vio antes, no puede ser considerada como una perturbación de las facultades mentales del sujeto pasivo, parece que no existe la seguridad que se requiere para poder afirmar que el acusado abusó de su posición respecto de una joven, que no recibió ninguna contrapartida por tolerar la situación, no fue objeto de ninguna amenaza, ni siquiera más o menos encubierta, ni fue privada en ningún momento de la posibilidad de evitar los encuentros en los que, durante más de dos años, mantuvo frecuentes relaciones sexuales completas con

aquél. En este sentido, el Tribunal *a quo* no ha tenido en cuenta que las relaciones duraron más de dos años y que durante este tiempo la joven parece haber tenido una evolución normal y que esto le hubiera permitido, en cualquier momento anterior al descubrimiento de la situación, interrumpir unas relaciones en las que —como ya hemos señalado— no hubo contrapartidas ni ningún género de coacciones. Por otra parte, el Tribunal *a quo* no ha explicado en la Sentencia cómo llegó a la conclusión de que el estado psicológico de la joven, comprobado después del momento en el que éstos adquieren publicidad en el núcleo familiar, proviene de lo insoportable que eran para ella tales relaciones y no del natural sentimiento de culpabilidad que muy probablemente debía producir el descubrimiento de su infracción de ciertos deberes de lealtad entre los componentes de un grupo unido por una amistad estrecha.

Como es lógico, el segundo motivo del recurso carece ya de toda practicidad, una vez estimado el primero.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, respecto de la Sentencia recaída en el recurso de casación 2881/1998, interpuesto por Miguel P. G., contra la dictada por la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 13 de mayo de 1998.

Primero. Mi respetuosa discrepancia con el parecer de mis compañeros se concreta en estimar que el recurso debió ser acogido sólo parcialmente, absolviendo efectivamente al acusado como autor del delito continuado de abuso sexual sin consentimiento del artículo 181.1.º en relación con el artículo 182, objeto de condena en la Sentencia impugnada, pero condenándole por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento del artículo 181.3.º, en relación con el artículo 182, ambos del Código Penal de 1995.

Segundo. La Sentencia mayoritaria reconoce en el fundamento jurídico primero que la propia parte recurrente «admite en el recurso que los hechos probados permitirían la aplicación del artículo 181.3.º del Código Penal». En efecto nos encontramos, a mi entender, ante un supuesto paradigmático de abuso sexual de una menor prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima. La desproporción de edad, experiencia vital, posición social y familiar y madurez psíquica, es tan notoria que necesariamente reclama la tutela penal de la menor frente al abuso manifiesto de que ha sido objeto.

Tercero. Como señala la Sentencia de 14 de febrero 2000, el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente la redacción del abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión anterior «prevaleándose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaleándose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Cuarto. Esta delimitación más precisa no implica, por tanto, que el abuso sexual con prevalimiento exija, como sostiene la Sentencia mayoritaria, «en todo caso la exteriorización de un comportamiento coactivo», pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la manifiesta situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo, sin necesidad de que se constate expresamente la «exteriorización de un comportamiento coactivo».

Quinto. Como se ha señalado concurren en el supuesto actual una serie de factores que delimitan un caso paradigmático de abuso sexual de menor concurriendo prevalimiento; la víctima es menor, huérfana, acogida como pupila por la familia de sus tíos, tiene un carácter tímido, inseguro y retraído, manifiesta sentimientos de inferioridad y fuerte dependencia de los adultos, exteriorizaciones conductuales de sumisión al mandato de los mayores y falta de iniciativa para tomar decisiones por sí misma, como se declara expresamente probado en la Sentencia de instancia, es decir se trata de una joven de quince años especialmente inmadura e inestable.

El acusado, de 41 años, casado, con hijos, era un íntimo amigo de los tutores de la joven, amistad familiar entre ambos matrimonios que determinaba un estrecho contacto y conocimiento de la menor, siendo vecinos y «compartiendo ambos matrimonios y sus hijos, en común, los espacios temporales ordinarios de sueto y descanso, los viajes de vacaciones, frecuentando ambas familias indistintamente el domicilio de la otra». Precisamente esta íntima amistad familiar fue lo que determinó que los tutores de Noemí consintiesen confiadamente en que el acusado la llevase al colegio por las tardes en su furgoneta, y fue durante esos viajes cuando se produjeron los accesos carnales, por indicación del acusado y sin necesitar violencia ni intimidación, «accediendo la joven a la solicitud de Miguel P. en función de los rasgos de carácter, comportamiento, sentimiento y actitud hacia el mundo de los mayores (...) que veía en un adulto como el acusado una figura de autoridad a la que había que respetar y obedecer, a la que no se podía oponer y en quien, en definitiva, confiaba», según se expresa en el relato fáctico de la Sentencia de instancia, que añade que el acusado «realizó la penetración, consciente plenamente de la situación emocional y adaptativa a su entorno de Noemí, utilizando la situación privilegiada que en tales circunstancias le proporcionaba su calidad de adulto, la intensa relación mantenida con la familia de Noemí y con ella misma, así como el conocimiento de los rasgos caracterizadores del subjetivismo y la exteriorización conductual de Noemí A.».

Con estos antecedentes fácticos es claro que existen suficientes factores para apreciar la concurrencia objetiva de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de la víctima:

a) En primer lugar la menor de edad de la joven, por debajo del umbral de los dieciséis años necesitado de una mayor tutela (ver art. 183 del Código Penal 1995).

b) En segundo lugar la notoria diferencia de edad (más de 25 años) que proporcionaba al acusado, de 41 años, la madurez y experiencia necesaria para aprovechar la ingenuidad de la menor.

c) En tercer lugar la especial inmadurez psicológica y afectiva de la víctima, descrita en el relato fáctico, que acentuaba su inferioridad.

d) Por último, la posición relevante de autoridad que proporcionaba al acusado su condición de íntimo amigo de los tutores de la menor, y su cotidiana relación con la familia, que le situaba en un nivel más elevado, con el ascendiente sobre la menor derivado de la confianza y el respeto que le otorgaban sus tutores.

En definitiva concurren los dos factores básicos criminológica y penalmente característicos del abuso sexual de menores: la notoria asimetría de edad y el abuso de poder o de posición dominante.

Sexto. La Sentencia mayoritaria descarta la concurrencia de prevalimiento por estimar, en primer lugar, que no consta la «exteriorización de un comportamiento coactivo», exteriorización que no requiere el tipo, como ya se ha expresado.

En segundo lugar por entender que «lo que coartaba la libertad de la joven no era la acción del acusado sino su propia configuración caracteriológica», criterio que no se puede compartir, pues el tipo no requiere que sea el acusado quien cree la situación de desequilibrio o manifiesta inferioridad, sino que ésta concorra objetivamente y que el acusado la conozca y se aproveche de ella, lo que consta suficientemente en el caso presente.

En tercer lugar se añade que la relación sexual con la menor se prolongó durante dos años, sin que la joven se opusiese a los sucesivos encuentros, pero esto no decide en absoluto la concurrencia del abuso delictivo, pues precisamente este tipo de conductas abusivas de menores se penalizan para proteger la normal evolución y desarrollo de su personalidad. Se abusa porque se aprovecha la falta de capacidad del menor para su autodeterminación sexual, y una vez iniciada la relación sexual desproporcionada, no es fácil para el menor liberarse de la influencia del adulto. Es por ello por lo que el legislador ha establecido que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcanza su mayoría de edad.

La continuidad de la relación durante un período en que la víctima seguía siendo menor, no excluye la concurrencia inicial y el influjo continuado del prevalimiento, reforzado precisamente por la propia relación sexual que crea una dependencia afectiva y un lazo secreto entre la menor y el abusador, de difícil salida para la menor y originador generalmente, como aquí sucedió y se constata en el relato fáctico, de perniciosas consecuencias psicológicas (ansiedad, depresión, disminución del rendimiento escolar, pérdida de autoestima, etc.).

En definitiva, la adecuada tutela del libre desarrollo de la personalidad de los menores frente al abuso sexual, debió determinar, a mi entender, una Sentencia en cuya parte dispositiva se condenase al acusado como autor de un delito continua-

do de abuso sexual con prevalimiento y acceso carnal reiterado, a la pena de cuatro años de prisión, con la responsabilidad civil expresada en la Sentencia de instancia (indemnización de cinco millones de ptas. a la perjudicada).

(Sentencia de 16 mayo 2000)

### ARTÍCULO 181.3

*Prevalimiento: elementos. No se aprecia superioridad en acceso carnal de tío de 24 años con sobrina de 14 pertenecientes a etnia gitana*

Único. La Sentencia recurrida condenó a Rafael M. C. como autor de un delito de estupro de prevalimiento previsto en el artículo 434.1 CP 1973. Tenía veinticuatro años de edad cuando invitó en Écija, a las puertas de una discoteca, a una sobrina suya de 14 años, M.<sup>a</sup> del Carmen E. C., a que le acompañara en su coche, la llevó a un descampado y allí tuvieron acceso carnal. Luego se desplazaron a Moguer (Huelva) y a la noche siguiente fueron los dos a Alcolea del Río donde pernoctaron en casa de los padres de él hasta que, al otro día, la recogieron allí sus familiares.

Se le impuso la pena de dos años y cuatro meses de prisión menor y recurrió en casación por un solo motivo, amparado en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, en el que se alega infracción de ley, por aplicación indebida al caso del artículo 434.1.º.

Ha de estimarse este motivo único del recurso.

Del propio texto del artículo 434 se deduce que para este delito conocido como estupro de prevalimiento se precisan los siguientes elementos:

1.º Acceso carnal en el amplio sentido con que este concepto aparece en los últimos años en nuestros Código Penal.

2.º La víctima de tal acceso carnal ha de ser una persona mayor de doce años y menor de dieciocho, requisito suprimido en el CP ahora en vigor (arts. 181.3 y 182 CP 1995).

3.º El sujeto activo ha de encontrarse en una relación o situación de superioridad, originada por cualquier causa. Este elemento constituye la razón de ser de esta infracción penal que tiene como bien jurídico protegido la libertad sexual que aparece aquí limitada en cuanto que el sujeto pasivo, precisamente por esa relación o situación de superioridad, tiene coartada su capacidad de libre decisión, como ahora expresamente dice el citado artículo 181.3 CP actual.

4.º El autor del hecho ha de prevalerse o aprovecharse de esa superioridad para tener el mencionado acceso carnal.

En el caso presente no cabe duda de que concurrieron esos dos elementos primeros, pues hubo acceso carnal con una adolescente que a la sazón tenía 14 años de edad.

La Sentencia recurrida (fundamento de derecho 1.º, último párrafo) afirma la concurrencia también de los otros dos últimos deduciendo esa relación de superioridad, y el consiguiente prevalimiento de dos datos: 1.º «La amistad familiar y parentesco». 2.º «La notable diferencia de edad».

Hemos reclamado del Tribunal sentenciador los autos al amparo de lo permitido en el artículo 899 LECrim, los hemos examinado y así hemos podido precisar una serie de circunstancias de lo ocurrido que conviene resaltar aquí a fin de poner de manifiesto que en el caso no existió esa relación o situación de superioridad cuyo prevalimiento constituye el verdadero fundamento de la figura de delito por la que la Audiencia condenó:

A) Rafael, que tenía 24 años, estaba casado con María C. N., hermana de M.<sup>a</sup> del Carmen C. N. (acusadora particular en la instancia), madre de M.<sup>a</sup> del Carmen E. C., la pretendida víctima de estos hechos. María C. declaró en el sumario que tiene tres hijos de Rafael habiendo vivido todos juntos en Écija en una chabola de donde se trasladaron a una pensión que les pagaba el Ayuntamiento, hasta que, una semana antes de los hechos de autos, el matrimonio discutió por problemas familiares, lo que motivó que Rafael se marchara con su hijo mayor a Alcolea del Río a vivir con su familia.

B) Los familiares de Rafael y M.<sup>a</sup> del Carmen pertenecen a la etnia gitana, que tiene como una de sus costumbres características la precocidad en sus relaciones de noviazgo y matrimonio: hemos dicho antes cómo Rafael con 24 años ya se encontraba casado y tenía tres hijos, y ahora añadimos que M.<sup>a</sup> del Carmen, cuando ocurrieron los hechos aquí enjuiciados, pese a su corta edad (14 años) hacía ya seis meses que tenía un novio, según ella misma declaró en el acto del juicio oral.

C) El contacto concreto entre los dos, para el posterior acceso carnal que ha motivado la condena aquí recurrida, se produjo a las puertas de una discoteca donde ambos habían acudido a divertirse.

Tal conjunto de circunstancias nos induce a pensar que en el caso no existió esa superioridad por la que la Audiencia condenó a Rafael. Veamos por qué.

Tanto el lugar de encuentro, la discoteca, como el parentesco del que no se derivaba ninguna relación de jerarquía familiar, ni siquiera de convivencia, nos hacen pensar en una relación de igual a igual.

Y por lo que se refiere al dato de la edad, aunque la diferencia es importante (24 y 14 años), por sí sola carece de relevancia a los efectos de constituir esa relación de superioridad. Unida a otra u otras circunstancias (por ejemplo, que el autor del hecho sea autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, como decía el artículo 434, ahora aplicado, en su primitiva redacción), podría servir para la aplicación al caso de este delito. Pero no en el supuesto presente, en el que el resto de los datos que conocemos nos conducen a la realidad de una relación de mera amistad sin que haya el más leve indicio de que quien aparece en la acusación como víctima actuara con su libertad sexual coartada en el acceso carnal por el que Rafael fue condenado en la instancia.

La conclusión ha de ser, pues, la estimación del recurso: los hechos probados no nos describen la situación o relación de superioridad exigida para el delito del artículo 434.1 CP 1973. No existió el delito de estupro de prevalimiento por el que la Audiencia condenó.

(Sentencia de 3 enero 2000)

*No constituye prevalimiento el aturdimiento de la víctima por ingesta de alcohol, ni que el acusado sea primo de la madre de aquélla, ni que tenga 12 años más que la misma*

Quinto. El primer motivo que examinaremos de los formulados por el acusado, es aquel que denuncia infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del artículo 181.1 y 3 CP y que, en síntesis, viene a decir que el estado de aturdimiento en que, según los hechos probados, se encontraba Elena por la previa ingesta de bebidas alcohólicas no integra la situación de prevalimiento que establece el artículo 181.3 aplicado por el Tribunal *a quo*, y que, por consiguiente, la relación sexual efectuada carece de relevancia penal.

El motivo, que viene expresamente apoyado por el Fiscal, debe ser estimado. En efecto, examinada la motivación jurídica de la Sentencia recurrida, observamos que el Tribunal de instancia fundamenta su decisión de que el consentimiento de la joven lo obtuvo el acusado prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta en distintos elementos, a saber: la diferencia de edad entre los protagonistas del evento, la relación de parentesco entre ambos, el engaño y los ardises que utilizó el acusado para llevar a la mujer a la tienda y, por último, la ya citada situación de aturdimiento de ésta.

Desde luego, la diferencia de edad no configura en este supuesto la situación de superioridad manifiesta que exige el artículo 181.3 CP. No sólo porque tal diferencia (18 años Elena y 30 Adolfo) no es significativa, sino porque la de la mujer en particular impide aceptar que dicha diferencia concediera al acusado una posición de dominio tan intenso como requiere el precepto. A lo que cabe añadir, como acertadamente subraya el Ministerio Público, que en la legislación precedente se descartaba la aptitud de un sujeto mayor de 18 años para ser víctima de estupro con prevalimiento.

La misma falta de entidad para constituir el tipo se predica de la relación de parentesco, pues que Adolfo sea primo de la madre de Elena, o que exista una relación de «amistad familiar» en modo alguno son factores que generen la superioridad manifiesta que prevé el artículo 181.3

En lo que concierne a los engaños y ardises de que habla la Sentencia, debe significarse que éstos son elementos constitutivos de un tipo penal específico de abuso sexual fraudulento previsto en el artículo 183 CP y del que, además, se excluye a toda persona mayor de 16 años para ser víctima de esta concreta figura delictiva, razón por la cual también carece de relevancia en el supuesto actual.

Resta, pues, determinar si la situación de aturdimiento en que se encontraba Elena A. por la ingestión de bebidas alcohólicas, perturbó con la suficiente intensidad las facultades cognoscitivas y volitivas de aquélla como para que el consentimiento prestado al encuentro carnal pueda considerarse viciado, es decir, para que la merma de dichas capacidades de entender y querer hacer lo que se hacía configure un consentimiento carente de la necesaria libertad.

El propio Tribunal sentenciador excluye la aplicación del artículo 181.2.2.º CP al afirmar que «no podemos hablar de una privación de la conciencia o la voluntad...» de la víctima, pero ello no es óbice para que los efectos de la ingesta excesiva de alcohol puedan afectar de tal modo a la víctima que permitan la aplicación del artículo 181.3 cuando el agente se prevalga de ese estado para obtener el consentimiento, lo que requiere —como ha quedado dicho— que esa embriaguez haya

perturbado las facultades de discernimiento y autodeterminación del sujeto pasivo hasta el punto de dificultar sensiblemente su capacidad de comprensión y decisión, lo que generaría la situación de «superioridad manifiesta» del sujeto activo.

Cabe significar que la Sentencia impugnada ni siquiera utiliza la expresión «embriaguez» para definir el estado de Elena A. —embriaguez que tampoco resulta de la diversa prueba practicada al respecto, al menos con una intensidad mínima digna de apreciación—, sino de «aturdimiento», término este que abarca un amplio abanico de posibilidades, desde una obnubilación profunda de la psiquis cercana a la abolición de los resortes mentales de la persona, hasta una ligera afección de éstos sin efectos realmente perturbadores. Pero de los datos de hecho declarados probados —a los que tenemos que atenernos dado el cauce casacional— se deduce que el aturdimiento de Elena no alcanzaba especial intensidad, como resulta del propio comportamiento de aquélla antes y después del acceso sexual y, sobre todo, de la expresión que figura en la Sentencia del «estado de alegría» de la joven que resulta un valioso elemento para discernir el alcance del aturdimiento en cuestión.

En estas condiciones no parece razonable asumir que el aturdimiento que provocó en Elena un simple estado de alegría impidiera a ésta, le dificultara gravemente comprender lo que estaba acaeciendo y negarse a la relación sexual. Se trata de una mujer de 18 años, de la que no consta que padeciera ninguna clase de minusvalía o deficiencia psíquica, en trance de efectuar un coito con otro adulto cuyas intenciones no podía desconocer según el relato de los acontecimientos y que prestó su consentimiento para el acto, consentimiento que, por lo expuesto, no cabe reputarse de ser prestado en una situación de «manifiesta superioridad» que coartara su libre voluntad.

Por todo lo cual resulta indebidamente aplicado el artículo 181.3 CP, procediendo a la anulación de la Sentencia de instancia dictándose otra por esta Sala en la que, por no ser los hechos constitutivos de delito, se declare la absolución del recurrente sin necesidad de examinar el resto de los motivos alegados.

(Sentencia de 27 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 184

### *Acoso sexual: doctrina general*

Cuarto. 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.

Los hechos objeto de enjuiciamiento acaecieron después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y antes de la reforma citada de 1999, y como se explicará a continuación, tanto con el texto inicial como el modificado en el año 1999, la conducta del acusado se subsume en este delito.

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, incluye un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y entre

ellas menciona el que pueda ser constitutivo de delito 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 hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales 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.

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.

La acción típica, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, requiere la presencia de los tres elementos siguientes: *a)* que se soliciten favores de naturaleza sexual. Este requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, cuando dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre; *b)* que el sujeto se prevalezca de una situación de superioridad laboral, docente o análoga; y *c)* que anuncie al sujeto pasivo, de modo expreso o tácito, que de no acceder puede causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

A estos elementos habrá que añadir, al no ser posible la conducta imprudente, que el dolo del sujeto abarque todos los componentes que se dejan reseñados y especialmente el aprovechamiento consciente de su situación de superioridad.

En el supuesto objeto de esta causa concurren los presupuestos tipificadores que se acaban de mencionar, ya que resulta bien patente la solicitud de actos de contenido sexual por las inequívocas expresiones, comentarios y hechos que se contienen en la relación fáctica de la Sentencia de instancia; queda igualmente cumplido el requisito de la relación jerárquica que media entre el recurrente y su víctima, como expresamente se dice en los hechos que se declaran probados y, como se razonó para rechazar el tercer motivo de este recurso, queda constatado por las declaraciones de la denunciante y por los cometidos profesionales y especialmente de control que vienen asignados al acusado con respecto a los guardas de seguridad que era el puesto desempeñado por la perjudicada, como acertadamente se explica en el primero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida; y respecto al tercer requisito, el propio Tribunal sentenciador razona sobre la indudable ascendencia que mantenía el acusado sobre la víctima que estaba vinculada a la empresa con un contrato temporal renovable y que la actitud del acusado con ella le hacía intuir que podría perder el trabajo, temor que se infiere de la conducta enjuiciada, surgiendo, pues, el anuncio tácito del mal al que se refiere el precepto, y estos razonamientos del Tribunal sentenciador, que es al que corresponde

valorar la prueba practicada a su presencia en el acto del juicio oral, tienen su reflejo en los hechos que se declaran probados, y esas posibles y serias represalias, tácitamente entendidas, podían frustrar las legítimas expectativas de la perjudicada a continuar en su puesto de trabajo.

No plantea cuestión que el acusado, al realizar tales solicitudes de contenido sexual, era perfectamente consciente de que se estaba aprovechando de una situación de superioridad y que de ser desatendidas sus solicitudes tenía capacidad para perjudicar las expectativas laborales de su víctima.

Concurren, pues, todos los elementos que caracterizan esta figura delictiva en su redacción anterior a la reforma de 1999.

Podría plantearse la atipicidad de la conducta del recurrente en el caso de que el texto vigente del delito de acoso sexual, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, contuviera unos elementos o requisitos que no concurren en los hechos que se declaran probados.

La redacción vigente ha venido a incorporar, como supuesto básico del delito de acoso sexual, la modalidad que la doctrina suele denominar como acoso sexual ambiental, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o 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. Asimismo incorpora como supuesto agravado aquellos casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación.

Es decir, la conducta enjuiciada en esta causa incurriría en uno de los supuestos agravados, ya que pueden afirmarse, sin duda, los elementos del tipo básico, en cuanto el acusado, con sus solicitudes e insinuaciones de contenido sexual, había producido una patente situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para su víctima.

Así las cosas, la conducta del acusado se subsume en el artículo 184 del Código Penal, correctamente aplicado por el Tribunal sentenciador, y la tipicidad se mantiene con la vigente redacción de dicho precepto.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 23 junio 2000 .)

## ARTÍCULO 186

### *Provocación sexual: requisitos. Concepto de pornografía*

Tercero. El primer motivo se formaliza por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando el recurrente la indebida aplicación por la Sala sentenciadora de los artículos 186 y 192.1 del Código Penal de 1995.

El artículo 186 del Código Penal castiga al que, por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o in-

capaces (que será castigado con la pena de multa de tres a diez meses, en la redacción afectante al caso enjuiciado, posteriormente agravada mediante reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril).

Este delito, denominado de provocación sexual, tiene como antecedente el artículo 432 del CP 1973, modificado, a su vez, por Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio. El nuevo Código penal ha elevado la edad de los sujetos pasivos del delito, en aras de una mayor protección de su personalidad en formación, de 16 a 18 años, coincidente con la mayoría de edad civil. Los requisitos que exige dicho tipo penal son los siguientes: *a)* la difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico; *b)* la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo; *c)* que los destinatarios de la acción sean menores de edad o incapaces; y *d)* que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

Por el cauce casacional elegido por el recurrente, devienen incólumes y de obligado respeto los hechos probados de la Sentencia de instancia. En dicho relato histórico se narra cómo, sobre las 8:20 horas del día 4 de diciembre de 1997, en aula habitual y en hora lectiva de la asignatura que debía impartir el acusado, concretamente de dibujo técnico como profesor de educación secundaria de Instituto, preguntó a sus veinte alumnos si deseaban ver una cinta de vídeo en la cual aparecía, supuestamente, un personaje conocido manteniendo una relación sexual. Todos estuvieron de acuerdo, aun cuando no conocían en aquel instante de qué personaje público se trataba. El acusado conocía que de entre sus alumnos había siete menores de edad, procediendo a continuación a la proyección de dicha cinta de vídeo, pudiendo aquéllos ver las imágenes girándose hacia el televisor, mientras dibujaban una lámina.

El relato de hechos probados describe el contenido de tal cinta de vídeo con las siguientes palabras: «la película tiene una duración de unos siete minutos. A pesar de la deficiente calidad de la imagen y el sonido, todos observaron escenas de sexo entre un hombre y una mujer adultos grabadas desde un pequeño agujero abierto en la pared o en un mueble de la habitación. El primero iba vestido solamente con un corpiño y siempre aparece tendido sobre una cama, en decúbito prono o ventral y ligeramente erguido o en la postura adecuada, aunque constantemente boca abajo, cuando lo requería la práctica sexual, la segunda llevaba una prenda tipo picardía. A ninguno de ellos se les llega a ver con nitidez sus órganos sexuales. En un momento dado, la mujer introduce en la boca del varón un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente. Poco después, le impregna el ano con una crema lubricante e introduce por ahí el mismo artilugio. Por último, se coloca a horcajadas encima de la cabeza del hombre y se retira el picardías por su parte inferior para orinar. Son frecuentes los gemidos de placer y las frases impúdicas».

En el caso enjuiciado se cumplen, pues, todos los requisitos exigidos por tal tipo penal. No ofrece duda la exhibición de dicha cinta de vídeo por parte del profesor acusado, ni tampoco que dicha exhibición se produjo ante menores de edad, por tener siete de tales alumnos diecisiete años de edad, siendo indiferente a estos efectos su consentimiento. Igualmente, se cumplió con la mecánica comisiva, ya que el tipo penal únicamente exige que tal exhibición se produzca por cualquier medio directo, y la reproducción de la cinta videográfica a presencia de sus alumnos fue directamente visualizada por éstos, e incluso previamente anunciada, re-

latándose en los hechos probados de la Sentencia de instancia que, durante tal visionado, el acusado resaltaba las expresiones y actos más morbosos, como la micción, e incluso cuando acabó la película, volvió a emitirla parcialmente.

Los dos elementos controvertidos son: *a)* el carácter pornográfico del material exhibido; y *b)* el elemento intencional o doloso del agente.

Respecto del primero, la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción, nos parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, en relación con su difusión a menores o incapaces, desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Desde esta perspectiva, los hechos relatados en la Sentencia recurrida nos proporcionan suficientes datos para calificar a dicha cinta videográfica de material pornográfico, máxime si tal contenido lo conectamos con su visualización por menores de edad: la introducción por parte de la mujer en la boca del varón de un falo erecto artificial, que éste succiona lascivamente, y la impregnación en el ano de una crema lubricante, para posteriormente introducir por ahí tal falo artificial, son elementos que soportan tal afirmación, sin mayores esfuerzos argumentales.

Con relación al segundo elemento, el tipo penal no exige un especial elemento subjetivo del injusto, sino sencillamente que concurra dolo o voluntad en la actuación, cualquiera que fuese la motivación última que tuviese el autor al realizar la acción descrita en el tipo. Desde luego, una clase de dibujo técnico no justifica por sí misma tal emisión, por desbordar los cauces pedagógicos de la asignatura que el acusado impartía. Y por supuesto, el ofrecimiento de la visualización y posterior reproducción de tal cinta videográfica entre sus alumnos, menores de edad, no es compatible con su finalidad educadora, estando indudablemente fuera del contexto de la disciplina docente que impartía. La afectación en el desarrollo de la personalidad de los menores resulta evidente, y ésa es la finalidad última que protege la norma penal y que se conecta con el bien jurídico protegido.

Por las razones expuestas, procede la desestimación de este motivo, y con él del recurso de casación.

(Sentencia de 10 octubre 2000)

## ARTÍCULO 187

*Inducción de menor a la prostitución: concepto. No exigencia de habitualidad, bastando un solo hecho*

Tercero. El segundo motivo, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, «por indebida aplicación del artículo 187 del Código Penal y no aplicación del artículo 181.3 del mismo Cuerpo Legal».

Se plantea este motivo como «derivado del anterior, por cuanto si se ha admitido por este Alto Tribunal que no ha existido actividad probatoria respecto a que mi representado haya hecho entrega de cantidad alguna, y por consiguiente que se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia con respecto a tal extremo, del resto del relato fáctico no puede desprenderse en modo alguno la aplicación del artículo 187.1 del Código Penal». De ahí que la conducta enjuiciada –según el recurrente– debiera incardinarse en el artículo 181.3 del Código Penal.

Alega también el recurrente que el artículo 187 del Código Penal, en cualquier caso, ha sido aplicado indebidamente por haberse descrito «una conducta aislada por parte de mi representado», ya que –en opinión del recurrente– «esa única acción aislada (...) no tiene la suficiente entidad para considerar que (...) se haya producido un verdadero favorecimiento, facilitación o inducción a la prostitución».

La desestimación del motivo primero debe determinar, lógicamente –en cuanto el ahora examinado ha sido formulado como derivado del anterior– la misma consecuencia para este segundo motivo.

Tampoco puede prosperar la tesis del recurrente de que la conducta descrita en el apartado segundo del *factum* pudiera constituir un delito de abusos sexuales del artículo 181.3 del Código Penal (actos que atenten contra la libertad sexual de una persona, realizados sin violencia o intimidación pero sin que medie consentimiento, «prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima»), porque del relato de hechos probados al que hemos de estar (art. 884.3.º LECrim) no se deduce que la conducta del hoy recurrente se llevase a cabo sin el consentimiento de los menores ni tampoco que existiese una relación de superioridad manifiesta por parte del acusado que pudiera coartar la libertad de los mismos, y, en último término, no es propio del tipo penal pretendido ningún tipo de «recompensa».

Por lo demás, la tesis del recurrente (que un hecho aislado no puede considerarse penalmente típico) no puede ser aceptada por este Tribunal: para ello, es menester tener en cuenta la entidad del hecho y el contexto en que tenga lugar.

En relación con esta materia, hemos declarado que «prostitución» puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medida ésta por la repulsa social que provoca (STS de 21 de julio de 1990), que, en los delitos relativos a la prostitución, la libertad sexual –bien jurídico protegido por estos delitos– se tutela no sólo en sí misma contra coacciones violentas o intimidativas, sino también en la libre formación de la voluntad, así como en las zonas periféricas de esa voluntad (*vid.* sentencia de 14 de octubre de 1994), que inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución son formas diversas de prostituir, que –desde el punto de vista etimológico– significan «hacer que alguien se dedique a mantener

relaciones sexuales con otra persona, a cambio de dinero» (STS de 7 de mayo de 1998), que el delito tipificado en el actual artículo 187.1.º del Código Penal —como tampoco su precedente, el art. 452 bis b) 1.º del Código Penal de 1973— no incluyen entre las exigencias para la existencia del delito el que la conducta inductora, favorecedora o facilitadora de la prostitución se realice habitualmente (STS de 16 de febrero de 1998); y que tampoco es preciso para la comisión de estos delitos la producción de los nefastos efectos que los mismos pretenden evitar (STS de 26 de marzo de 1997).

Por todo lo dicho, debemos concluir que los hechos a que este motivo se refiere han sido calificados de forma jurídicamente correcta y que, por ende, procede la desestimación del mismo.

Cuarto. El tercer motivo, por infracción de ley, al amparo también del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación indebida del artículo 187 y la no aplicación del artículo 181.2 del Código Penal.

Según el recurrente, los hechos declarados probados en el apartado tercero del relato fáctico de la Sentencia recurrida no son constitutivos del tipo penal descrito en el artículo 187 del Código Penal, pues «no hubo un ofrecimiento por parte de mi representado para realizar la referida conducta, ni el sujeto pasivo tuvo conciencia de ello, por lo que no se pudo de ninguna de las maneras inducir, promover, favorecer o facilitar su prostitución»; por ello estima que tales hechos tendrían su incardinación en todo caso en el tipo penal del artículo 181.2.2 del Código Penal, «considerando (...) abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten precisamente sobre personas que se hallan privadas de sentido».

Tampoco este motivo puede correr mejor suerte que los anteriores. En el relato fáctico de la Sentencia, al que nuevamente hemos de estar dado el cauce casacional elegido, se dice que el menor se fugó del centro de menores donde a la sazón se hallaba, acudiendo a casa de Carlos, quien aprovechando que aquél estaba dormido «le desvistió», «y le hizo objeto de tocamientos hasta meterse el pene del niño en la boca y chuparlo», despertándose Francisco Javier, el cual recibió antes de marcharse cuatro mil pesetas del acusado, quien, con anterioridad, ya le había regalado una bicicleta «con el ofrecimiento de que en el futuro mantuviese con él relaciones sexuales». Es indudable que el *factum* no se describe realmente el tipo penal del precepto penal que se cita por el recurrente (realizar —sin violencia o intimidación y sin consentimiento de la víctima— actos que atenten contra la libertad sexual de la misma, tratándose de «personas que se hallen privadas de sentido»). Aquí nos encontramos con que el menor —sujeto pasivo de los actos descritos—, que ya había tenido este tipo de experiencias con el acusado, y que había recibido del mismo un regalo de cierta importancia —como es una bicicleta— para que en el futuro mantuviese relaciones sexuales con el acusado, acudió voluntariamente a casa de éste y antes de marcharse recibió de él la cantidad que se dice en el hecho probado, en el que se pone de manifiesto también que el menor «se despertó» (como, razonablemente, no pudo ser de otro modo por cuanto el acusado «le desvistió», «le hizo objeto de tocamientos», llegando a meterse en la boca el pene del menor y chupárselo).

Por lo expuesto, ha de llegarse a la conclusión de que la calificación jurídica cuestionada es ajustada a Derecho y que, por tanto, procede la desestimación de este motivo tercero.

(Sentencia de 17 abril 2000)

## ARTÍCULO 188

*Cualquier medio es válido para determinar mediante violencia o intimidación a persona mayor de edad a ejercer la prostitución (obligar a mantener relaciones sexuales con hombres en clubs intimidándolas con ser agredidas ellas o sus familiares en el país del que procedían); Significado de «alterne»*

Quinto. El motivo quinto censura como indebida la aplicación del artículo 188.1.º del Código Penal.

Nuevamente hemos de reconducirnos –por imperativo de la vía casacional elegida– a la referencia fáctica como premisa ineludible de la que partir para considerar el alegato recurrente.

Al respecto dice el *factum* que los acusados se concertaron entre sí y con otras personas en paradero desconocido para obtener un lucro económico notable por el procedimiento de obligar a varias mujeres, compatriotas suyas, a ejercer la prostitución en Valencia.

Seguidamente, se afirma que dichas mujeres debían entregar diversas cantidades mensuales a sus «protectores», correspondientes a unas pretendidas deudas contraídas con la organización que, en el caso del recurrente, ascendían a cien mil pesetas mensuales. Para poder hacer frente a tales cantidades, aquéllas estaban obligadas a alternar con los clientes de los locales «Club Cotton», «Club Royal» y «Rodeo Girls».

A continuación, el relato histórico expresa literalmente: «asimismo, estaban obligadas a mantener relaciones sexuales por precio, con los clientes de los establecimientos antes citados o con los de la “Sauna Majestic”, sita en la c/ Doctor Marco Merenciano, núm. (...), Valencia», así como que las mujeres eran apercebidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para aquéllos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que les indicaban. Si alguna de ellas se negaba a lo que requerían, eran agredidas por los miembros de la organización.

La rotundidad y contundencia de tales hechos deja huérfanas de justificación las prolijas y artificiosas explicaciones exculpatorias ofrecidas por el acusado recurrente a la vez que ratifica el acierto con que ha sido calificada dicha conducta como la típicamente descrita en el precitado artículo 188.1.º del Código Penal. Estamos ante indubitados comportamientos coactivos y amenazadores procedentes del acusado y directamente encaminados a doblegar la voluntad de sus compatriotas femeninas coartando su libertad sexual, eliminar su resistencia y obligarlas, así, a mantener relaciones sexuales mediante precio con los varones que acudían a los clubes donde aquéllas «alternaban» por decisión de sus «protectores».

Tal como señala la Sentencia de esta Sala de 26-1-1998: «Las coacciones a las que se refiere el artículo 188.1.º CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima. En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquélla permite la realización del tipo. Más aun, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188.1.º CP podría tener menor entidad que la prevista en el artículo 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o

los sujetos pasivos del delito (cfr. SSTs de 2-2-1981, 25-3-1985, 10-4-1987 y 6-10-1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la *vis compulsiva* también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188.1.º CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del artículo 188.1.º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones» (*sic*). De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas –concretado algún caso con las palizas recibidas– y sobre sus familiares de Hungría, ofrecen la suficiente entidad en el supuesto enjuiciado para la realización del tipo penal que se discute, lo que lógicamente, conduce al rechazo del Motivo.

Decimosexto. El quinto motivo –formulado a través del artículo 849.1.º de la LECrim– sirve a su proponente para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 188.1.º del CP.

La articulación del motivo obliga a someterse al relato de hechos probados, los cuales permanecen inalterados ante la improsperabilidad de los motivos 1.º y 2.º del recurso. Sintetizando, se afirma en el *factum* de manera incontrovertible, que Edit H. y Bela N. se concertaron entre sí y con terceras personas en paradero desconocido para obtener un lucro económico notable, por el procedimiento de obligar a diversas mujeres, compatriotas suyas, a que ejercieran la prostitución en Valencia.

A dichas mujeres se les indicaba que habían contraído cuantiosas deudas por el viaje e introducción en España y que para poder hacer frente a dichos débitos estaban obligadas a «alternar» con clientes en locales como «Club Cotton» y otros que se citan. Asimismo, literalmente, se dice que estaban obligadas a mantener relaciones sexuales por precio con los clientes de los establecimientos antes citados o con los de la «Sauna Majestic» sita en la c/ Dr. Marco Merenciano núm. (...), de Valencia.

También se refleja en el relato fáctico que las mujeres eran apercebidas de que los miembros de la organización tenían localizados a sus familiares en Hungría y de que tendría graves consecuencias para aquéllos y para las propias chicas una negativa a satisfacer las deudas del modo que les indicaban, así como que si alguna de ellas se negaba a lo que requerían, eran agredidas por los miembros de la organización; agresiones que se describen en otros pasajes del mismo relato.

Ante tan detallada y expresiva composición narrativa no parece de recibo cuestionar su subsunción en el tipo descrito en el precitado precepto sustantivo destinado a sancionar conductas atenuatorias a la libertad sexual –que es el bien jurídico protegido– como las descritas en la combatida en las que es patente una determinación coactiva a prostituirse que se describe en párrafos tan ilustrativos como los ya referidos. Dado que lo que se castiga en el Título VII del Código Penal 1995 son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, y de ahí se deduce que, si las conductas relativas a la prostitución tipificadas penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir, aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de su situación de necesidad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, no son necesarias grandes dosis de comprensión para estimar correcta la calificación jurídica de los hechos.

Por ello, todo el discurso argumental de quien recurre no sólo resulta estéril en su esfuerzo por demostrar la ausencia de los ingredientes de naturaleza objetiva del tipo delictivo cuestionado, sino porque su contenido excede en todo caso de las posibilidades impugnativas que abre la vía casacional elegida, pues, además de fijar la censura de una forma poco ortodoxa no sobre hechos asépticos sino sobre conclusiones valorativas, establece un *plus* referencial inapropiado que, en caso alguno, puede ser tomado en consideración en esta fase del proceso, máxime cuando, en uso de su libre convicción, la Sala *a quo* ha fijado los hechos tomando en cuenta también las declaraciones de la testigo incomparecida, justificando sobradamente —como ya se ha dicho— tal determinación.

Al respecto, y como complemento definitivo del rechazo que merece la propuesta impugnativa, nos parece oportuno —ante las «precisiones terminológicas y consideraciones conceptuales vertidas» por el recurrente— reproducir las que formula el Tribunal Provincial en el fundamento jurídico segundo de la recurrida, ya que sus matizaciones y argumentaciones valorativas resultan más ilustrativas que cualquier otro razonamiento al respecto, no sólo por su contenido sustancial sino por las fórmulas literarias que lo explicitan: «El letrado del acusado Santiago C. fundamenta en gran medida su defensa sobre la base de que la actividad desplegada por las víctimas en los locales de su propiedad “Club Cotton” y “Club Royal” no lo son de naturaleza prostitutiva sino, por el contrario, dichos locales son (*sic*) clubes de alterne, llegando incluso a afirmar que, como el alterne no es prostitución (*sic*) determinar coactivamente el alterne no sería delito».

De tal suerte, la fundamentación del letrado consiste en deponer la prostitución como venta del cuerpo a cambio de precio, de esta singular y engañosa institución del «alterne» no recogida en el Código Penal y, según aquél, no asimilable a la que vendría a constituir la prostitución «*stricto sensu*».

Un término «alterne», profundamente eufemista, capcioso y circunloquial porque el «alterne» no es más que la misma prostitución pero con aderezos, es decir, una de las formas que la prostitución puede revestir, nacida, sin duda, al abrigo del tejido social y en connivencia con él moviéndose, por lo tanto, al amparo de una versátil demanda que ora reclama un morbo añadido a la pura relación carnal, ora busca un encuadre social más nítido y menos problemático a la hora de la relación sexual; estamos pensando en la crudeza que supone la búsqueda en el barrio chino.

En definitiva, para levantar el velo a esta artificiosa locución basta del simple desarrollo de una operación intelectual que separe lo fundamental de lo accesorio, la verdad de la trápala para lo cual contamos, además, con la inestimable ayuda del sentido común. Así pues, el edificio de la prostitución en una de cuyas plantas se ubicaría el «alterne tejido con la exclusiva obra de la carne humana y no con un aséptico “copeo” se nos manifiesta como algo bipolar, polimorfo, cambiante en sus formas más aparentes y es que donde se mueve tanto interés, grande es también el grado de múltiples formas que una entidad como la prostitución es capaz de adoptar al hilo de la diversidad en la demanda social.

Pero además de esta elucubración que, en todo caso, responde a la necesidad de buscar el fallo más adecuado a Derecho y concretando la actividad desarrollada por las víctimas en los locales de referencia en el presente caso, es de destacar diversos aspectos que despejarán las posibles dudas sobre el confuso artilugio terminológico del “alterne” utilizado como mecanismo de evitar la incriminación de los acusados.

La primera cuestión a destacar es la unánime convicción de las actoras de estar prostituyéndose a cuyo efecto se valoran específicamente diversas declaraciones testificadas.

De todo ello, se vislumbra con meridiana claridad qué tipo de actividad se obligaba a que realizaran las víctimas y que únicamente el acusado propietario de dos clubes, el encargado de los mismos y el gerente del Club El Rodeo la consideran como no prostitutiva.

Obviamente, es inimaginable que las actoras de la actividad desencadenada en los locales tengan tan distorsionada la realidad que crean estar prostituyéndose cuando, en verdad, únicamente comparten una copa con un conocido.

De otra parte, cabe recordar cómo la actividad desplegada por las “chicas” en los citados locales, lo es a cambio de precio. Como reiteradamente se ha manifestado a lo largo de la causa, éstas cobraban el 50 por 100 del importe de las consumiciones que consiguieron que tomaran sus clientes, con independencia del cobro por otro tipo de servicio. En cambio, el acusado Santiago C. ha tenido gran interés en recalcar que las “chicas” no trabajan en sus clubes (*sic*), que no existía relación laboral alguna, que las chicas van y vienen y cambian mucho. Pero lo bien cierto es que, con independencia del carácter formal de la relación contractual entre las “chicas” y el establecimiento, no cabe duda que desde una vertiente material éstas trabajan en los clubes. Es significativo a este respecto la terminología utilizada por todos los deponentes en la causa que contraponen “las chicas” “al cliente” del club, lo que no hace más que evidenciar que en el negocio del acusado éstas son la mano de obra que le permite alcanzar el beneficio. De tal forma, el hecho de que no exista un contrato escrito no excluye la plena validez de contrato verbal; la no existencia de un horario estricto es perfectamente compatible con las relaciones laborales en una economía variable, por el contrario, existe una prestación de servicio que tiene una contraprestación económica consensuada y la misma se desarrolla en unos concretos locales.

Hasta existe, según el acusado Santiago C. y los testigos de la defensa, un criterio de productividad negativa propio de las relaciones de trabajo y consistente en este caso en que si las trabajadoras no consiguen que su cliente consuma, éstas tienen que abonar al club la cantidad de 4.000 ptas. Interpretación esta que ha mantenido el acusado, en contra de la ofrecida por la testigo protegida núm. (...) que sostiene que las 4.000 ptas. era el canon que obtenía el club en el caso de que una “chica” marchara del mismo con un cliente, manifestación ésta que, al ser acogida, pone claramente de manifiesto la participación en una actividad de prostitución *stricto sensu*.

Pero es más, existiendo una relación de trabajo no puede evadirse el empresario de las obligaciones que ello comporta, como en el presente caso sería comprobar los requisitos de la legalidad para poder trabajar en España y no cerrar los ojos ante quien puede estar ilegalmente y además trabajando en contra de su voluntad, ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones para con sus trabajadores respecto a la Seguridad Social.

Recordar finalmente que las chicas desconocían el español, luego difícilmente podrían alternar en el sentido que se persigue por la defensa.

En virtud de todo lo expresado hasta el momento no le cabe duda a este Tribunal que la actividad desarrollada en el Club Cotton, Royal así como en El Rodeo, Cristal y Majestic recae dentro del amplio espectro de la prostitución».

(Sentencia de 23 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 189.3

*Corrupción de menores: evolución legal. Tránsito del CP 1973 a 1995 (antes de la reforma L.O. 11/1999, de 30 de abril)*

Tercero. El motivo primero de este recurso, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la aplicación inadecuada del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, «en lo que atañe al elemento corrupción de menores, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito».

Dice la parte recurrente que, «como puede observarse, la Sala pone el acento del delito en el ánimo del acusado de satisfacer una inclinación sexual para así obtener placer. La afectación sobre la formación de la personalidad de la menor y sobre su normal desenvolvimiento sexual es tan sólo una consecuencia que, como indeclinablemente correlativa al hecho, no tiene que ser examinada porque se da por producida en todo caso», añadiendo que «es evidente que tal argumentación nos llevaría a la penalización de toda clase de actos más o menos aberrantes desde el punto de vista de la sexualidad del sujeto activo...», y poniendo de relieve que «resulta necesario indagar en qué consiste exactamente el especial placer sexual del acusado, es decir, si lo obtenía haciendo la fotografía o su placer residía en la contemplación posterior de ésta. La respuesta no puede ser otra que la segunda». Tras estas afirmaciones, el motivo se adentra en una larga serie de consideraciones sobre la fotografía y las intenciones del acusado respecto de la misma y de la niña que aparece en ella, diciendo que «el hombre de la fotografía prefiere obtener el placer sin menoscabo de la niña y sin que ésta se dé cuenta de nada, lo que excluye la “intencionalidad específica de alterar o pervertir a la persona”...».

El relato de hechos probados dice claramente que el acusado —estando desnuda la niña A— «la cogió en brazos y con la mano derecha le tocó el sexo a la vez que acercaba la cabeza para besarla», llegando luego a la conclusión de que «lo que en la fotografía aparece, (...) no puede tener otro significado que el deseo de satisfacer sus inclinaciones sexuales obteniendo placer de esa naturaleza. Todo ello con la correlativa consecuencia de afectar a la formación de la personalidad de la menor, incidiendo sobre su normal desenvolvimiento sexual» (F. 5.º).

El delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973 que castigaba al que «promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años», se hallaba incardinado entre los delitos «contra la libertad sexual» y tendía a proteger a las personas que, por razón de su edad, se hallan en un período de formación de su personalidad que podría verse afectada negativamente en el porvenir en lo concerniente a su libertad sexual y a su propia dignidad personal, por lo que se consideraba irrelevante el posible consentimiento de tales personas menores de edad, porque el legislador, al sancionar este tipo de conductas, pretende proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual y, en definitiva, para usar de la libertad sexual, con la finalidad de hacer posible una decisión responsable al alcanzar la mayoría de edad y, con ella, normalmente la consiguiente madurez humana.

La jurisprudencia declaró que, para la existencia de este delito, no era preciso ni el ánimo venal o de lucro, ni la habitualidad en la conducta, ni un especial áni-

mo en el sujeto activo encaminado a conseguir la perversión sexual del menor, basando, por tanto, para la comisión de este delito la realización de actos lascivos y, en definitiva, la de aquellos actos de los que deriven naturalmente tales consecuencias, dado que se trata de un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado; por todo lo cual debe entenderse que comete este delito el que voluntariamente realice este tipo de conductas con menores de edad, aunque no se proponga directamente corromperlos, y únicamente persiga satisfacer sus desordenados instintos o los de terceras personas (SSTS de 26 de marzo de 1988, 17 de mayo de 1990, 8 de julio de 1991, 20 de mayo y 22 de septiembre de 1993, y 12 de mayo de 1994, entre otras).

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso nos lleva directamente a la desestimación de este motivo, porque, atendida la edad de la niña que aparece en las fotografías de autos, que la Sentencia identifica como «niña A», y la conducta del aquí recurrente respecto de la misma (tenerla desnuda en sus brazos, con una mano en la zona genital de la niña, y en además de besarla en la cara), como dice el Tribunal de instancia, «no puede tener otro significado que el deseo de satisfacer sus inclinaciones sexuales, obteniendo placer de esa naturaleza», independientemente —todo ello—, decimos nosotros, de que el placer buscado por el acusado lo obtuviera al contemplar las correspondientes fotografías, o al realizarlas, o en ambos momentos.

En cualquier caso, posar desnuda, en brazos de un hombre mayor que la está tocando sus partes íntimas, no puede menos de considerarse una conducta que puede afectar al normal desarrollo afectivo y de la sexualidad de la menor fotografiada; consiguientemente no cabe hablar de ningún tipo de infracción legal en relación con el tipo penal objeto de examen.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

Cuarto. El motivo tercero, por el mismo cauce casacional que el anteriormente estudiado, denuncia también infracción de ley «como consecuencia de haberse efectuado una aplicación inadecuada del artículo 181.1 y 2.1.º del Código Penal, en lo que atañe al elemento abuso sexual, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito», y se formula con carácter subsidiario respecto del motivo primero.

Después de transcribir parcialmente los fundamentos jurídicos octavo y noveno de la Sentencia recurrida, en los que se examina la cuestión relativa a la desaparición de la figura de la corrupción de menores en el nuevo Código Penal y la existencia en el mismo de diversas figuras penales cuyo bien jurídico protegido lo constituye la intangibilidad del menor, dice la parte recurrente que «si, como la propia Sentencia reconoce, el delito de corrupción de menores ha desaparecido del ordenamiento penal, no parece procesalmente correcto, (...), aplicar al nuevo tipo penal la jurisprudencia elaborada sobre aquel delito, como de hecho resulta en la Sentencia recurrida...», dado que «el artículo 181 del Código Penal alude exclusivamente a los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, y ya ha quedado dicho en el motivo primero cómo, a nuestro juicio, la imagen fotográfica de la niña A no encierra, en lo que a la propia niña se refiere, ningún contenido sexual, por más que pueda tenerlo para el acusado...».

Es indudable que, desaparecido el Código Penal de 1973 y con él el tipo penal de la corrupción de menores, para que las conductas que pudieran incardinarse en dicha figura penal, realizadas bajo la vigencia de aquel Código, puedan continuar siendo sancionadas bajo la vigencia del nuevo, es preciso que las mismas puedan

ser calificadas con arreglo a alguna de las figuras penales de este último y que, oportunamente, hayan sido objeto de acusación con arreglo a ella, por razón de las exigencias propias del principio acusatorio y de la interdicción de toda indefensión, cosa —esta última— que en modo alguno puede alegarse en el presente caso.

Que el hecho enjuiciado podía ser calificado con arreglo al artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973 —delito de corrupción de menores— ya lo hemos razonado al estudiar el motivo primero de este recurso, y a lo dicho en tal momento nos remitimos. Resta, pues, examinar si también puede ser calificado como constitutivo del delito de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2.1.º del vigente Código Penal, cuya infracción aquí es denunciada.

Castiga el artículo 181.1 del vigente Código Penal a los que «sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento», realicen actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona; estableciendo el apartado 2.1.º de dicho artículo que «en todo caso, se consideraran abusos sexuales no consentidos, los que se ejecuten: 1.º Sobre menores de doce años».

El hecho reflejado en la fotografía en que aparece la denominada «niña A», sin duda alguna, constituye un atentado contra la libertad sexual de la misma, habida cuenta de su propia naturaleza (tener en brazos a una niña desnuda, mientras con los dedos de una mano se le tocan los órganos genitales y se hace ademán de besarla), y de su edad (al ser menor de doce años). El concurso de ambos requisitos conduce necesariamente a estimar cometido el delito cuestionado en el presente motivo.

Por todo lo dicho, el motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

Quinto. El cuarto motivo —en relación con la conducta del recurrente respecto de la «niña B»— ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación del artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, «en lo que atañe al elemento corrupción de menores, constitutivo de uno de los elementos del tipo penal allí descrito».

Pone de manifiesto el recurrente que la Sala de instancia, al enjuiciar estos hechos, parte del examen del delito de corrupción de menores (del CP de 1973) para después incardinar aquéllos en el delito de exhibicionismo del artículo 189.1 del Código Penal vigente, «y, finalmente, aplicar al acusado la pena correspondiente al delito de corrupción de menores», por estimar, sin duda, que el mismo constituye la calificación más favorable al mismo.

Los hechos relativos a la «niña B» quedan resumidos básicamente —como pone de relieve el propio recurrente— en el fundamento 12.º de la Sentencia recurrida: «Ana R. —la otra persona acusada en esta causa— llevaba a su hija unas veces al domicilio de Rafael (...) y otras a los hoteles donde con él se veía para fotografiarla siguiendo sus instrucciones, y para entregarle luego las fotos así obtenidas a fin de que sintiera placer sexual contemplándolas». De estos hechos creemos importante destacar: a) que la niña era llevada por su madre; b) que era la propia madre la que fotografiaba a la niña; y c) que la madre entregaba luego al hoy recurrente las fotos así obtenidas «a fin de que sintiera placer sexual contemplándolas». Nada más se precisa en la Sentencia sobre el contexto en que se desarrollaban estos hechos, ni sobre posibles «recompensas» a la niña por participar en ellos.

El recurrente destaca que «la Sentencia recurrida hace derivar la naturaleza corruptora de los hechos del uso de las fotografías y no del contenido de las fotografías mismas», y dice que, «salvo la fotografía de la niña desnuda (realizada por la propia madre), el resto de las otras sería absolutamente irrelevante».

El quinto motivo, por su parte, por el mismo cauce procesal, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, formulado con carácter subsidiario respecto del anterior, denuncia la vulneración del artículo 25 de la Constitución, que –según la parte recurrente– «resulta de la aplicación indebida del artículo 189.1 del Código Penal (actualmente vigente), al no estar los hechos comprendidos, al tiempo de su acaecimiento, en ninguno de los tipos establecidos en el Código Penal de 1973», y fundamenta su tesis impugnativa en la novedad del delito del artículo 189.1 del Código Penal de 1995, conforme a lo declarado en la Sentencia de este Alto Tribunal de 10 de abril de 1997.

Se afirma en este motivo que la Sala de instancia analiza las fotografías de autos «desde el punto de vista de la corrupción de menores», y que, sin embargo, «al tratar de incardinar esos mismos hechos en el artículo 189.1, la Sala *a quo* destaca en los hechos los fines exhibicionistas, (...), (...) elemento que en el delito de corrupción de menores resultaba ciertamente indiferente»; poniendo de relieve también que «resulta muy significativo que (...) la Sala sentenciadora no haya podido (...) (incardinar los hechos enjuiciados) en ninguno de los tipos penales de ese Cuerpo Legal comprendidos en el capítulo “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”», afirmando, finalmente, que «en todo caso, estimamos que los hechos no constituyen un supuesto de exhibicionismo, en los términos contemplados por el artículo 189.1 del Código Penal».

Fácilmente se advierte la íntima relación de estos dos motivos y, por ello, entendemos que, por razones de método jurídico, procede el análisis conjunto de los mismos.

Derogado el Código Penal de 1973 –al que corresponde el delito de corrupción de menores del artículo 452 bis *b*).1.º, por el que ha sido condenado el aquí recurrente–, es evidente que tal condena únicamente puede ser admisible en el caso de que el precepto del nuevo Código Penal que se cita para calificar actualmente la conducta enjuiciada, es decir, el artículo 189.1 del Código Penal de 1995, sancione penalmente una conducta que pudiera ser abarcada dentro del ámbito de tipicidad del artículo 452 bis *b*).1.º del Código Penal derogado. Y, a este respecto, hemos dicho que «si los elementos típicos de una y otra figura han existido en los hechos enjuiciados desde el momento de su comisión y de la iniciación del procedimiento y se puede afirmar que el legislador ha dejado subsistente la forma de corrupción consistente en la utilización de menores para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, es plausible la condena por el segundo delito...» (*vid.* STS de 16 de febrero de 1998).

Admitida, pues, la posibilidad de que el exhibicionismo de menores constituya también una forma de corrupción de los mismos, hemos de profundizar en nuestro análisis de la conducta enjuiciada, para poder pronunciarnos sobre el posible efecto corruptor de los hechos enjuiciados para la menor fotografiada, y sobre el posible carácter exhibicionista de los mismos; pues, si éstos no pueden ser incardinados en ambos tipos penales, la conclusión es obvia: no cabe la condena penal del acusado.

Llegados a este punto, no podemos ignorar que el artículo 189 forma parte del capítulo V, Título VIII, Libro II del vigente Código Penal: «De los delitos relativos a la prostitución», a los que es consustancial la realización de alguna conducta de contenido sexual en cualquier forma retribuida. El delito de corrupción de menores [art. 452 bis *b*).1.º CP 1973], por su parte, requería para su estimación que la conducta enjuiciada afectase indubitadamente a la necesaria indemnidad sexual del

menor, «por su aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas» (STS de 8 de febrero de 1995).

La conducta enjuiciada en la presente causa, en los términos en que la misma es descrita en la Sentencia recurrida, no parece que pueda afirmarse categóricamente que pudiera afectar a la formación de la personalidad de la menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual. Para la adecuada calificación jurídica de la conducta del recurrente, es preciso tener en cuenta que la intervención de la menor se limitó a posar para que su madre la fotografiase. Ninguna de las fotografías aportadas a los autos refleja, por lo demás, posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno; la niña –que a la sazón tenía entre ocho y nueve años– solamente aparece desnuda en una de ellas y con braguitas, bikini o normalmente vestida en las restantes, mostrándose con la ingenuidad propia de su corta edad y de la confianza inherente a la presencia de su madre. La peculiaridad de la conducta enjuiciada radica en que la contemplación de las fotografías de niñas de corta edad desnudas o semidesnudas producía al hoy recurrente un placer sexual como consecuencia de los trastornos de la personalidad que el mismo padecía. A este respecto, dice el Tribunal de instancia que «las fotografías descritas de la niña B una vez obtenidas fueron entregadas (...) al acusado, quien las contemplaba para satisfacer sus apetencias sexuales». Desde este punto de vista, pues, difícilmente podría calificarse de corruptor para la menor, en los términos antes expuestos, el hecho de haber sido fotografiada por su madre, en la forma que se ha dicho, sin ninguna otra connotación reflejada en el relato fáctico de la Sentencia recurrida.

Si los hechos enjuiciados, por lo anteriormente dicho, no pueden ser incardinados en el artículo 452 bis b).1.º del Código Penal de 1973, que era el vigente al tiempo de su comisión, es incuestionable que procede la estimación del primero de los motivos aquí examinados, lo cual hace innecesario el examen del segundo, es decir, del quinto motivo del recurso, formulado con carácter subsidiario respecto del precedente. La condena del acusado únicamente sería posible –conforme anteriormente hemos razonado– en el supuesto de que los hechos enjuiciados pudieran ser calificados conforme a los dos preceptos, reiteradamente citados, de los Códigos Penales, derogado y vigente. Al no cumplirse esta exigencia, es patente la procedencia de absolver al acusado, hoy recurrente, sin necesidad de mayor argumentación.

(Sentencia de 21 marzo 2000)

## ARTÍCULO 192.2

*La imposición de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es una potestad discrecional del Tribunal, pero si la adopta debe motivarla*

Segundo. (...) 3. En el segundo motivo denuncia la inaplicación al hecho probado del artículo 192.2 del Código Penal.

Ha de constatarse, en primer término, que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto cuya inaplicación se denuncia refiere con el término «podrá» el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión por lo que el artículo referenciado exige, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión.

El tribunal de instancia destaca en su argumentación que el delito es grave y se ha representado la repercusión de la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad en la menor y en sus necesidades afectivas y educacionales. Ha tenido en cuenta, además, que la jurisdicción civil ya había adoptado medidas al respecto y llama la atención sobre las mayores garantías que proporciona el procedimiento ante el Juzgado de Familia para atender los aspectos esenciales de los derechos que se engloban en la patria potestad.

El tribunal, en una cuidada motivación, ha resuelto la cuestión debatida y ha entendido, en la forma razonada que expresa, no procedente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, sin que difiera a la jurisdicción civil un pronunciamiento sobre la cuestión, sino que afirma que en el Juzgado de familia podrán adoptarse las soluciones que mejor se adecuen al interés del menor atendiendo a los derechos inherentes a la patria potestad.

Consecuentemente el motivo se desestima.

(Sentencia de 7 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 197

### *Revelación de datos personales relativos a la salud con fines lucrativos*

Noveno. El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por supuesta vulneración del artículo 197.2, 5 y 6 del Código Penal, se fundamenta en la apreciación de la parte recurrente en el sentido de que en el caso actual no concurre perjuicio de terceros ni ánimo lucrativo.

La Sentencia impugnada aplica el inciso final del último párrafo del artículo 197 del Código Penal 1995 (cuando la revelación de secretos se realiza con fines lucrativos y además afecta a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuese un menor o incapaz).

En el caso actual no cabe duda alguna de que los hechos afectaban a datos de carácter personal que revelaban el estado de salud y minusvalía física de los miembros de la Asociación ASPAYM (asociación de paraplégicos y grandes inválidos físicos), por lo que la concurrencia de la agravación prevenida en el párrafo 5.º del artículo 197, en relación con el inciso final del párrafo 6.º, resulta clara.

En relación con la finalidad lucrativa, el cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico de la Sentencia impugnada, en el cual consta expresa-

mente que el acusado se apoderó «de los datos reservados y confidenciales de la Asociación, referentes a contabilidad, proyectos, presupuestos, gastos e ingresos, así como datos e información referente a los socios (y dada por éstos con carácter confidencial), con indicaciones expresas de su minusvalía y estado de salud, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos, cuentas bancarias donde se descontaban los recibos, etc. y con el fin de utilizar éstos en su propio beneficio (para actividades de contactos, sexo o trabajos fraudulentos que ofrecía)», por lo que consta debidamente acreditada la concurrencia del fundamento fáctico de la agravación prevenida en el párrafo 6.º del artículo 197, no concurriendo infracción legal alguna. Es indudable que si el acusado se apoderó de datos sensibles de una pluralidad de personas enfermas y minusválidas con el fin de utilizarlos en negocios de «contactos», ofrecimiento de servicios sexuales, propuestas de trabajos fraudulentos, etc., como señala la Sala sentenciadora, con la base probatoria obtenida de datos obrantes en el propio ordenador personal del acusado, donde se había introducido la información confidencial sustraída, la finalidad lucrativa de su actuación resulta manifiesta, concurriendo en consecuencia el incremento del injusto que justifica la agravación legalmente prevenida para estos supuestos.

Por otra parte la actuación «en perjuicio de tercero» es también manifiesta. En este contexto por tercero ha de interpretarse cualquier persona que pudiera resultar afectado por el apoderamiento, utilización o modificación de los datos registrados, incluidas obviamente las personas físicas titulares de los datos objeto de apoderamiento, concurriendo claramente en el caso actual dicho elemento subjetivo del tipo por constar que el acusado actuó voluntariamente con plena conciencia del carácter reservado de los datos y de la invasión a la intimidad que representaba su apoderamiento no autorizado con ánimo de indebida utilización.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación del recurso de casación interpuesto.

(Sentencia de 9 octubre 2000)

## ARTÍCULO 202

*Ámbito y requisitos del allanamiento de morada: deducción tácita de la voluntad contraria a la entrada del morador deducida de los empujones y daños que sufrió*

Tercero. (...) El delito de allanamiento de morada, es una infracción contra la inviolabilidad del domicilio que el Código Penal regula en su artículo 202, tutelando tal derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente, destacando en su estructura típica, en lo que respecta al sujeto activo, que lo ha de ser un particular, pues si se trata de autoridad o funcionario público, el comportamiento antijurídico se halla sancionado en el artículo 204, con mejor técnica que el Código Penal derogado, que lo contemplaba en el Título II de su Libro II, pudiendo atribuirse la condición de sujeto activo de la infracción, a cualquier per-

sona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada; debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta.

Como recuerda la Sentencia de 2 de febrero de 1988, y recoge la de 9 de febrero de 1990, una doctrina jurisprudencial repetida y constante tiene declarado que constituye el delito de allanamiento de morada, previsto y sancionado en el párrafo 1.º del artículo 490 del Código Penal de 1973, antecedente del actual artículo 202, el hecho de entrar un particular en casa ajena o en el de permanecer en ella, siempre que se verifique contra la libre voluntad del que la ocupa, condición que no es menester se haya puesto de relieve de una manera expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otros antecedentes. Por ello, como dice la Sentencia de 20 de noviembre de 1987, para la existencia del delito de allanamiento de morada sólo se exige el dolo genérico de tener conocimiento y voluntad de realización del hecho típico, «sin requerirse la presencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto».

La Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1990 mantiene que el delito de allanamiento de morada, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, encarnado en quien fuere morador, voluntad contraria que se presume conforme a las circunstancias del caso, demostrándose la concurrencia del dolo genérico por la entrada en la morada o la permanencia en ella en contra de la voluntad del ofendido.

En este mismo sentido las Sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 1990, de 23 de febrero de 1968 y de 15 de enero de 1976.

Del relato de hechos probados, intangible en esta sede casacional, dada la vía elegida por el recurrente, se desprende sin esfuerzo alguno la clara voluntad contraria a la entrada del acusado en sendas moradas, lo que se refuerza con el empujón sufrido por la víctima y los destrozos causados en la magnitud cuantitativa que lo fueron, por lo que se desestima también este motivo, y con él todo el recurso.

(Sentencia de 17 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 203

*Diferencias en la doctrina del TS entre la entrada en domicilio para sustraer y la entrada en establecimientos o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura con ánimo de sustracción, en los que el robo excluye el allanamiento*

Primero. El Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso que reside en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia una infracción, por indebida inaplicación, del artículo 202 CP, por entender que en cinco de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida se describen sendos delitos de allanamiento de morada con cuya calificación, por otra parte, se conformó la Defensa del acusado en el trámite previsto por el artículo 793.3 LECrim. El motivo debe ser estimado. El artículo 202 del CP vigente ha venido a reforzar la protección penal de la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, elevando significativamente las penas que para el allanamiento de morada se establecían en el artículo 490 del CP derogado. La agravación parece de todo punto lógica si se tiene en cuenta que la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal y familiar que mediante aquélla se trata de salvaguardar son valores y bienes jurídicos que el artículo 18 de la CE ha elevado al máximo rango garantizándolos como derechos fundamentales. La inviolabilidad del domicilio —se dice en la STC 22/1984— «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido (...) para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública», exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada STC, «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que, como decimos, explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el artículo 202 CP, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito. E importa aclarar, antes de seguir adelante, que el mero hecho de que la puerta de una vivienda esté abierta, como lo estaban las puertas de las casas invadidas por el acusado en los hechos enjuiciados, no puede ser interpretado, por sí solo, como un consentimiento tácito a la posible entrada de cualquier extraño, pues es llano que no es presumible el permiso cuando quien entra se propone, por ejemplo, llevar a cabo una sustracción u otra actividad ilícita. La necesidad de que no quede parcialmente inatendida la *ratio* de la norma en cuestión, reduciéndose inmotivadamente los supuestos en que la inviolabilidad del domicilio debe ser penalmente protegida, obliga además a no exigir la concurrencia de un elemento subjetivo que en el tipo diseñado por el legislador no aparece por parte alguna. Nos referimos, naturalmente, a la supuesta forzosidad de que el invasor del domicilio ajeno tenga el ánimo específico de lesionar la intimidad de sus moradores o, lo que es igual,

que actúe con dolo directo de primer grado. Para que el tipo subjetivo del allanamiento de morada de persona física se realice, es suficiente con que se «ponga» el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invade el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad.

Segundo. Es conveniente aclarar que la interpretación que acabamos de hacer no está en contradicción con la doctrina que esta Sala viene sosteniendo en relación con los casos en que se comete un delito de robo con fuerza en las cosas en el domicilio de una persona jurídica, en un despacho profesional u oficina, o en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, doctrina en la que ha basado el Tribunal de instancia su decisión de no apreciar en los hechos enjuiciados los delitos de allanamiento de morada cuya apreciación postula el Ministerio Fiscal. En estos supuestos –SSTS de 18 de mayo y 8 de junio de 1999, entre otras– ha considerado la Sala, efectivamente, que sólo procede tener por cometido el delito de robo, excluyéndose el de allanamiento de morada creado *ex novo* por el artículo 203.1 CP, «salvo que se acreditase que, en el caso enjuiciado, el ataque a la privacidad hubiera ido más allá de lo que es inherente al delito de robo, en cuyo caso cabría la posibilidad de una situación concursal entre ambos delitos». En consecuencia, lo que se expresa en esta doctrina de la Sala es que, protegiéndose en el artículo 203 CP ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar –STS de 5 de mayo de 1999– y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el artículo 203 CP –STS de 13 de junio de 1998– la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de las horas de apertura, no integrará el nuevo delito de allanamiento sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada. Ahora bien, así como la lesión o amenaza a esta privacidad no es un resultado necesario de la entrada subrepticia en los locales mencionados, sí se producen necesariamente la lesión o amenaza a la intimidad personal cuando lo que se invade inconsentidamente es el domicilio de una persona física. Es por ello por lo que, reafirmando la doctrina jurisprudencial a que se acoge la Sentencia recurrida, si bien constreñida a los casos que fueron contemplados para su formulación, hemos de decir, en referencia a la calificación de los hechos enjuiciados en aquella Sentencia, que el acusado cometió un delito de allanamiento de morada previsto y penado en el artículo 202 CP, en concurso instrumental con una falta de hurto, cada vez que, aprovechando un descuido de sus moradores, y por consiguiente sin su respectiva autorización, entró en las viviendas que se detallan en el *factum*, siendo indiferente que su ánimo en tales ocasiones fuese sólo el de sustraer lo que encontrase, pues este primordial propósito no puede desvanecer la conciencia, que el acusado indiscutiblemente tenía, de invadir domicilios sin consentimiento de sus titulares. Procede, pues, estimar el recurso del Ministerio Fiscal, declarar infringido en la Sentencia recurrida, por inaplicación indebida, el artículo 202 CP y dictar a continuación otra Sentencia más ajustada a derecho.

(Sentencia de 14 junio 2000)

## ARTÍCULO 232

*Atipicidad de la conducta de hacerse acompañar de menores para mendigar, cuando éstos no mendigan*

Único. En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo que acredite que la acusada ejerciera la mendicidad y menos que se valiera para ello de los menores.

El motivo debe ser estimado.

La utilización de menores para la mendicidad constituyó una falta tipificada en el artículo 584 del Código Penal. Así el número 10 de dicho precepto castigaba con arresto menor o multa de 1.500 a 15.000 pesetas a los padres, tutores o guardadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernoctando en parajes públicos, si no probaren ser ajenos a tales hechos, así como a las personas que se hagan acompañar de menores de dieciséis años, sean o no de su familia, con objeto de implorar la caridad pública. Y el número 11 del mismo artículo castigaba con igual pena a los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, así como los que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años a otras personas para mendigar.

La práctica de la mendicidad utilizando a menores se convierte en delito por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce un nuevo artículo 489 bis que castiga con pena de arresto mayor a los que utilizen o prestaren a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad. Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 justifica la condición de delito de la utilización de menores para la mendicidad afirmando que es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad de tan lamentable actualidad.

El vigente Código Penal recoge en el apartado primero del artículo 232 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado segundo se contiene un tipo cualificado cuando se traficaren con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad.

El tipo aplicado por el Tribunal de instancia es el básico que se acaba de dejar mencionado, conducta que se comete aun en el caso de que la práctica de la mendicidad se realice de modo encubierto.

No es sencillo establecer el bien jurídico protegido aunque su ubicación en un capítulo que tiene como rúbrica común la de delitos contra los deberes y derechos

familiares implica la persecución del quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso, una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado para la obtención de dinero.

Los testimonios depuestos en el acto del juicio oral acreditan, en contra de lo que se sostiene en el recurso, que la acusada estaba mendigando y que llevaba en brazos a un hijo de dos meses y que próxima se encontraba otra hija de quince meses que estaba jugando junto a ella. Lo que no ha quedado acreditado y tampoco se recoge en el relato fáctico de la Sentencia de instancia es que los niños estuvieran mendigando, lo que prácticamente resultaría imposible dada la corta edad de los mismos.

La decisión de este recurso exige clarificar el alcance de la conducta típica consistente en utilizar a menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Dos posiciones pueden ser mantenidas. Aquella que sostiene el Tribunal de instancia de que se cumple el tipo no sólo cuando se pide la limosna a través de los menores o incapaces sino también cuando la presencia de los menores es utilizada para provocar la generosidad de los demás. Otra, por el contrario, contrae la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto.

Lo cierto es que la dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho Penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos. Otra interpretación del tipo básico, previsto en el apartado 1.º del artículo 232 del Código Penal, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical –nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad como ocurría en el apartado 10 del artículo 584 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio–; histórico –los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se refiere expresamente a «destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad»–; lógico ni sistemático –dado el bien jurídico que se pretende tutelar–. Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al derecho penal y acarrearía efectos criminógenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica.

Lo que se acaba de exponer en modo alguno significa indiferencia ante situaciones que, aunque no típicas, representen un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces.

El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del artículo 3 de su Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 172 y siguientes del Código Civil, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud.

En consecuencia, aunque la conducta objeto de enjuiciamiento no sea típica, el Tribunal de instancia deberá adoptar los acuerdos que estime oportunos a los efectos de que el Ministerio Fiscal, autoridad, organismo o institución estatal o autonómico competente ejercite las medidas de protección que se consideren adecuadas respecto a los menores mencionados en la Sentencia.

La estimación de este motivo hace innecesario el examen del siguiente.

(Sentencia de 10 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 234

*Hurto de reloj a persona ya fallecida: el cadáver no es un objeto inanimado desprovisto jurídicamente de su capacidad de transmitir sus pertenencias a terceras personas*

Sexto. (...) 2. Por lo que respecta a la condena por el delito de hurto se comienza utilizando una práctica semejante a la del apartado anterior, pero más adelante se cambia de táctica y con buen criterio concentra los esfuerzos en combatir la calificación jurídica de los hechos probados, partiendo de la admisión del apoderamiento, por parte del recurrente, de un reloj que la víctima llevaba en la muñeca.

En este punto se alega que el titular del objeto estaba muerto cuando se produce el apoderamiento, por lo que difícilmente hubiera podido manifestar su voluntad en contrario.

Desde una perspectiva puramente biológica y anímica, es evidente que una persona que ha perdido la vida, carece de potencias vitales y de capacidad para expresar sus deseos y voluntades, pero no por ello se convierte en un objeto inanimado desprovisto jurídicamente de la posibilidad *ex lege*, de transmitir sus efectos y pertenencias a las personas por él designadas o señaladas por la ley. Resulta innegable que el recurrente no era ninguna de las personas a las que podían transferirse los bienes del fallecido, por lo que su acción depredatoria carecía de su aquiescencia presunta y del refrendo legal necesario para convertir su acción en atípica.

(Sentencia de 11 mayo 2000)

## ARTÍCULO 237

*Concepto de ánimo de lucro. Irrelevancia del cambio de propósito respecto a qué cosas apoderarse*

Único. El único motivo del recurso ha sido formalizado por infracción al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, en su desarrollo la Defensa

alude a dos infracciones jurídicas concernientes a la subsunción del hecho bajo el tipo penal del robo (arts. 237 y 238 del CP). Por un lado se sostiene que el ánimo de lucro no se puede tener por acreditado sólo porque el acusado haya ofrecido colocar la caja registradora en su lugar, toda vez que no es posible determinar que aquél haya siquiera tocado dicha caja. Por otro lado, el recurrente alega que no se dan las condiciones de hecho que permiten afirmar el escalamiento, pues la clara-boya por la que el recurrente entró a la panadería, además de estar abierta, era fácilmente accesible desde el solar por donde aquél accedió al recinto cerrado.

El recurso debe ser desestimado.

1. La noción de ánimo de lucro ha sido ya aclarada en la Jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre las precedentes ya antiguas SSTS de 9-2-1981; 19-10-1981; 21-10-1981; 28-9-1982; 12-2-1985; 20-6-1985; 29-1-1986). De acuerdo con estos precedentes el delito de robo lo mismo que el de hurto, son delitos estructurados sobre una acción contra la propiedad, de apropiación de cosas y, consecuentemente, no pueden ser considerados como delitos de enriquecimiento. En ellos, por lo tanto, el ánimo de lucro se agota en el *animus rem sibi habendi*, es decir, en el propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, en la finalidad de desapoderar de la cosa, al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio.

En consecuencia, si el acusado entró al establecimiento con el propósito de apropiarse de pan, como dijo, lo hizo con *ánimo rem sibi habendi*, pues el pan era una cosa ajena. La circunstancia de que luego haya podido cambiar su propósito dirigiendo su acción hacia una caja registradora, es decir, que la acción haya comenzado con una cierta indeterminación respecto del objeto de la apropiación, no tiene ninguna incidencia en el *animus rem sibi habendi*. En todo caso, lo que permitiría es discutir si el propósito sobrevenido respecto del nuevo objeto (el contenido de la caja registradora) puede constituir una nueva acción, que no resultaría cualificada por la fuerza en las cosas empleada para acceder al lugar. Si esta tesis fuera correcta el acusado debería haber sido condenado por una tentativa de robo y otra de hurto en concurso real. Sin embargo este cambio de objeto del hecho durante la ejecución, en una línea de ataque análoga a la inicial, no ha sido considerada relevante, inclusive en los casos en los que el autor carecía de un plan determinado. La tesis que postuló en la doctrina en estos supuestos un caso de «*aberratio ictus*» consciente ha sido rechazada entendiéndose que el cambio de objeto tiene lugar en el marco del mismo dolo. De todos modos, es evidente que el resultado al que estas consideraciones conducirían es claramente perjudicial al acusado.

(...)

(Sentencia de 10 marzo 2000)

## ARTÍCULO 238.1.ª

*Escalamiento: doctrina general. Hay escalamiento en quien trepa por una construcción contigua y entra a un piso por la ventana abierta*

Segundo. La doctrina jurisprudencial más reciente (SSTS de 18-1-1999, 15-4-1999, 20-4-1999 y 18-10-1999, entre otras) ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación enraizada en la definición legal histórica, para restringirlo en el doble sentido de excluir los supuestos de «escalamiento de salida» (SSTS de 22 de abril y 18 de octubre de 1999) al exigir el artículo 237 del Código Penal 1995 que la fuerza en las cosas se utilice «para acceder al lugar donde éstas se encuentren», y de limitar el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido «una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete» (Sentencia de 20 de abril 1999). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que el acusado exterioriza, mediante el empleo de dicha habilidad o esfuerzo para ascender al lugar por donde efectúa el acceso, «una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad» (STS de 15 de abril 1999). Con ello se han excluido de la tipificación legal como robo con escala los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la «planta baja» (Sentencia de 20 de abril de 1999) o «a nivel de calle» (Sentencia de 18 de enero 1999), cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento.

Tercero. Ahora bien, en el supuesto actual no resulta aplicable esta doctrina restrictiva pues nos encontramos ante un supuesto propio de escalamiento, subsumible claramente en su significado literal o estricto, dado que en el hecho probado consta que el acusado, aprovechando una obra de construcción contigua a un edificio de viviendas, se encaramó ganando una ventana que se encontraba abierta del piso primero izquierdo del edificio, por donde penetró en la vivienda de los perjudicados, en la que cometió el robo. Tanto por el verbo empleado en el relato fáctico para describir la acción (se «encaramó», que significa precisamente «subir una persona a un lugar dificultoso de alcanzar»), como por los medios utilizados (se aprovechó de los elementos existentes en una obra en construcción contigua al edificio de viviendas donde se encontraba el domicilio allanado), como, en fin, por la altura en la que se encontraba situada la ventana de acceso (en el piso primero izquierda de un edificio de viviendas, es decir no en la planta baja ni a nivel del suelo, por lo que fue necesario trepar o ascender con cierta habilidad y esfuerzo a través de los elementos proporcionados por la obra para penetrar en el lugar del robo a través de una ventana de un piso alto, o sea «escalar»), debe concluirse que en el relato fáctico se describe una acción típicamente integradora de escalamiento, que tanto desde la perspectiva del principio de legalidad como del principio de proporcionalidad, ha sido correctamente calificada como robo.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Cuarto. A mayor abundamiento, y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ha de señalarse que la acción enjuiciada en este supuesto concreto en ningún caso podría ser calificada como simple hurto, pues consta en el relato fáctico que, sorprendido el acusado por los moradores de la vivienda cuando se encontraba en su interior, empleó violencia sobre las personas para consumir el apoderamiento, es decir, no sólo para darse a la fuga sino para poder «desasirse y huir con el dinero sustraído», lo que calificaría en cualquier caso la acción como robo y no como mero hurto.

La calificación objeto de acusación y condena concretó el hecho delictivo como robo con fuerza en las cosas, subsunción jurídica correcta, como ya se ha analizado, por lo que únicamente se menciona esta consideración adicional a los efectos de ratificar que la energía criminal utilizada no es la propia de un simple hurto.

(Sentencia de 10 marzo 2000)

## ARTÍCULO 241.1

*La violencia o intimidación típica en el robo es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. No lo constituye la amenaza a quien observa un hurto de vehículo*

Tercero. 1. En el tercer motivo denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 242.1 del Código Penal. Arguye el recurrente que no existió la intimidación típica, pues la acción de los recurrentes no produjo miedo ni inseguridad en el sujeto que la recibió y no cabe encuadrar la conducta de los acusados en el tipo penal del robo con intimidación.

El motivo, dada la vía impugnatoria elegida, parte del respeto al hecho declarado probado discutiendo, desde su asunción, la errónea subsunción en los preceptos que invoca como indebidamente aplicados.

El relato fáctico declara que los dos acusados procedieron a extraer la gasolina del depósito del combustible de un ciclomotor. La acción fue advertida por una vecina del inmueble cercano que les llamó la atención y los acusados la increparon diciéndole «baja si eres capaz aquí te esperamos», insistiendo uno de ellos, mientras el otro continuaba extrayendo el combustible, diciendo «te voy a rajar». La policía nacional, alertada, llegó al lugar de los hechos y detuvo a los acusados. En la fundamentación de la Sentencia destaca que la intimidación realizada alteró la subsunción del hecho, inicialmente de hurto para convertirse después en un robo con intimidación, si bien la escasa entidad de la violencia hace que el hecho sea subsumido en el párrafo 3.º del artículo 242 y aplicar la pena atenuada del robo con intimidación.

2. Plantea el recurrente el interesante problema de la conceptualización de la intimidación en el robo lo que no es fácil, pues la exigencia de la violencia o de intimidación en la estructura típica de varios tipos penales no ayuda a un concepto claro de su contenido en el delito de robo.

Hemos afirmado (STS de 12-4-1999) que la violencia y la intimidación suponen, respectivamente, una conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma inconsciente, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe y no ha de olvidarse que en el delito de robo la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al desapoderamiento de un bien mueble que le pertenece o detenta. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer.

Por ello hemos declarado (SSTS de 30-3-1999, 20-9-1999) que la violencia o intimidación típica es aquella instrumental al desapoderamiento, ordenada de medio a fin. La intimidación no dirigida al desapoderamiento, a vencer una voluntad contraria a la sustracción, debe ser calificada de forma independiente a la sustracción pues no va dirigida a constreñir al sujeto pasivo que la recibe a una entrega no querida de un bien mueble. El empleo de la misma debe ser la causa determinante del desapoderamiento.

3. Desde la perspectiva expuesta el motivo debe ser estimado. La expresión de unas frases manifestadas desde la acera de la calle a un vecino del inmueble no tienen la relevancia jurídica penal que el tipo penal del robo con intimidación exige. El sujeto pasivo destinatario de las expresiones no vio limitada su capacidad de decisión de defender un bien mueble, y por ello, desde su libertad no constreñida llamó a la policía que impidió la sustracción y detuvo a los acusados.

Consecuentemente, no hubo intimidación dirigida al robo y la sustracción intentada ha de ser subsumida en la falta de hurto del artículo 623 del Código Penal y en la falta del artículo 620.2, procediendo imponer dos penas de multa de 10 días y de 1 mes, respectivamente por las faltas contra la persona y contra el patrimonio.

(Sentencia de 13 junio 2000)

## ARTÍCULO 242.1

*La condena por el robo con uso de medios peligrosos y por las lesiones ocasionadas no vulnera el principio non bis in idem*

Único. Por la representación procesal del recurrente, condenado por Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla, por un delito de robo y una falta de lesiones, se formalizó recurso de casación fundado en un único motivo de impugnación, que se ampara en el núm. 1 del artículo 849 de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 237 y 242 núms. 1 y 2 así como del artículo 617 del Código Penal.

A) Alega el recurrente que se ha vulnerado el principio *non bis in idem* toda vez que la violencia o intimidación propias del robo son tenidas en cuenta tanto para integrar el tipo de robo violento, como para integrar el tipo cualificado en el apartado segundo del artículo 242, así como para integrar la falta de lesiones, siendo el imputado condenado por todas estas conductas. Asimismo se produce indeterminación del arma utilizada que tan sólo es descrita de forma genérica como un arma de grandes dimensiones sin que por ello se pueda valorar si las dimensiones eran suficientes como para causar la intimidación prevista en el apartado segundo del artículo 242.

B) Como recuerdan las Sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1996 y 7 de febrero de 1997, el nuevo artículo 242 del vigente Código Penal, impone una nueva y profunda modificación si se compara con el artículo 501 del Código derogado, puesto que desaparecen los cuatro primeros números que integraban figuras complejas con la consiguiente agravación penal, en tanto que con la actual redacción queda el delito de robo con intimidación como un tipo abierto a cualquier medio violento o intimatorio si bien cuando este medio, por sí mismo, integre además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso real con el delito de robo violento.

Una aplicación de la nueva redacción y enfoque del delito de robo y de su autonomía en relación al delito de lesiones, una vez desaparecidos los anteriores delitos complejos de los cuatro números del derogado artículo 501, complejidad que sólo era expresión de una determinada política criminal que llevaba a tales uniones con una exasperación punitiva superior a la resultante de la penalización independiente y separada de los dos delitos, lleva inequívocamente a la admisión del recurso del Fiscal al estar en presencia de delitos distintos y autónomos, siendo de aplicación las penas correspondientes a las circunstancias previstas por el legislador, y por tanto, si para ambos delitos de robo y lesiones, se prevén subtipos agravados —está fuera de duda la condición de la navaja y del destornillador como instrumentos peligrosos—, procede su autónoma aplicación sin riesgo de cuestionamiento del principio *non bis in idem*, ya que se trata de delitos independientes que atentan contra bienes jurídicos distintos (STS de 27-4-1999.)

El delito de robo se define, con carácter genérico, por el empleo de fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o por el empleo de violencia o intimidación. Esta violencia o intimidación definitiva de esta especial modalidad del robo, se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atezado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. La intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad. Son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de indefensión y desamparo.

La exhibición del arma es una forma de uso que puede ir unida a gestos o ademanes que denoten la firmeza de propósitos o intenciones del autor del hecho que en caso contrario difícilmente se conseguiría un efecto intimidante. Precisamente de esta perseverancia en aumentar los efectos intimidantes pueden surgir riesgos añadidos derivados de una eventual reacción de los sujetos asaltados.

El tipo agravado se integra, perfila y configura mediante el uso externo de las armas o medios igualmente peligrosos, sin necesidad de exigir el ejercicio de violencia física sobre el cuerpo de la víctima que si se da constituye una lesión a otros bienes jurídicos cuyo castigo independiente contempla el artículo 242.1 del nuevo Código Penal (STS de 24-6-1998).

El delito de robo con violencia o intimidación, que supone el supuesto básico, se agrava cuando el legislador considera como un desvalor añadido que el sujeto activo se haya valido, para concretar la intimidación, de un instrumento potencialmente peligroso. No se trata, como se ha dicho por esta Sala, de valorar dos veces la circunstancia material del efecto intimidatorio, sino de agravar éste cuando además el efecto intimidante se consigue por medio de la exhibición de instrumentos de tanta peligrosidad como una aguja aplicada a una jeringuilla, cuyo manejo agresivo, en el caso de resistencia de la víctima puede causar lesiones de cierta consideración como sucedió en el caso presente (STS de 30-12-1998.)

C) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en la condena del recurrente por el uso de medios peligrosos y la causación de las lesiones no se ha vulnerado el principio *non bis in idem* que se invoca, ya que en primer lugar el fundamento de la aplicación del tipo agravado viene dada por el mayor peligro que implica la mera exhibición o utilización conminatoria del medio peligroso. Por otro lado, en cuanto se produce el despojo patrimonial y además un resultado lesivo, estamos ante dos hechos autónomos que atentan a bienes jurídicos distintos y que a tenor de lo establecido en el artículo 242.1 deben ser penados de forma independiente.

D) En cuanto a la descripción del medio empleado, el hecho probado establece que el hoy recurrente exhibió un cuchillo de grandes dimensiones, instrumento sin duda idóneo para crear peligro para la integridad física del sujeto pasivo.

E) Tiene declarado esta Sala que es medio peligroso el que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y a su vez crea un mayor riesgo real para la víctima.

Esta agravación trata de responder, pues, al mayor reproche que merece la conducta de quien por emplear tales medios o instrumentos en la ejecución genera un especial peligro para la vida o integridad física de las personas (STS de 22-10-1998).

Procede en consecuencia con todo lo expuesto, la inadmisión del motivo casacional alegado, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 884 núm. 3 y 885 núm. 1 de la LECrim.

(Auto de 15 marzo 2000)

*Concepto de casa habitada: lo es la segunda vivienda cuyo interior no está terminado*

Primero. (...) B. Dado que en el nuevo Código Penal se sigue considerando figura agravada el robo con fuerza en las cosas (art. 240), el cometido en «casa habitada» (art. 241.1), se ha mantenido el concepto legal de «casa habitada» del Código derogado (art. 242.2).

El concepto de casa habitada, según tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia, no puede quedar limitado al de vivienda habitual o domiciliaria de su poseedor por cualquier título, ya que por tal ha de entenderse lo que hoy día se llama «segunda vivienda» o, incluso, otro tipo de aposento que pueda ser utilizado, con mayor o menor frecuencia, por quien detenta esa posibilidad de uso. Así nos lo indican, por citar algunas, las Sentencias de 19 de mayo de 1986 y 13 de febrero, 21 de abril y 14 de julio de 1989, cuando nos dicen, entre otras cosas, que «por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación aunque tan sólo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo necesario que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente», es decir, que con este simple dato se cumple la verdadera «ratio legis» de la norma agravatoria que no es otra que, además del ataque a los bienes ajenos, la mayor peligrosidad que supone penetrar en casa habitada o con posibilidad de serlo en cualquier momento (STS de 8-7-1991).

C. En el caso de autos, consta en los hechos probados que el inmueble donde se apoderaron de los objetos era utilizado por el señor Q. como segunda residencia, a donde acudía todos los fines de semana sin perjuicio de que algunas de las dependencias interiores no estuvieran acabadas, lo que no le impedía pernoctar y realizar las funciones propias de toda vivienda. Por otra parte, la cualidad de los objetos sustraídos, figuras de porcelana, una guitarra, una enciclopedia, cintas de vídeo, utensilios de menaje, una tienda de campaña, ropa de cama, un televisor y muebles y enseres personales, avalan la afirmación de que la vivienda se encontraba habitada, con independencia de que algunas de sus dependencias interiores estuvieran sin terminar.

(Auto de 11 febrero 2000)

## ARTÍCULO 242.2

*No procede el tipo agravado de robo con uso de armas u otros medios peligrosos si el objeto supuestamente punzante no se describe en la Sentencia*

Tercero. El segundo motivo del recurso, expresamente apoyado por el Ministerio fiscal, e incardinado igualmente en el cauce procesal previsto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la indebida aplicación del párrafo segundo del artículo 242 del Código Penal («la pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevar...»). Para ello hemos de basarnos exclusivamente en el relato de hechos probados que la Sentencia recurrida declara como acreditados, y concretamente dice que «Juan Antonio se aproximó de forma subrepticia (a la víctima) y le sujetó por el cuello al tiempo que le ponía algo que produjo una sensación punzante contra la espalda, exigiéndole la entrega del dinero que llevara. Ante la oposición del agredido, Juan Antonio forcejeó con él, en el

curso del cual la víctima sufrió una herida en el brazo que ha merecido la primera asistencia médica». En la fundamentación jurídica, la Sala de instancia razona que resulta innegable que el testigo sufrió una herida inferida en su brazo, aunque por la ilegibilidad del parte médico resulta imposible saber si aquella ha sido producida por un objeto punzante, y como, por otro lado, el testimonio de la víctima carece en este punto de la precisión necesaria, termina razonando que «no debe descartarse que la lesión se pudiera producir en el curso del forcejeo, a consecuencia de un rasguño producido por una uña o por algún adorno en la ropa». No obstante lo cual, la Sala impone el subtipo agravado con fundamento en la Sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1993. Dicha Sentencia no es aplicable al caso ahora enjuiciado, ya que se refiere a una jeringuilla, si bien se diga en ella que por arma se entiende, a los efectos del párrafo final del artículo 501 del anterior Código Penal, todo instrumento vulnerante, es decir, todo aquel que puede herir, o lo que es lo mismo aptitud para penetrar en las carnes, por lo que una jeringuilla hipodérmica goza de las características expresadas, y ha de reputársele como tal o al menos objeto peligroso —cfr. SSTS de 18 febrero y 22 mayo 1992—. Éste no es el caso, ya que la Sala no ha descrito el objeto, supuestamente punzante, sino que se trataba de «algo que produjo una sensación punzante contra la espalda». La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado en varias ocasiones de objetos punzantes, pero siempre con la debida descripción del mismo. Así, fue considerada la aplicación de la agravación por la mera exhibición de un objeto punzante (STS de 19-11-1999) o la utilización del mismo, con el que se causan varias puñaladas (STS de 2-4-1998). Pero en la Sentencia de 7 de marzo de 1998, se analiza un caso idéntico al ahora enjuiciado, en cuyo *factum* se hace constar un «objeto punzante no identificado». Razona dicha Sentencia que la inconcreción y la falta de taxatividad en cuanto al objeto empleado nos coloca ante una situación de incertidumbre que debe ser analizada para determinar si el subtipo agravado que se ha aplicado por la Sala sentenciadora puede ser imputado a la conducta del autor. Desde un punto de vista gramatical, punzante es todo aquello que sea capaz o sea susceptible de originar un «pinchazo», por lo que dentro de su concepto se pueden integrar una serie de elementos que reuniendo estas características, no puedan ser calificados como instrumentos peligrosos (un bolígrafo, un lápiz, la punción dactilar, etc.). Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala que, tanto los hechos imputados como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal derivadas de la concurrencia de agravantes genéricas o específicas deben estar firmemente probadas, por lo que debe exigirse que el juzgador describa, con la mayor precisión posible, todos los elementos que configuran la aplicación del subtipo agravado; en caso de duda, la solución debe decantarse por la eliminación de las consecuencias agravatorias. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, ya que la falta de descripción del objeto amenazante, incluso la indeterminación absoluta del mismo («le ponía algo que produjo una sensación punzante»), lleva como consecuencia la estimación del motivo y la desaparición de las consecuencias agravatorias. En apoyo de esta tesis, dice el Ministerio Fiscal que no especifica la Sala de instancia el instrumento utilizado, por lo que, si no se describe el objeto empleado, no puede apreciarse la agravación que se ha estimado en la Sentencia recurrida. Igualmente la Sala sentenciadora se plantea como hipótesis que la herida causada puede ser atribuida a una uña u otro objeto, como un adorno de la ropa; es decir, no hay objeto punzante, solamente sensación, que es algo psicológico, pero no material. La potencialidad agresiva del arma o instrumento peligroso, que integra un concepto

normativo, tiene que quedar adecuadamente probada y correlativamente descrita por la Sala, de modo que en aquellos casos en que se duda de su concurrencia o que manifiestamente no son susceptibles de crear peligro alguno para la vida o integridad física de la víctima, el subtipo agravado estudiado, no puede ser apreciado. El motivo debe, pues, ser estimado.

(Sentencia de 4 de febrero de 2000)

### *La pistola de fogueo es un medio peligroso*

Segundo. (...) Por último, en relación con el medio empleo para la comisión de los hechos, arma de fogueo, su inclusión en el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 242 CP, ha sido reiteradamente admitida por este Alto Tribunal. Así, por citar una de las más recientes, la STS de 20-9-1999 se expresa en el sentido de consolidar la Jurisprudencia aplicable al caso, incluyendo en el catálogo de instrumentos peligrosos, aquellas armas que aun careciendo de cargador o, por ser simuladas o de fogueo, pueden transformarse en un elemento agresivo y contundente con riesgo para las personas que sufren el hecho delictivo, añadiendo que «el solo hecho de que la pistola haya sido calificada de fogueo, pone de relieve que tiene que estar construida con materiales sólidos y metálicos para posibilitar la deflagración (...) con estas características es evidente que la pistola, por el posible riesgo derivado de un disparo cercano de fogueo y por su composición pudo ser utilizada como elemento contundente, lo que la convierte en un instrumento peligroso de acuerdo con reiterada Jurisprudencia de esta Sala». En el acta del juicio oral, uno de los testigos, Policía Nacional, declara acerca de la compra por el acusado de la pistola de fogueo, hecho que fue comprobado, que no vio la compra, «pero en la tienda vio otras similares. Que una persona que no conozca el arma, se asemeja bastante. Que para amedrentar sirve» (*sic*). Por lo demás, también es doctrina reiterada la suficiencia de la función intimidatoria de los medios utilizados, incluyendo todo objeto que pueda ser considerado y empleado de manera contundente o incisiva, por cuanto ello aumenta la peligrosidad, lleva consigo una mayor potencialidad lesiva para otros bienes distintos del patrimonio y supone la creación de un mayor riesgo para la víctima (AATS de 18-6-1997, 21-1 y 25-2-1998 y STS de 3-2-1998).

(Sentencia de 11 abril 2000)

### *Jeringuilla con aguja es un instrumento peligroso*

Único. (...) Ya se ha pronunciado esta Sala sobre la necesidad de que la jeringuilla que con efectos intimidantes se esgrimía para robar ha de constar que tenía a su extremo colocada la aguja para poderla considerar instrumento peligroso (SSTS de 19 de octubre de 1998, 3 y 10 de febrero, 21 de abril y 30 de diciembre de 1998), ya que la calificación de peligroso de un instrumento está en función de

su capacidad de potenciar o aumentar la capacidad agresiva del agente y de creación de un mayor riesgo para el atacado.

(Sentencia de 10 mayo 2000)

*Una escopeta de la que se desconoce su estado de funcionamiento es un objeto peligroso*

El cuarto motivo, por el cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 denuncia por indebida la aplicación del subtipo agravado de empleo de armas o instrumentos peligrosos en relación a la utilización de la escopeta o carabina que esgrimió el recurrente.

Se afirma que se desconoce su aptitud de disparo y funcionamiento, y en base a ello se cuestiona que pueda tener la consideración de instrumento peligroso.

Ciertamente que esta Sala en relación al uso de pistolas simuladas de las que nada se sabe, tiene declarado que para su valoración no como arma sino como instrumento peligroso a los efectos de la aplicación del tipo agravado del artículo 242.2.º, tiene declarado que es preciso alguna determinación respecto del material con que pueda estar construida a los efectos de dicho apartado, que encuentra su justificación penal en el incremento de la capacidad agresiva del delincuente, sin que por ello, el silencio respecto de la capacidad del arma de fuego para efectuar disparos o sobre la aptitud para valorarla como instrumento peligroso por su capacidad vulnerante dados los materiales con los que está construido, puede interpretarse en contra del reo –en tal sentido STS de 9 de diciembre de 1999.

En el presente caso no se está en presencia de pistolas, sino de una carabina o una escopeta, de las que se ignora su funcionamiento, si bien por simple máxima de experiencia se sabe que son instrumentos más grandes y de mayor contundencia, uno de los testigos-víctimas, la señora P., reconoció que la escopeta le pareció enorme. Todo ello abona a que en el presente caso, puede afirmarse que la escopeta o carabina sí puede estimarse como instrumento peligroso, dado su tamaño y la mayor capacidad agresiva, con independencia de que no pudiese efectuar disparos.

Verificada en esta sede casacional la razonabilidad del juicio efectuado por la Sala sentenciadora, debe concluir el control casacional con el rechazo del motivo.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 julio 2000)

*La exhibición del arma equivale a su uso, sin que sea necesario su empleo directo*

Tercero. El cuarto motivo se formaliza para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 242.2.º del CP.

El autor del recurso –sin disentir que su patrocinado portaba en el momento de los hechos una pistola simulada «réplica de la pistola “Walter”, modelo “PPK”,

calibre 7,65mm— que no era apta para el disparo, pero que, por su peso y contundencia, podía causar efecto lesivo mediante su uso», estima que, en tanto que el precepto citado «se está refiriendo al uso, entendiendo por tal un uso real no un uso hipotético, pues el hecho de portar tal pistola simulada ya hace que estemos ante la intimidación prevista en el artículo 242.1.º, sin que en ningún momento se usara, sostiene que resulta inapropiado condenar a su cliente como autor de dos delitos de robo con intimidación y uso de instrumento peligroso en grado de tentativa, por considerar que dicho instrumento no se llegó a usar».

La tesis resulta en extremo forzada desde una ortodoxa perspectiva interpretativa de las expresiones normativas, dado que —como bien recuerda el Fiscal impugnante del recurso refiriendo al efecto varias Sentencias de esta Sala de 24-9, 28-12-1992 y 21-11-1997— el uso de armas es apreciable no sólo en el caso de su empleo directo (disparo, pinchazo), sino también en los supuestos de exhibición intimidatoria, pues medio peligroso es el que aumenta o potencia la capacidad agresiva de su portador y, a su vez, crea un mayor riesgo real para la víctima. En tanto que trata de responder al mayor reproche que merece la conducta de quien por emplear tales medios o instrumentos en la ejecución genera un especial peligro para la vida o integridad física de las personas, es por lo que, según una doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 24-9-1992 y 10-2-1998, entre otras muchas), la mera exhibición del arma o medio peligroso equivale a su uso, a efectos de aplicar la agravante específica del apartado 2 del artículo 242 del CP de 1995, siempre que por la situación relativa del agresor portador del arma o medio peligros y de la víctima, el primero mediante los correspondientes movimientos o accionamientos, tenga la posibilidad de dirigir el arma contra la persona asaltada.

Se ratifica tal determinación con la doctrina de este Tribunal que, en Sentencias como las de 18-2-2000 y 22-4-1999, explicita que el concepto de uso no se ciñe a la efectiva operatividad de las armas o instrumentos (disparos, golpes, pinchazos, heridas y maltrato en general), sino que basta a la configuración del subtipo el «hacer servir para algo», esto es, incluso la exhibición del arma o instrumento peligroso, en uso intimidatorio, empuñándolos o esgrimiéndolos con gestos o aptitudes inequívocamente amenazadores, siempre en manifestación exterior o suficientemente visible, porque el texto legal no exige ese plus de ejecución y la justificación de la agravación reside en el riesgo o peligro inherente al porte de armas o medios peligrosos que alcanza mayor gravedad cuando se esgrimen para paralizar o cohibir la reacción de la víctima frente al despojo.

(Sentencia de 25 julio 2000)

*No basta usar un medio peligroso, es necesario que sea equiparable a las armas. Una escopeta recortada de hierro que no funciona y un revólver de fogeo no son medios peligrosos equiparables a las armas*

Cuarto. Aclaradas las cuestiones de hecho, pasamos a las relativas a la calificación jurídica, examinando en primer lugar los motivos segundos de los recursos de Ricardo y Antonio y el tercero de Alberto. En los tres, por el cauce del núm. 1.º

del artículo 849 LECrim, se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 242 CP, que agrava la pena en estos delitos de robo con violencia o intimidación en las personas «cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...», aduciendo que la escopeta recortada no funcionaba y que el revólver era de fogueo.

Ya hemos anticipado que han de estimarse estos motivos.

La Sentencia recurrida, en su fundamento de derecho 2.º, se refiere a este tema. Aplica al caso el mencionado subtipo agravado del artículo 242.2 porque «aunque la escopeta de cañones recortados no estuviera en funcionamiento, por su propia estructura y por los materiales con que está fabricada, hierro, es en todo caso un objeto peligroso en tanto que con él se pueden inferir ataques que pueden ser graves contra la integridad o la vida de las personas».

Evidentemente esa escopeta de hierro es un objeto con el que se puede atacar y lesionar a una o varias personas, pero nada nos dice la Sentencia recurrida respecto de que esa peligrosidad sea igual que si de armas propiamente dichas se tratara, como exige actualmente de modo expreso este artículo 242.2, a diferencia del texto paralelo del CP anterior que en el último párrafo del artículo 501 no tenía la palabra «igualmente», con la que ahora se exige una equiparación en la peligrosidad de esos medios peligrosos respecto del concepto «armas». No basta usar un medio peligroso, es necesario que ese medio peligroso sea equiparable a las armas. Sobre esta equiparación tenía que haber razonado la audiencia en este caso en que lo utilizado para intimidar eran unas simuladas armas de fuego, que parecían tales sin serlo, porque el revólver era de fogueo y la escopeta recortada no funcionaba, según se dice en el relato de hechos probados. Si se trata de intimidar con unas armas que aparentaban unas determinadas características que luego se comprobó que no tenían, en realidad no hay un mayor peligro contra las personas en el ataque perpetrado, al menos no ese mayor peligro previsto por el legislador para aplicar esta figura de delito agravada. No son los objetos esgrimidos lo que aparentan ser. No cabe aplicar la agravación por uso de armas y así lo consideró de modo acertado la Sentencia recurrida.

Ahora bien, si se quiere aplicar el otro concepto alternativo usado en la misma norma penal («a otros medios igualmente peligrosos»), hay que decir por qué tales objetos se equiparan a las armas, como consecuencia del adverbio «igualmente» que ahora se ha introducido en este artículo 242.2 del CP actual. Así las cosas no parece que por el hecho de ser de hierro la escopeta recortada pueda realizarse esa equiparación. Nos parece evidente que no son igualmente peligrosos estos medios utilizados para robar que las armas de fuego que aparentaban ser. Advirtiéndose que en este caso no se utilizó la escopeta como elemento contundente, sino sólo para amenazar. Es decir, la escopeta recortada que no funcionaba y el revólver que resultó ser de fogueo no tenían la peligrosidad que su aspecto exterior denotaba y tampoco eran «medios igualmente peligrosos» por el material de que estaban contruidos. Hubo un engaño en la intimidación, unas amenazas con armas falsas, que no encajan en los conceptos utilizados en el artículo 242.2 que, por todo ello, fue mal aplicado al caso.

Han de estimarse estos motivos de los tres recursos de Alberto, Ricardo y Antonio, estimación que ha de beneficiar al otro condenado, Juan, por lo dispuesto en el artículo 903 LECrim.

(Sentencia de 27 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 242.3

*Menor entidad de la violencia ejercida en el supuesto del robo por el procedimiento del tirón sin derribar ni causarle lesión a la víctima*

Tercero. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la vulneración, por falta de aplicación, del artículo 242.3.º del Código Penal de 1995. Estima la parte recurrente que procede la aplicación del subtipo atenuado prevenido en el párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal, pues «no hubo uso de ningún medio de violencia lesivo y estuvo ausente cualquier intimidación conminatoria. No se alegó ninguna lesión, ni acto de mandato injusto o de conminación. Por último, el valor de lo sustraído, como se reconoció, es escaso».

El motivo debe ser estimado.

El hecho cometido consistió, conforme al relato fáctico de la Sentencia impugnada, en «arrancar de un fuerte tirón una cadena con colgante que portaba Serafín S. A., valorada en 51.500 ptas». El artículo 242.3.º del Código Penal describe un tipo atenuado sancionado con la pena inferior en grado para los supuestos de robo en que concurre una menor entidad de la violencia o intimidación, valorándose además las restantes circunstancias del hecho. Como señala la Sentencia de 21 de noviembre de 1997, nos encontramos ante supuestos en los que se aprecia una menor antijuridicidad del acto, y al tratarse de un delito pluriofensivo en que se atenta al patrimonio además de a la indemnidad y libertad de la víctima, el menor contenido de injusto puede atender también al escaso valor de lo sustraído.

Ahora bien, lo más relevante es la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima. Entre estos supuestos de menor entidad cabe contemplar aquellos en los que no concurre intimidación y la violencia sobre la víctima es mínima ejerciéndose de forma indirecta (se actúa contundentemente sobre un objeto que porta la víctima, forzando con ello violentamente a ésta a desprenderse de él), es decir en la modalidad depredatoria conocida ordinariamente como «tirón», siempre que no se ocasionen lesiones o se ponga a la víctima en un peligro concreto como sucede en los tirones que se realizan desde un vehículo en marcha o que provocan el derribo, arrastre o caída del perjudicado.

Cuarto. En el supuesto actual el grado de violencia aplicado sobre la víctima es mínimo (un fuerte tirón de la medalla que rompió la cadena que su propietario portaba alrededor del cuello), no constando que se le ocasionase lesión alguna, ni tampoco que fuese derribada o se pusiese en peligro. Junto a ello debe atenderse como circunstancia adicional al moderado valor de lo sustraído, que supera solamente en 1.500 ptas. la cuantía límite de las faltas, en los supuestos de hurto (art. 234 Código Penal 1995). En consecuencia el hecho debe ser sancionado aplicando el tipo atenuado del artículo 242.3.º del Código Penal.

Quinto. En definitiva, conforme a la doctrina de esta Sala (STS 6 de octubre de 1999), el denominado «tirón» consistente en la acción de tirar con violencia o golpe impetuoso de un objeto portado por la víctima para vencer o romper la sujeción que determina la resistencia de su titular a la apropiación ajena, constituye un delito de robo, y no de hurto, porque supone una violencia material sobre la persona que porta el objeto apetecido por el agente, salvo supuestos excepcionales

que pueden calificarse de hurto cuando la sustracción se verifique con notoria y manifiesta preponderancia de la habilidad y la destreza propia del hurto sobre la fuerza propia del robo.

Ahora bien la calificación como robo con violencia no debe excluir la posibilidad de aplicación del tipo atenuado prevenido en el párrafo tercero del artículo 242, cuando, como sucede en el caso actual, la violencia ejercitada es mínima y el valor de lo sustraído es moderado.

Procede, por todo ello, estimar el motivo de recurso formulado por infracción de ley, dictando segunda Sentencia en el sentido indicado.

(Sentencia de 15 julio 2000)

*Menor entidad de la violencia ejercida en el robo, al utilizar jeringuilla sin aguja con un líquido rojo que aparentaba tener sangre*

Cuarto. (...) C) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este artículo 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1.º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º «Además las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindible para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al sujeto activo, hay que considerar si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá tenerse en cuenta el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas circunstancias

antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad.

Todos estos criterios han de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3.

No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

D) Aplicando los criterios antes referidos al caso presente, entendemos que no ha de apreciarse aquí la rebaja de pena prevista en el artículo 242.3 CP. Porque utilizar una jeringa, aun en el caso de no tener aguja, con un líquido rojo que aparentaba ser sangre, tiene una relevante capacidad de intimidación, por el miedo que cualquier persona tiene a la transmisión del sida por medio del contacto con la sangre contaminada, según se ha divulgado en los últimos años tanto respecto del procedimiento de contagio como de la gravedad de este síndrome, de muy difícil curación y que puede conducir a la muerte por la disminución de defensas en el sistema inmunológico de quien lo padece.

Aunque objetivamente una jeringuilla sin aguja no tuviera capacidad para transmitir la infección que pudiera tener el líquido rojo que contenía tal instrumento, entendemos que esa apariencia de sangre en el interior del instrumento que se utiliza como medio para amenazar, sin que la víctima se percatara de si tenía o no aguja, como ocurrió en el caso aquí examinado, tiene aptitud para producir un fuerte impacto psicológico en la persona que sufre la intimidación, y ello impide aplicar al caso la atenuación de pena que estamos examinando, aunque ciertamente la cantidad sustraída, 5.000 ptas., haya de considerarse de menor importancia.

Ha de rechazarse este motivo 3.º.

(Sentencia de 20 julio 2000)

### *Criterios para determinar la menor entidad de la violencia ejercida en el robo. Compatibilidad con la agravación del uso de armas u objetos peligrosos*

Segundo. El segundo motivo se formaliza igualmente por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 242.3 del Código Penal, motivo que es apoyado por el Ministerio fiscal en esta instancia.

Tal artículo 242.3 permite sancionar los robos con violencia o intimidación en las personas con la pena inferior en grado a la prevista en el artículo 242.1, «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho».

Siguiendo a la Sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2000, podemos decir que esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a per-

mitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionador contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada. Como ya ha dicho esta Sala, tales robos con violencias o intimidaciones de orden menor no deberían estar sancionados con la misma pena que los atracos hechos con armas de fuego, por ejemplo.

Lograr una mejor adaptación de la pena a las concretas circunstancias del caso es la razón de ser de este precepto, y ello nos conduce a la estimación de este motivo del recurso de casación que estamos examinando.

Al respecto hemos de hacer las consideraciones siguientes:

A) En primer lugar insistir en algo que esta Sala ya ha dicho repetidamente (SSTS de 21-11-1997 y 30-4-1998): que esta rebaja de la pena del artículo 242.3 viene determinada por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, como claramente se deduce de su propia redacción —«entidad de la violencia o intimidación» y «circunstancias del hecho»—, en unos términos que nos conducen al suceso acaecido en su dimensión objetiva.

Pero hemos de añadir aquí que tal dimensión objetiva, referida a la existencia de una menor antijuridicidad, ha de limitarse al hecho en sí mismo considerado. Lo que deducimos de esos mismos términos concretos que utiliza esta norma penal. Entendemos que tal forma de expresarse hace posible la aplicación de este artículo 242.3 en los casos en que concurre la circunstancia agravante de reincidencia, 8.<sup>a</sup> del artículo 22.

B) Asimismo la doctrina de esta Sala, también de forma reiterada, desde la Sentencia de 21-11-1997, antes citada, y particularmente desde que así se acordó en una reunión del Pleno de 27-2-1998 (véanse las SSTS de 9-3, 30-4 y 23-7 de 1998), viene aplicando esta norma de rebaja discrecional de la pena también en los casos en que concurre alguna de las circunstancias de agravación específica previstas en el párrafo 2 del mismo artículo 242, después de alguna vacilación inicial, por entenderse que, a veces, hay casos en que aparece desproporcionada la pena también en estos supuestos de uso de armas u otros medios peligrosos. Incluso en tal doctrina jurisprudencial hay referencias en concreto a determinados sucesos en que la intimidación consistió en la mera exhibición (sin agresión) de armas o instrumentos de no acentuada peligrosidad (así también la STS de 5-3-1999).

C) Veamos ahora cuáles son los criterios a seguir para dilucidar si ha de aplicarse o no este artículo 242.3.

Como ya se ha dicho, la propia norma nos conduce al hecho en su objetividad (no en la culpabilidad) y en sí mismo considerado a través de los siguientes términos:

1.º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que, por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º «Además las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindibles para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que

examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

- a) El lugar donde se roba.
- b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerarse si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.
- c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.
- d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se nos presenta para valorar si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, en sí mismo considerado, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer (la del 242.1.º o la del 242.2) es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3. No olvidemos que, como antes se ha dicho, la razón de ser del precepto es la de dar al Juzgador unas mejores posibilidades de adaptación de la pena al caso concreto, evitando el que sea forzoso imponer una determinada sanción cuando la menor gravedad del hecho aconseje otra de menor entidad.

D) A la hora de aplicar estos criterios al caso presente, en primer lugar hay que entender que el hecho de abalanzarse sobre la víctima para lograr su caída al suelo y aprovechar esta circunstancia para quitarle el dinero, supuesto de la Sentencia citada de 18 de abril de 2000 y del caso ahora enjuiciado, encaja perfectamente en ese concepto de «menor entidad de la violencia» que recoge literalmente el artículo 242.3. Y en cuanto a «las restantes circunstancias del hecho», la única digna de tenerse en cuenta a los efectos aquí examinados es la relativa a la escasa cuantía de lo sustraído, unas mil pesetas, que es un dato más en favor de la aplicación de esta norma penal.

Por estas razones, procede casar la Sentencia y dictar segunda Sentencia, estimando, pues, este segundo motivo.

(Sentencia de 20 octubre 2000)

## ARTÍCULO 244

*Se comete el delito de robo de uso cuando se sustrae el vehículo, no cuando se usa, salvo que exista una subsiguiente sustracción*

Único. La Sentencia recurrida condenó a Cristian Enrique C. A. y a Lucio C. como coautores de un delito de robo en una vivienda donde fueron detenidos por la

policía con parte del botín, pero no con todo, pues un tercero logró huir con joyas valoradas en más de un millón de pesetas.

Los tres autores del hecho habían llegado al lugar en un vehículo que había sido sustraído cuando estaba estacionado en la calle. Al ser recuperado tras el mencionado robo tenía fracturado el clausor y hecho el puente, sin haberse probado quién lo había tomado inicialmente del lugar donde estaba aparcado.

Habían sido acusados tales Lucio y Cristian Enrique también del delito de robo de uso de vehículo del artículo 244.1 y 2 CP y, como fueron absueltos por la Audiencia Provincial de Madrid, el Ministerio Fiscal recurrió en casación por un solo motivo al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, en base a la doctrina de esta Sala, expresada en la Sentencia de 10 de junio de 1998, que en un caso semejante al presente había condenado por delito de hurto de uso (no robo de uso), al no haberse probado la autoría de la sustracción inicial, pero sí el uso posterior revelador de que había existido antes una sustracción posterior a la primera, esta última sin utilización de fuerza. Con posterioridad a tal resolución de 10 de junio de 1998 hubo otras dos de esta misma Sala, las de 22 de diciembre del mismo año y la de 9 de julio de 1999, en el mismo sentido.

Pero esa doctrina jurisprudencial no es aplicable al caso presente, pues para tal condena por hurto de uso (no por robo de uso) se partía de la existencia de un apoderamiento del vehículo sin fuerza en las cosas posterior al apoderamiento inicial con uso de tal clase de fuerza. Una sustracción múltiple que permitía la condena por el posterior a los acusados que habían reconocido haber tomado el vehículo cuando ya tenía hecho el puente y rota la puerta, ventana o cerradura. En base a tal segundo apoderamiento, reconocido por los acusados, se podía absolver del robo de uso y condenar por el hurto de uso.

Pero tal no es posible en el caso presente, en el que, en el relato de hechos probados, no aparece base alguna para poder decir que aquí existió ese doble apoderamiento. Sólo consta que no se probó que los acusados hubieran tenido participación en el único que aparece acreditado. A veces las audiencias en estos casos, haciendo un uso correcto y razonado de la prueba de indicios, cuando se puede acreditar que hay una corta distancia temporal entre el hecho de la sustracción inicial del vehículo y la posterior detención de sus ocupantes, pueden dar como probado que fueron éstos quienes se apoderaron del vehículo. Pero esto tampoco ocurrió en el caso presente.

En conclusión, no ha de aplicarse al caso, esta dirección jurisprudencial en la que se apoya el Ministerio Fiscal para recurrir en el caso presente, que tiene un carácter excepcional y sólo cabe cuando hay base fáctica para poder afirmar que hubo el doble apoderamiento mencionado. Ha de aplicarse la que constituye doctrina general de esta Sala (SSTS de 3-2-1998, 13-2-1998, 14-3-1998, 18-6-1998 y 9-3-1999, entre otras muchas) que se encuentra fundada en el uso del término «sustrajere» que aparece en el artículo 244 CP actual frente al de «utilizare» del artículo 516 (bis) CP anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento del vehículo ajeno, no a quienes lo condujeran u ocuparan en un momento posterior, conductas que ahora son atípicas porque el legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores.

Adviértase, además, que en el caso ahora examinado hubo una tercera persona, junto a los dos acusados y condenados, que huyó con parte del botín, que bien pudo ser la autora de la sustracción del coche sin participación de los otros dos.

(Sentencia de 24 marzo 2000)

*«Sustraer» y no «utilizar» es el acto típico*

Tercero. Esta fundamentación no puede compartirse. En primer lugar porque no consta acreditada la forma en que el vehículo llegase al acusado, bien tomándolo del lugar donde lo habían dejado los autores de la sustracción o bien meramente cedido por éstos para su utilización temporal, por lo que no estando acreditado más que el hecho de que el acusado utilizó el vehículo conociendo su ilícita procedencia pero sin haber participado en la sustracción del mismo a su propietario, nos encontramos ante uno de los supuestos de utilización ilegítima sin sustracción despenalizados por el Legislador en el Código Penal de 1995 (SSTS de 3 de febrero de 1998, 5 de febrero de 1998, 18 de junio de 1998, 16 de septiembre de 1998, 11 de diciembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2000, 12 de abril de 2000 y 24 de marzo de 2000).

Así por ejemplo la STS de 18 de junio de 1998 señala que «El artículo 244 del Nuevo Código sustituye el verbo “utiliza” por “sustraer”, lo que deja fuera del tipo a quienes sólo disfrutaban del vehículo, aun a sabiendas de su sustracción previa –STS de 5 de febrero de 1998–, pues el Nuevo Código no considera delito el mero uso del vehículo ajeno por suponer que no hay ánimo de lucro en tal hecho».

El análisis del significado y consecuencias de la nueva redacción del precepto que sustituye «utilizar» por «sustraer» se encuentra extensamente realizado en las Sentencias de esta Sala de 3 y 5 de febrero de 1998, a las que nos remitimos.

Cuarto. En segundo lugar, aun admitiendo que el acusado se hubiese encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo hubiese utilizado pese advertir, por la existencia del «puente» en el cableado de ignición, que había sido previamente sustraído, no cabe extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontramos, a lo sumo, ante una «apropiación indebida de uso» atípica en nuestro ordenamiento.

La conversión en sucesivas «sustracciones» de los supuestos posteriores de utilización del vehículo por quien no hubiese participado en la sustracción a su propietario, implica una interpretación del precepto que excede la significación usual y gramatical de la expresión sustracción (extraer algo de la disponibilidad de su titular), e interpreta extensivamente el tipo, por lo que no es compatible con el principio de taxatividad (art. 4.1.º del Código Penal, «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»). Por otra parte, de este modo se equipara utilizar con sustraer, revitali-

zando el antiguo tipo penal en contra de lo prevenido en la nueva redacción legal.

Éste es el criterio expresado por la doctrina mayoritaria de esta Sala en Sentencias de 3 de febrero de 1998, 17 de febrero de 1998, 18 de junio de 1998, 16 de septiembre de 1998, 11 de diciembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 28 de enero de 2000, 12 de abril de 2000 y 24 de marzo de 2000, con alguna excepción menos significativa (SSTS de 10-6-1998 y 9-7-1999), ya matizada (SSTS de 28 de enero, 24 de marzo y 12 de abril de 2000).

Quinto. Como señala la reciente Sentencia de 24 de marzo de 2000, «la que constituye doctrina general de esta Sala (SSTS de 3-2-1998, 17-2-1998, 14-3-1998, 18-6-1998 y 9-3-1999, entre otras muchas), se encuentra fundada en el uso del término “sustrajeron” que aparece en el artículo 244 del Código Penal actual frente al de “utilizare” del artículo 516 del Código Penal anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento de vehículo de motor ajeno, no a quienes lo condujeron u ocuparon en un momento posterior, conductas que ahora son atípicas porque el Legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho Penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores».

Sexto. Es probable que el Legislador no valorase suficientemente la problemática probatoria derivada de la nueva redacción del tipo delictivo. La práctica procesal indica que en la mayoría de los supuestos los autores de estos hechos son detenidos cuando conducen o circulan en el vehículo sustraído estando acreditada la utilización, aprovechamiento o disponibilidad del mismo, pero no su intervención en la sustracción a su propietario. Ordinariamente sólo resulta factible acreditar esta intervención, en supuestos excepcionales de confesión o en aquellos otros en que la acentuada proximidad entre la detención y la sustracción del vehículo u otros indicios suficientes, permiten inferir racionalmente con suficiente garantía la participación de los usuarios del vehículo en el apoderamiento del mismo. Ello conduce, en la generalidad de los casos, a la impunidad no sólo de los meros usuarios, como pretendía el legislador, sino también de los partícipes en la sustracción inicial, participación que no resulta acreditada.

Séptimo. Ahora bien, si la nueva redacción del tipo ha generado lagunas de impunidad o deficiencias en la tutela penal del bien jurídico que se deseaba proteger ello debe determinar la oportuna reflexión, y eventual corrección, en sede legislativa. No puede el intérprete sustituir dicha función esencial por la interpretación extensiva del tipo, más allá de los límites permitidos por el principio de legalidad. Si el legislador ha sustituido «utilizar» por «sustraer», únicamente cabe sancionar aquellos casos en que la intervención en la sustracción queda acreditada, directa o indiciariamente, pero no convertir los supuestos de utilización en sustracción por la vía de presumir que todos los casos de utilización con conocimiento de la procedencia ilícita equivalen a una sustracción, bien inicial o bien sucesiva.

El motivo, en consecuencia, y como ya se ha expresado debe ser estimado, dictando segunda Sentencia absolutoria.

(Sentencia de 20 octubre 2000)

## ARTÍCULO 248

*No existe engaño suficiente para integrar el tipo de estafa si la presunta víctima se percató del mismo y no aceptó el negocio que se le ofrecía (tocomocho)*

Segundo. (...) Como segundo motivo, y por el cauce de la Infracción de Ley del artículo 849.1.º se denuncia la indebida aplicación del artículo 623.4.º del CP, falta de estafa en grado de tentativa en base a que en el propio *factum* –apartado segundo– se recoge expresamente la afirmación de que la presunta «víctima» se había apercebido de que el que se hacía «el tonto» –se trata del timo del «tocomocho»– no lo era tanto y por ello se apartó de la operación.

Razona el recurrente que este dato acreditado evidencia la ausencia de engaño bastante que exige la jurisprudencia para la existencia de la estafa, y por ello debió ser absuelto de la misma y no haber sido condenado como autor de una falta de estafa en grado de tentativa.

El motivo, que recibió el apoyo del Ministerio Fiscal debe ser admitido ya que en efecto, el artículo 248 del vigente Código Penal nuclea el tipo de la estafa en la concurrencia de un engaño bastante que el sujeto activo desarrolla ante la víctima, y que justifica el desplazamiento patrimonial con el correspondiente perjuicio para ésta, de suerte que el engaño ha de ser suficiente y proporcional para la consecución del fin apetecido, tanto en clave genérica –idoneidad para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia– como en referencia a las concretas condiciones de la persona, por lo que si el ardid empleado no tiene la suficiente apariencia de seriedad y realidad atendidos aquellos factores objetivos y subjetivos, se estaría en presencia de una situación extramuros del Código Penal por ausencia de un elemento normativo del tipo que vertebraba el delito de estafa –STS de 7 de noviembre de 1997 entre las más recientes.

Ésta es la situación que se reconoce en la propia Sentencia al afirmar que el ardid o engaño careció de la aptitud suficiente para defraudar a la víctima, que se apartó del supuesto negocio que le ofrecían.

La consecuencia de ello es la estimación del motivo y absolución de la falta de estafa, lo que se hará con la segunda Sentencia.

(Sentencia de 27 marzo 2000)

*Engaño como elemento de la estafa: contratos civiles criminalizados (vender vehículos con número de bastidor alterado)*

Tercero. (...) El delito de estafa, paradigma de las defraudaciones, sigue la línea del Código anterior en su versión de 1983, haciendo del engaño el elemento esencial del mismo, definiéndolo el vigente artículo 248.1 como el cometido «por el que, con ánimo de lucro, utilice engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Como señala la Sentencia de este Alto Tribunal de 27-1-1999, consolidando la Jurispru-

dencia anterior, el engaño equivale a «maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia, para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero». Ello conlleva la ejecución de un plan preconcebido, el desarrollo de una trama cuya finalidad no es otra que producir error en el sujeto pasivo, constituyendo error y engaño dos elementos diferentes, pero interdependientes y en relación de causa a efecto, el engaño ha de ser bastante para provocar el error del sujeto pasivo. La suficiencia del engaño, que el legislador califica de «bastante», debe atemperarse a las circunstancias del caso, considerando parámetros tanto objetivos como subjetivos, siendo trascendental su entidad para definir la clase de responsabilidad exigible. Junto a dicho elemento esencial, la Jurisprudencia exige la presencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto y el desapoderamiento patrimonial de un tercero como consecuencia del engaño productor del error del sujeto pasivo.

La aplicación de lo anterior a las relaciones contractuales, criminalización del negocio jurídico civil, no es siempre fácil, pues la caracterización del dolo como penal o civil resulta insuficiente y por ello la doctrina y Jurisprudencia se decantan por la solución desde el punto de vista de la tipicidad, siendo evidente que no todo incumplimiento presente en las relaciones jurídicas civiles constituye supuesto de responsabilidad penal. Por ello la Jurisprudencia ha ido perfilando los elementos que deben concurrir en el contrato civil para considerar su criminalización en aras a la presencia de los elementos típicos ya señalados. En primer lugar, la simulación que consiste en aparentar un propósito serio de contratar cuando en realidad se trata de aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, ánimo o propósito de difícil justificación, que ha de obtenerse por la vía de la inferencia partiendo de la prueba indiciaria (SSTS, entre otras muchas, de 28-6-1983, 27-9-1991, 24-3-1992 y 27-1-1999 con cita de las anteriores). En segundo lugar, la simulación señalada (engaño), concurriendo aparentemente los elementos precisos que definen la existencia concreta de un contrato civil o mercantil, debe desencadenar error bastante o suficiente en la otra parte que, a su vez, es causa del desplazamiento patrimonial, pero en todo caso la provocación del mismo cronológicamente debe ser antecedente al otorgamiento del contrato, no sobrevinida, de forma que incida directamente en el consentimiento propio de aquél. En síntesis, el negocio criminalizado será puerta de la estafa cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude, a través del cual se crea un negocio vacío que encierra una asechanza al patrimonio ajeno (SSTS de 24-3-1992, 13-5-1994 y la citada más arriba de 27-1-1999).

Habida cuenta de la vía casacional de que se trata debemos partir del total respeto a los hechos probados. En el relato histórico se afirma que la perjudicada se dirigió a una casa de compraventa de vehículos, «entrando por confusión en el establecimiento “Automóviles JP” regentado por el recurrente, «quien tenía un vehículo de las citadas características (...) con número de bastidor (...) el cual estaba alterado, hecho que conocía el citado Pedro M... le ofreció el mencionado vehículo para que lo comprase, lo que así hizo, por el precio de dos millones de pesetas, tras probarlo y ser informada de que debía de pasar la ITV, pero ocultándole la alteración del bastidor referida...». Dicho relato debe ser integrado por dos afirmaciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho. La primera, ya referida más arriba, relativa a «la inviabilidad legal de poder circular con los vehículos». La segunda, «que la compradora, se identificó como hija de su pa-

dre que acaba de comprar allí otro vehículo y se le dijo que si, que así lo recordaban pese a ser incierto» (*sic*).

El engaño, reforzado por lo que acabamos de señalar, se resuelve en la ocultación de un hecho relevante y particularmente trascendente desde el punto de vista de la autorización administrativa para circular el vehículo en cuestión: la alteración del número correspondiente al bastidor o chasis del mismo, siendo indiferente, además, el origen o razón de ello, frente a lo argumentado por el recurrente en el desarrollo del motivo, pues de lo que se trata es de la obtención de la certificación de aptitud para la circulación con independencia incluso de su hipotética subsanación, pues ello se refiere a un momento posterior a la consumación del delito. Si la compradora hubiese conocido dicha manipulación la hipótesis verosímil es que no habría adquirido el vehículo y desde luego no se habría producido el desplazamiento patrimonial mientras dicha irregularidad subsistiese. Por lo tanto, la ocultación a sabiendas del hecho relevante, provoca directamente un vicio del consentimiento de la adquirente que constituye el error del sujeto pasivo, elemento subjetivo del tipo. En relación con las circunstancias subjetivas tampoco son de recibo los argumentos aducidos en el recurso. La perjudicada se dirige a un establecimiento abierto, creyendo además que se trata del recomendado por su padre, sin que razonablemente pueda deducir el engaño subyacente, proyectado antes de la perfección del contrato, abonando incluso el precio de la compraventa sin esperar a la matriculación definitiva del todoterreno. Se sorprende ostensiblemente la buena fe de la compradora. Por todo ello concurren en el caso las exigencias típicas del delito de estafa.

(Sentencia de 28 marzo 2000)

### *Descuento de letras de cambio que no responden a operación comercial alguna*

Único. (...) La Sentencia de instancia sitúa el engaño en el hecho de presentar el acusado al descuento letras de cambio y otros documentos mercantiles (pagarés y recibos) que no responden a ninguna operación comercial, sin que esa circunstancia fuese sospechada por la entidad bancaria que practica el descuento.

Como bien señala el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, no puede considerarse que la entidad bancaria hubiera sufrido engaño bastante en cuanto no ha desplegado actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna, lo que le era perfectamente factible, y en este caso difícilmente puede defenderse el engaño cuando la entidad bancaria admitió el descuento determinada por la existencia de una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles. Tampoco resulta de los hechos que se declaran probados que el fiador otorgante de la póliza hubiese sufrido engaño al suscribirla.

Así las cosas, no puede afirmarse que exista el engaño precedente o concurrente y procede absolver al acusado del delito de estafa, resultando innecesario el examen del segundo motivo del recurso.

(Sentencia de 27 noviembre 2000)

*Uso de tarjeta de crédito por persona que no es titular de la misma, sin que se haya exigido la identificación al poseedor*

Segundo. (...) Se excluye en consecuencia la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (Sentencia de 29 de marzo de 1990). Pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo, aprovechado por el acusado conscientemente, convierte en suficiente el engaño desplegado que resulta así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería. En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo.

Se excluye igualmente la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando, en verdad, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardidés del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era.

En el caso de las tarjetas de crédito la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte necesariamente en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio, sino que habrá que distinguir en cada supuesto. En efecto la buena fe y las relaciones de confianza presiden de ordinario los actos de venta en los comercios. Es un hecho notorio de la realidad que no siempre se exige la identificación documental de quien paga con tarjeta, por ser —como reconocen las recurrentes en su recurso— «poco comercial». La valoración de ese hábito dependerá en cada caso: cuando las circunstancias objetivas y personales concurrentes no justifiquen razonablemente el mantenimiento de la relación de confianza y aconsejen por el contrario comprobar la identificación del poseedor, podrá entenderse que no es un engaño idóneo la mera posesión y exhibición por sí misma del documento en manos de quien nada permite suponer que sea su verdadero titular. En tal caso la falta de comprobación de la identidad por el comerciante sí podrá valorarse como la verdadera causa del error sufrido, sin que pueda atribuirse a un engaño del sujeto activo, que merezca la calificación de idóneo o suficiente.

Pero en este caso concreto ningún dato o circunstancia aparece en el relato histórico que impida reconocer a la posesión y exhibición de las tarjetas usadas esa suficiencia engañosa que en principio tiene y que denota la propia eficacia lograda por las acusadas mediante su uso, de acuerdo con lo que es el comportamiento ordinario de los establecimientos comerciales en las habituales relaciones de buena fe y confianza que presiden sus actividades mercantiles.

Por todo ello el motivo se desestima.

(Sentencia de 4 diciembre 2000)

*No existe engaño integrante de estafa sino actuación negligente de los empleados del banco que los pagan sin esperar a su cobro en el banco destinatario y sin haber obtenido conformidad*

Segundo. (...) Aparentemente, y así lo entendió la Sentencia recurrida, concurrieron en el caso examinado los requisitos mencionados:

1.º El engaño consistió en la entrega a Banca Catalana de diversos cheques sin fondos, lo que siempre constituye una mentira, pues lleva consigo, de modo explícito o implícito, la afirmación de que en la cuenta bancaria, contra la que estos efectos se libran, existe dinero suficiente para cubrir sus respectivas cuantías.

2.º Por la confianza existente de los empleados de Banca Catalana en quien hizo las referidas entregas, consecuencia de las numerosas operaciones que se venían realizando con la misma persona en tal entidad, se produjo en estos empleados el mencionado error, en este caso la creencia equivocada de que en esa cuenta la empresa libradora tenía fondos suficientes para cubrir sus importes.

3.º Al permitirse disponer de las cuantías respectivas inmediatamente después de la entrega de los efectos, se produjeron los correspondientes actos de enajenación por parte de Banca Catalana en beneficio de Bebidas y Refrescos Gerona, S.A.

4.º Con los consiguientes perjuicios contra la entidad bancaria disponente al no llegarse a cobrar los referidos talones.

5.º Ciertamente con ánimo de lucro para la referida empresa libradora de los citados quince efectos.

Tercero. Al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim se plantea el motivo único del presente recurso en el que el condenado alega infracción de ley, concretamente del citado artículo 528 CP 1973, porque, se dice y con razón, no existió delito de estafa, no hubo engaño, se asegura y, en todo caso, ese engaño no fue bastante, pues, si sirvió para la defraudación, fue por la conducta en extremo descuidada de los empleados de la banca perjudicada.

Tal y como se ha dicho, engaño existió: quien entrega a un banco un cheque sin fondos, al menos lo hace con la falacia de afirmar que hay dinero para su pago en la cuenta contra la que se libra.

Pero, desde luego, ese engaño no puede considerarse bastante para engendrar error en quienes realizaron los sucesivos actos de disposición en perjuicio de la empresa para la que trabajaban.

La medida de la suficiencia del engaño es variable según las circunstancias del caso, las cuales nos han de servir para calibrar la falacia de la maniobra realizada en relación con la defraudación producida. Todas las circunstancias han de tenerse en cuenta, tanto aquellas que objetivamente nos sitúan en la maquinación efectuada y en la credibilidad de la falacia utilizada, como las referidas a las personas de los sujetos intervinientes, muy particularmente las condiciones concretas de las personas o personas engañadas (SSTS de 23-2-1996 y 7-11-1997).

En el caso presente, habida cuenta de que los hechos ocurrieron en la mecánica habitual de las entidades bancarias, tienen especial importancia los usos mercantiles que en tales establecimientos se siguen. Cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el mo-

mento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa, se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que, como bien dice el recurrente, puede obtenerse incluso por teléfono.

No es conforme con esos usos bancarios lo que hicieron aquí los empleados de Banca Catalana: permitir que el presentador de los efectos disponga ya del dinero correspondiente de modo inmediato a la entrega de los mismos en la sucursal que ha de gestionar su cobro. Descartada la connivencia del ahora recurrente con los empleados referidos para defraudar a la sociedad querellante, tal y como lo hace la Sentencia recurrida en un extremo no impugnado y que ahora ha de respetarse, no cabe otra opción que la defendida por el recurrente: hubo una evidente negligencia de tales profesionales de la banca en el cumplimiento de sus obligaciones. Es claro que, si hubieran actuado conforme a las prácticas mercantiles habituales en el sector para el que trabajaban, la defraudación aquí examinada no se habría producido.

(Sentencia de 22 diciembre 2000)

#### ARTÍCULO 250.1.6.<sup>a</sup>

##### *Apropiación indebida de especial gravedad atendiendo al valor de lo defraudado: más de diez millones de pesetas*

Tercero. También tiene razón la acusación particular –en esto discrepa de la misma el Ministerio Fiscal– cuando postula que se aprecie el tipo agravado que, tanto para la estafa como para la apropiación indebida, aparece establecido en el artículo 250.6.º CP. Siendo incuestionable que la cantidad alcanzada, en el caso, por la defraudación debe ser considerada de especial gravedad –SSTS de 10-5-1993, 20-6-1994, 2-7-1994 y 28-12-1998, entre otras muchas– no comparte esta Sala el criterio de que, para la apreciación del referido tipo agravado, sea necesario que a la especial gravedad de la cuantía de la defraudación se acumule un perjuicio de especial entidad –que normalmente sólo será el reverso del valor de la defraudación– y una situación económicamente gravosa para la víctima o su familia. La interpretación que hace el Ministerio Fiscal del núm. 6 del artículo 250 CP, relacionándolo sistemáticamente con los núms. 3 y 4 del artículo 235 CP, no deja de ser razonable pero no es la única posible ni la más acorde con el conjunto de la regulación punitiva de los delitos de hurto y apropiación indebida. Es cierto que en el núm. 6.º del artículo 252 se une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el artículo 235 se prevén en distintos apartados, de una parte, el «valor de los efectos sustraídos» o los «perjuicios de especial consideración», y de otra, la grave situación en que se ponga «a la víctima o a su familia», de suerte que, si la previsión de resultados diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el «valor de los efectos sustraídos» de los «perjuicios de especial consideración» obliga a entender que basta

la producción de uno de estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del artículo 250.6.º CP. Pero, aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la apropiación indebida, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el núm. 6.º del artículo 250 CP 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5.º y 7.º del artículo 529 CP 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el «valor de la defraudación» y la «entidad del perjuicio» no son sino anverso y reverso de la misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el artículo 250.6.º CP, parece la más congruente con el segundo inciso del artículo 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa –y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el artículo 252– se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias –entre las que se encuentran «el importe de lo defraudado» y «el quebranto económico causado al perjudicado»– que se expresan como independientes unas de otras. Todas estas razones llevan a la Sala a estimar que el hecho juzgado en la Sentencia debió ser incardinado no sólo en el tipo genérico de apropiación indebida previsto en el artículo 252 CP, sino también en el agravado establecido en el artículo 250.6.º del mismo Cuerpo Legal, por lo que el único motivo del recurso de la acusación particular debe ser acogido en su integridad.

(Sentencia de 12 febrero 2000)

#### ARTÍCULO 250.1.7.ª

*Abuso de las relaciones personales entre víctima y defraudador: doctrina general y supuestos de aplicación. No apreciable en socio que hace suyo dinero de otro socio entregado dentro de una relación contractual sin que exista abuso de relación personal*

Tercero. El segundo motivo de casación denuncia la indebida aplicación del subtipo agravado del artículo 250.7.º alegando que la incompatibilidad entre la circunstancia de agravación de obrar con abuso de confianza y el delito de apropiación indebida precisamente porque la deslealtad o abuso de la confianza están embebidos en el propio tipo penal.

1. Es verdad que el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse simultáneamente como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo, como ha declarado esta Sala con relación a la agravante 8.ª del artículo 10 del Código Penal de 1973.

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 –lo que no está presente en el caso actual–; 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.

2. En este caso la participación de ambos como socios, entre otros, de una sociedad de responsabilidad limitada, sin que el relato fáctico describa ningún otro tipo de relación «personal», no supone más relación de confianza que la que ya de por sí es consustancial a cualquier trato, convenio o contrato cuyo cumplimiento siempre esperan los que en él participan, por lo que al incumplir lo pactado, cobrando para sí el cheque que en el seno de esta relación contractual le fue entregado y poseyó con el deber –originario o sobrevenido– de no presentarlo al cobro, el acusado 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 número 7.º del artículo 250 del Código Penal aplicado por la Sala. El motivo segundo por lo expuesto debe ser estimado.

(Sentencia de 3 enero 2000)

## ARTÍCULO 251.1

### *Doble venta: aspectos civiles y penales*

Cuarto. En el motivo 2.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se vuelve a alegar indebida aplicación al caso del artículo 251.2.º CP, ahora con razonamientos propiamente penales.

En realidad, con lo antes expuesto ha quedado claro que nos encontramos ante un caso de doble venta que es delito conforme al CP actual conforme razonamos a continuación.

A) En primer lugar, hay que decir que es correcta la aplicación al caso del CP ahora en vigor, aunque los hechos que nos narra la Sentencia recurrida se iniciaran bajo la vigencia del anterior –la primera compraventa se celebró el 31-3-1996–, pues el delito se produjo por medio de la segunda, la realizada por escritura pública de 14-6-1996, cuando ya estaba en vigor la actual normativa, como bien dice la Sentencia recurrida.

B) En segundo lugar, hemos de poner de manifiesto la voluntad del legislador de ir ampliando no sólo esta estafa específica de la doble venta, sino también algunas otras, que antes aparecían en los artículos 531 y 532 CP 1973, con sucesivas

modificaciones, la última de las cuales es la del CP 1995 que ahora los regula en los tres números de su artículo 251, habiendo dejado la del *furtum possessionis* para al capítulo de los hurtos (art. 235) donde sin duda encaja mejor.

A la vista de esta nueva regulación parece más adecuada la postura doctrinal que considera estos delitos como modalidades de estafa impropia, en el sentido de que para su punición no es necesario que concurren todos los elementos que componen la definición de la estafa propia, la del artículo 248. Se trata de delitos específicos con un contenido autónomo y con penalidad diferente. Ya no hay remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse agravación aunque concorra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 250, a diferencia del sistema recogido en los artículos 531 y 532 CP 1973 que hacía una remisión a las penas del artículo 528, lo que implicaba otra a las circunstancias agravatorias del 529. Hay una independencia de punición que es un argumento más en pro del carácter impropio de estas particulares figuras de estafas ahora recogidas en el artículo 251: si hay comportamientos que reúnen los requisitos de alguna de estas modalidades del artículo 251 la conducta debe considerarse punible aunque no se adecue al tipo ordinario del 248.

Veamos ahora cómo la doble venta aquí examinada reúne los requisitos exigidos en este artículo 251.

C) La figura citada de la doble venta puede encajar en el núm. 1.º de tal artículo 251 –enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero– y también el segundo inciso del núm. 2.º del mismo artículo 251 –nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero.

Conforme a tales normas penales podemos decir que los requisitos exigidos para la sanción de la doble venta como delito son los siguientes:

1.º Que haya existido una primera enajenación, como lo fue en el caso aquella primera venta realizada por documento privado el 31-3-1996, conforme bien razona la Sentencia recurrida.

2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación «antes de la definitiva transmisión al adquirente» (art. 251.2.º), es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. En el presente caso el primer contrato se hizo en documento privado, que como tal no pudo tener acceso al Registro de la Propiedad, de modo que no hubo una primera transmisión «definitiva», y por ello el acusado estaba en condiciones de volver a vender de nuevo, aunque fuera ilícitamente, a favor de otras personas, como en realidad hizo a través de esa escritura pública de 14-6-1996.

3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1473 CC. En el caso presente, adquirieron la propiedad de la gasolinera enajenada los que compraron en segundo lugar pero en escritura pública que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, resultando perjudicado el querellante en esa cifra de 4.599.815 ptas. que nadie ha discutido, que había pagado como parte del precio y como parte de un suministro de combustible para la continuación del funcionamiento de la gasolinera que había comprado.

4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio. Sobre este extremo razona también de modo correcto la Sentencia recurrida y a ello nos remitimos.

En estas figuras de estafa impropia del artículo 251 CP el engaño aparece implícito en cada una de ellas, como ocurre en estos casos de doble venta, en los cuales ese engaño se encuentra en la actitud de falsedad con que el autor de la enajenación se muestra en la segunda operación al ocultar que antes había realizado ya otra mediante la cual se había despojado de su titularidad, aunque, como aquí ocurrió, esa titularidad constase formalmente en el Registro de la Propiedad al que no pudo tener acceso el documento privado con el que se realizó la primera compraventa.

Un caso semejante al presente se contempla como delictivo en la Sentencia de esta Sala de 10-12-1999.

(Sentencia de 24 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 251.2

### *Estafa por disposición de inmueble ocultando las cargas: elementos*

Segundo. El delito por el que se ha condenado en la Sentencia recurrida aparece definido en el artículo 531.2 CP 1973, casi en los mismos términos antes y después de la modificación de 1983: «el que dispusiere de un bien como libre sabiendo que estaba gravado». En 1983 se añadió una segunda parte con el fin de abarcar todos aquellos supuestos engañosos de enajenaciones, gravámenes o arrendamientos múltiples e incompatibles entre sí, con mayor o menor fortuna, pues no es fácil tipificar en una norma penal esta clase de comportamientos.

Luego, el CP 1995 en su artículo 251.2.º le dio nueva redacción: «el que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma», añadiendo otro segundo apartado, con la misma finalidad ampliatoria antes referida y también con un nuevo texto. Vamos a estudiar a continuación cada uno de los elementos que conforman esta especial figura de estafa, que reúne todos los requisitos de la figura ordinaria (arts. 528 CP 1973 y 248.1 CP 1995), pero con las singularidades que se derivan de su tipificación por separado, y que son las siguientes:

Primer elemento: Ha de existir un bien gravado, sea mueble o inmueble, como ahora prevé expresamente el CP vigente en su artículo 251.2.º ya citado: aquí, sendas hipotecas.

Es conocida la amplitud con que la doctrina de esta Sala viene interpretando el concepto de gravamen que incluye, desde luego, los constitutivos de derechos reales que son el paradigma de las cargas requeridas para la existencia de este delito, y entre ellos en primer lugar la hipoteca como derecho real limitativo del dominio sobre bienes inmuebles. La inscripción en el Registro de la Propiedad, que

necesariamente acompaña a toda hipoteca (es un elemento formal constitutivo de la misma), no impide el que este delito pueda cometerse. Es claro que cuando, como aquí ocurrió, quien vende es una empresa dirigida por personas conocidas por su solvencia y seriedad en una ciudad pequeña como Cáceres, no hay desconfianza que incite a los adquirentes a acudir al registro público para comprobar si hay algún gravamen sobre el objeto que adquiere, máxime si se trata de una oferta de venta amplia con muchos adquirentes en que unos se fían de las gestiones que al respecto ya habrán hecho otros. En todo caso, incluso sin las circunstancias específicas del presente, antes expuestas, es claro que la posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para conocer la existencia del gravamen no impide la realización de este delito (SSTS de 13-10-1987, 12-11-1987, 5-10-1989, 23-1-1992, 4-9-1992, 29-1-1997, 18-3-1998, 26-5-1998, 24-7-1998, 5-11-1998 y 25-1-2000).

Segundo elemento: Sobre ese bien gravado ha de existir un acto de disposición (es evidente que a título oneroso), siendo también la compraventa el paradigma de esta clase de actos.

1. En el caso presente nos encontramos ante verdaderos contratos de compraventa, tanto en aquellos que se titularon así, como en los que se denominaron como promesa de venta.

La verdadera naturaleza de un contrato viene determinada, no por el nombre con que los contratantes lo puedan designar, sino por el contenido de sus cláusulas que son las que revelan la verdadera intención de las partes (art. 1281 CC). En estos casos no hubo un contrato que tuviera por objeto la celebración de otro posterior (contrato preliminar o preparatorio, precontrato o promesa de contrato), pues las partes no se obligaron a realizar después otro contrato con las bases antes fijadas (otra cosa es la elevación a escritura pública de un contrato redactado en documento privado), sino que establecieron en su texto escrito las obligaciones características de una verdadera y propia compraventa con determinación del precio que se paga en parte en el mismo acto y el resto por medio de letras que se aceptan también en esa ocasión, y asimismo con determinación del objeto que se vende con los datos necesarios para su identificación, aun cuando se tratara de una cosa futura, lo que está permitido en esta clase de contratos como unánimemente admite la doctrina. Precisamente el tratarse de compraventa de una cosa futura es lo que quizá motivara el que se hablara de promesa de compraventa y demás términos análogos que en los respectivos documentos se utilizan.

2. Pretenden los condenados recurrentes que no hubo acto de disposición, porque para la adquisición por parte de los compradores del objeto vendido sólo hubo título y faltó el modo (o tradición) necesario para la adquisición de los derechos reales conforme a la teoría del título y el modo a que se refieren los artículos 609 y 1095 CC.

Pese a que algunas Sentencias de esta Sala han acogido la tesis aquí patrocinada por estos recurrentes (otras prescinden de estos conceptos civiles para los efectos penales ahora examinados), entiende esta Sala que es claro que para la existencia del delito de estafa a que nos estamos refiriendo no es necesario que el acto de transmisión produzca efectos reales con la adquisición del derecho de propiedad por parte del comprador: basta con que produzca los efectos obligacionales propios de la compraventa que queda perfeccionada por el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio (arts. 1445 y 1450 CC). Lo que interesa para la estafa aquí estudiada es que, en calidad de obligado por el contrato de compraventa, en contraprestación a la obligación de entregar el objeto vendido, el comprador pagó una

cantidad de dinero. Como bien razona la Sentencia recurrida, cuando en estos casos el vendedor no ha entregado la cosa y por consiguiente el comprador no ha adquirido el derecho real de propiedad, el perjuicio producido es aún mayor para el sujeto pasivo quien, como aquí ocurrió, se vio privado de la totalidad de la cosa vendida por ejecución de la hipoteca ocultada. Por lo demás, nos remitimos a lo que sobre esa cuestión dice el mencionado apartado III del fundamento de derecho 1.º de la Sentencia recurrida.

Ciertamente en el caso hubo un acto de disposición («dispusiere» exige el art. 531.2 CP 1973): existieron unos verdaderos contratos de compraventa y la entrega o tradición de la cosa vendida no fue necesaria para que tal disposición existiera.

Tercer elemento: engaño. En ese contrato relativo a una cosa gravada se ha de disponer como libre, o, como de modo más expresivo dice ahora el artículo 251.2.º CP vigente, se ha de ocultar la carga o gravamen existente sobre la cosa de que se dispone. En el caso presente, en los diferentes contratos de compraventa de las plazas de garaje y trasteros se dice expresamente que se venden libres de cargas, cuando estaban hipotecados junto con las demás partes del inmueble en garantía de los préstamos que el Banco Español de Crédito había hecho sucesivamente en favor de la sociedad «Bujacosa», primero uno por importe de 980 millones de pesetas para adquisición del solar y luego otro por 3.874 millones destinados a pagar el valor del préstamo anterior y a satisfacer los gastos de la construcción junto con el dinero que la empresa iba adquiriendo con la venta de las viviendas, locales, plazas de garaje y trasteros.

Tal ocultación de gravamen a quien paga un precio calculado como si tal gravamen no existiera constituye el engaño propio de esta clase de estafa.

Lo que interesa es que, como de hecho se ocultó la hipoteca, el precio fue en realidad muy superior al que se habría acordado de haberse conocido que se adquiriría el inmueble con esa carga. Aquí radica el engaño: en esa ocultación de ese derecho real limitativo del dominio que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad y acompaña al objeto transmitido. No dicen los hechos probados el importe de la parte de hipoteca que gravaba a cada objeto vendido, pero en los contratos que la Sentencia recurrida llama de transacción, a los que luego nos referiremos, se valoran en 1.100.000 ptas. aproximadamente, cuando el precio de venta en casi todas las 110 compraventas que se relacionan en el apartado III de esos hechos probados fue de 1.500.000. Es decir, el valor de la hipoteca casi alcanzaba las tres cuartas partes de ese precio.

Cuarto elemento: Lo constituye el perjuicio que ha de existir en ésta como en las demás estafas, que en el caso presente se encuentra para cada uno de los afectados en ese valor de la parte de hipoteca que correspondía a cada uno de los trasteros y plazas de garaje antes mencionados, es decir, en ese 1.100.000 ptas. aproximadamente antes referido multiplicado por el número de perjudicados. Aunque, como después veremos, la cuantía de la responsabilidad civil ha de abarcar otros conceptos a fin de que queden reparados todos los que, por acontecimientos posteriores a la consumación del delito, recayeron sobre el patrimonio de los afectados en relación con los hechos aquí examinados.

Quinto elemento: Como en todas las estafas y en otros delitos de contenido patrimonial, ha de concurrir también un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, que exige una específica dirección en la intención del sujeto hacia un enriquecimiento propio o ajeno. Aquí no sólo existió ese ánimo de lucro, sino que

hubo un lucro efectivo, concretamente en la cuantía de la parte de hipoteca que gravaba cada uno de los objetos adquiridos en las mencionadas compraventas.

Sexto elemento: 1. Ha de estar presente el dolo, como requisito exigido en todos los delitos dolosos, integrado por la conciencia y voluntad en relación con los elementos objetivos del tipo, que son los cuatro primeros de la presente enumeración, elemento al que se alude expresamente en la norma penal aquí examinada, la del artículo 531.2, cuando se utiliza la palabra «sabiendo». Ha de conocer el sujeto activo que había un gravamen y que en su acto de disposición ocultó su existencia con el consiguiente perjuicio para los adquirentes. Y tal conocimiento aquí existió por parte de todos los condenados, particularmente en cuanto a la realidad del gravamen ocultado, tal y como lo dice la Sentencia recurrida.

2. En primer lugar hay que decir que el tema de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, entre los cuales se encuentra el dolo propio de los delitos dolosos, puede plantearse en casación por cualquiera de las dos vías utilizadas por la defensa de doña Ana M.<sup>a</sup> M. S.-B., la del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE (motivo 1.º), al tratarse de un hecho constitutivo de la infracción penal que ha de probarse por las partes acusadoras, prueba que ordinariamente ha de ser la de indicios o inferencias, o por la del artículo 849.1 LECrim (motivo 4.º) aduciendo la falta del correspondiente elemento del delito, pues por esta vía cabe también impugnar la inferencia realizada para su deducción.

3. La Sala de instancia no tuvo dudas en cuanto al conocimiento que tuvieron todos los acusados respecto de la existencia de la hipoteca y su extensión a los sótanos.

Hay una serie de datos completamente acreditados (art. 1249 CC), que todas las partes han admitido como ciertos, de los cuales cabe deducir el mencionado conocimiento porque existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC), con lo cual se puede afirmar que existe prueba de indicios al respecto, apta para destruir la presunción de inocencia según reiterada y conocida doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala a partir de las Sentencias 174 y 175, ambas de 1985, de 17 de diciembre del TC.

Hay que partir de un hecho fundamental: la inexistencia de capital propio de la sociedad constructora «Bujacos» para afrontar la compra del solar y las importantes obras que en el mismo habrían de realizarse: cuatro millones y medio de pesetas de capital inicial en 1974, ampliado en agosto de 1990, hasta sesenta y tres millones setecientos cincuenta mil pesetas. Tal estructura económica obligaba, como es habitual en estos casos, a obtener préstamos hipotecarios en las entidades bancarias. En el caso, como ya se ha dicho, fue Banesto el que concedió los préstamos primero, uno de novecientos ochenta millones para adquirir un solar que valía mil doscientos millones aproximadamente, y luego otro destinado a saldar el anterior y a la realización de las obras por importe de tres mil ochocientos setenta y cuatro millones con unos intereses elevados, superiores al dieciséis por ciento anual, los propios de aquella época.

La existencia de la mencionada hipoteca a repartir entre las diversas fincas, que habrían de constituirse luego como independientes (pisos, locales y plazas de garaje con trastero), constituía el elemento esencial, fundamento de toda la estructura financiera de la mencionada empresa constructora, que evidentemente no podían ignorar quienes a lo largo de los años en que se desarrolló la construcción del edificio y la venta de esas diferentes fincas dirigieron la empresa, los diferentes acu-

sados a los que luego nos referiremos con más detalle al tratar los problemas de la autoría del delito.

Y dada esa magnitud de la obra y esa carencia de medios económicos propios, es claro que la hipoteca tenía que referirse a la totalidad del edificio. El banco prestamista tenía que asegurar el cobro de lo que a «Bujacosa» prestó y no había razón alguna para excluir los sótanos, que eran un elemento importante en la edificación pues ocupaban cuatro plantas diferentes. Y todo esto ciertamente lo conocían los acusados, todos ellos, también Ana María, cuya Defensa alega aquí ignorancia sobre este punto.

En definitiva, de la importancia excepcional que tenía la hipoteca en el desarrollo del negocio de la construcción del edificio de «Plaza Europa», de la importancia que tenían las cuatro plantas de sótanos en tal edificio, y del relevante papel que cada uno de los condenados tuvo en dicho negocio, ha de inferirse que, cuando las ventas de las plazas de garaje y trasteros objeto del presente proceso se produjeron, quienes manejaban la empresa, todos ellos, conocían que lo que se vendió se encontraba gravado con la parte correspondiente de la mencionada hipoteca.

Así lo entendió la Audiencia Provincial de Cáceres y ello nos parece razonable.

Séptimo elemento: El sujeto activo del delito ha de ser quien tiene título suficiente para disponer del objeto gravado que se enajena (delito especial), en este caso «Bujacosa» que actuó a través de sus órganos directivos, los ahora condenados y recurrentes, cuestión que por su complejidad exige capítulo aparte, el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Para concluir con los problemas relacionados con la existencia del delito que nos ocupa, hemos de decir que con las razones antes expuestas rechazamos todos los motivos de los seis condenados recurrentes relativos a este tema, concretamente los siguientes:

Los motivos 1.º, 2.º y 3.º de los recursos de don Alonso R. M. y don Ángel S. C.

Los motivos 1.º, 3.º y 4.º (en parte) del recurso de doña Ana M.ª M. S.-B.

Los motivos 2.º, 3.º y 4.º de don Felicísimo M. M. y don Julio M. S.-B.

Y el motivo 1.º en su tercer apartado del recurso de casación por infracción de ley formulado por don Álvaro M. H.

Con relación a los motivos cuartos de los recursos de Julio y Felicísimo hay que aclarar que, aunque en los mismos se alegue como infringido el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, es lo cierto que el contenido de lo que en ellos se expone nada tiene que ver con el mencionado derecho fundamental. Baste añadir aquí que la realidad de las hipotecas, los múltiples contratos de compraventa en que tal gravamen se ocultó, y los cargos en «Bujacosa» que cada uno de los acusados tenían, hechos fundamentales en que se basa la condena ahora recurrida, aparecen acreditados por la profusa documentación unida a las actuaciones y por nadie han sido cuestionados.

Y con relación a los motivos primeros de Ángel S. y Alonso R., en cuanto que aparecen fundados en el núm. 2.º del artículo 849 LECrim, hay que decir aquí que el contenido de los documentos que se designan como promesa de venta –los 75 primeros de la relación que hace el hecho probado tercero– no contradice lo que relatan los hechos probados, pues en el apartado V de estos hechos probados se reconoce esa designación, pese a lo cual se interpreta, correctamente como ya se ha dicho, que nos encontramos ante verdaderos contratos de compraventa.

(Sentencia de 22 mayo 2000)

## ARTÍCULO 252

*No constituye apropiación indebida la mera prolongación del uso de vehículo entregado a comprador para que lo pruebe, recuperándose a los seis días aparcado en la vía: falta del animus rem sibi habendi*

Tercero. El motivo primero se articula a través del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal alegando que los hechos declarados probados no reflejan los elementos del delito puesto que falta el *animus rem sibi habendi*, es decir, el propósito de incorporar la cosa definitivamente al propio patrimonio privando de ella a su titular. El Ministerio Fiscal apoya el motivo al entender que no se desprende de lo sucedido más que un ánimo de utilización transitoria no equiparable al propósito de definitiva incorporación patrimonial.

El relato histórico de la Sentencia expresa que tras entrevistarse el acusado con el propietario de un vehículo en venta, éste le dejó las llaves del coche en determinado establecimiento para que pudiera el acusado probarlo antes de decidirse definitivamente por la compra. Señala también que el acusado se llevó el vehículo y no se puso en contacto con el vendedor, que lo recuperó seis días después cuando la Policía lo encontró en la vía pública debidamente estacionado. La Sala de instancia apreciando en esa posesión un fin de apropiación y de hacer suyo el vehículo al menos de forma transitoria, estima la comisión del delito del artículo 252 del Código Penal.

El motivo debe estimarse. En efecto: el delito de apropiación indebida además de una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto —dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble— recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, exige por un lado el cambio del *animus* sustentador de la posesión que de ser en concepto distinto al dueño reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y por otra parte un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades propias del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño.

En este caso no constan en la Sentencia datos objetivos que denoten una voluntad de hacer propia la cosa exteriorizada por actos concluyentes de arrogación de los poderes de dueño. Tanto si la posesión del vehículo se inscribe en un ámbito de tratos preliminares como si corresponde a la esfera de un comodato, se concedió la facultad de usarlo y probarlo, pero aparece que fuera transmutada en una disposición del vehículo o de alguna de sus partes, ni de una negativa a su entrega tras una exigencia de devolución que no consta se hiciera, ni tampoco un comportamiento de ocultación indicativo de un propósito de apropiación definitiva. Lo que existe es una continuidad o persistencia en la posesión que no por ser temporalmente excesiva denota necesariamente un comportamiento de hecho como si la cosa fuera propia.

En primer lugar porque el *factum* de la Sentencia no dice que se pactara una posesión por tiempo menor o hubiera un requerimiento de devolución que extinguiera el derecho a su uso.

En segundo lugar porque aunque así fuera, sea por haberse pactado expresamente o sea por exigirlo así la buena fe en cesión acordada para la sola comprobación del funcionamiento del automóvil, la continuidad de la tenencia sin

que haya constancia de una efectiva utilización del coche durante todo ese tiempo sólo representa la pura omisión del acto de su devolución. Esta omisión por sí misma, sin una negativa al reintegro, no pasa de ser en principio mero incumplimiento civil de la obligación nacida del título de entrega, esto es, un simple retraso o incumplimiento moratorio en la obligación salvo que tenga la duración suficiente para ser reveladora de un ánimo de apropiación, lo que no sucede en este caso.

Y en tercer lugar, porque una hipotética prolongación del uso efectivo del vehículo más allá de lo autorizado por el título posesorio, con ánimo abusivo de aprovechamiento temporal del mismo sin propósito de apropiación definitiva o permanente de la cosa constituye una apropiación con expropiación transitoria, es decir, una apropiación indebida de uso; figura de dudosa tipicidad y objeto de controversia doctrinal: mayoritariamente se rechaza su carácter típico por no ser compatible con el necesario y verdadero ánimo de apropiación, pero no faltan quienes supeditan la tipicidad a una apropiación del «valor» de la cosa, o de su «sustancia», o a una «duración» significativa, o a la apropiación de la «función»; o quienes conjugando varios criterios consideran típica la apropiación indebida de uso si el uso conlleva bien la expropiación de parte del valor de la cosa, bien una privación significativa, por su duración o trascendencia, de las facultades dominiales del propietario.

En cualquier caso aquí la duración no fue relevante, ni hubo disminución del valor, ni de sustancia, ni expropiación definitiva de ninguna función. Por consiguiente la sola prolongación del uso más allá de lo que el título posesorio permitiera, carece de relevancia como comportamiento típicamente apropiativo, y no trasciende la significación de un mero incumplimiento obligacional.

El motivo por lo expuesto debe ser estimado.

(Sentencia de 3 febrero 2000)

### *Apropiación indebida de premio de bingo compartido previo acuerdo; abuso de relaciones personales entre el defraudador y las víctimas*

Segundo. 1. En el motivo del mismo ordinal denuncia el error de derecho producido en la Sentencia por la indebida aplicación, a los hechos probados del artículo 252 del Código penal. Argumenta que el título por el que se recibe el dinero es el cartón premiado que era poseído por la recurrente María Luisa, única persona que podía cobrarlo, pues el premio se abona contra la presentación del cartón premiado.

2. La estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos: *a)* que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro; *b)* que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo

aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver» (SSTS de 31-5-1993, 1-7-1997); *c*) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquel para el que fue entregada; y *d*) que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

Estos elementos concurren en el hecho declarado probado. Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, en su informe impugnando el recurso, por encima del tratamiento reglamentario del juego del bingo, definiendo el título y los requisitos de su canje por el premio pactado, existió un acuerdo de voluntades, y así se declara probado, por el que la recurrente devenía en tenedora del cheque, librado a nombre de otra jugadora, y a disposición de las tres, para canjearlo bien por el dinero que se incorporaba al cheque, bien para su cambio en tres cheques. Existía una obligación pactada de repartir, en este sentido devolver, el dinero incorporado al cheque del que la recurrente, con la cooperación del otro recurrente, se apropió, esto es, hizo suyo en lugar de cumplir con las obligaciones de reparto asumidas.

La subsunción de los hechos probados en el tipo penal de la apropiación indebida es correcta y ningún error resulta acreditado por lo que el motivo se desestima.

Tercero. En el tercer motivo, también formalizado por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del artículo 250.1.7 del Código Penal, la agravación derivada de su comisión con abuso de relaciones personales, afirmando que esta agravación es inherente al delito de apropiación indebida. Con cita jurisprudencial y doctrinal destaca la vulneración del principio *non bis in idem* al aplicar el tipo penal de la apropiación indebida y la agravante específica del abuso de relaciones personales, al contemplar desde una doble norma jurídica un mismo hecho, el abuso de confianza.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida 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 11-10-1995, 4-10-1996, 21-4-1999, por todas en sentido análogo). 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 de 28-6-1989).

Pero 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, 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» (STS de 3-1-2000).

La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva, un *plus* que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza de la apropiación indebida.

En el supuesto objeto de la censura casacional, la relación de amistad existente entre las perjudicadas y una de las autoras de la apropiación, a la que se ha aplicado el tipo agravado, fue, precisamente, la que generó la relación de confianza de la dinámica comisiva de la apropiación, por lo que no es de aplicación la agravación aplicada en la Sentencia y el motivo debe ser estimado, sin que esa relación de amistad integre el presupuesto de la agravación, sin perjuicio de que el tribunal de instancia, atendiendo precisamente a esa amistad la tenga en cuenta en la individualización de la pena.

La atenuación de este motivo, referido sólo a la recurrente, supone la modificación de la pena estimándose proporcionada a los hechos la de 2 años y seis meses de prisión y multa de seis meses, pena impuesta al otro recurrente al que no se aplica la agravación cuya penalidad no ha sido discutida y que se considera proporcionada a los hechos dada la dinámica comisiva declarada probada con especial afectación de las relaciones personales de amistad existente entre los intervinientes en el hecho.

(Sentencia de 28 abril 2000)

*La apropiación indebida no requiere el enriquecimiento del sujeto activo, sino el perjuicio del pasivo, siendo irrelevante el destino dado al dinero distraído*

Reiteradamente nuestros precedentes han puesto de manifiesto que el delito del artículo 535 CP 1973 (igual al art. 252 CP 1995) no requiere enriquecimiento del sujeto activo sino perjuicio del sujeto pasivo. Ello rige tanto en el supuesto de apropiación de cosas, donde se requiere sólo el *animus rem sibi habendi*, como en el de administración desleal consistente en la distracción de dinero. Por lo tanto carece de toda significación que el acusado haya desviado el dinero al pago de deudas de la empresa que administraba, toda vez que, de todos modos, el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo resultaba precisamente de que su mandatario no le entregó el dinero recibido para él.

Por otra parte, el destino dado al dinero distraído es también irrelevante a los efectos del elemento subjetivo del delito y también lo sería si entendiera que el tipo

contenido en los artículos 535 CP 1973 y 252 CP 1995 exige que el autor obre con *animus rem sibi habendi*. En efecto, el propósito de tener el dinero para sí sería de apreciar aunque el autor sólo persiguiera una tenencia transitoria, como ocurre en todos los casos, como el presente, en los que no se comprueba un enriquecimiento personal definitivo del autor sino sólo una disposición antijurídica del dinero administrado (cfr. STS de 26 de febrero de 1998).

(Sentencia de 12 de julio de 2000)

### *Diferencias de la apropiación indebida con el hurto: elementos esenciales*

Quinto. Pues bien, partiendo de tales componentes operativos y funciones desempeñadas por la acusada, el Tribunal de Instancia –después de referir sintéticamente las diversas variantes doctrinales y jurisprudenciales que servirían para calificar los hechos–, decide que «siendo una “cuestión” abierta dado que la Jurisprudencia sigue manejando los postulados clásicos con las aportaciones normativistas descritas y en la doctrina ninguna de las formulaciones ha conseguido ser mayoritaria. El criterio ecléctico de atención a la naturaleza de la relación de hecho que el sujeto activo tiene con la cosa, sin olvidar (aspecto normativo) el título en virtud del cual se posee, con atención asimismo a la Jurisprudencia del TS, sirve de base a la decisión que en esta resolución se adopta, esto es, de considerar que nos hallamos ante un delito de hurto». Al efecto se citan los que, desde antiguo, se venían considerando casos límite los de los llamados servidores de la posesión. Éstos no poseen para sí sino para otros, para los dueños de las cosas muebles. Mantienen una situación de proximidad física con la cosa, incluso de detentación temporal, pero tal relación no llega a configurar una verdadera posesión, y no es, desde luego, un título de los que producen obligación de entregar o devolver, porque no son títulos posesorios, reseñando los supuestos que, a título ejemplificador, describe la Sentencia de 31-5-1993 (caso «D») para terminar afirmando que el caso de autos es idéntico a los que, ejemplificativamente, el Tribunal Supremo enumera como constitutivos de hurto: la señora Ll. no recibe ni posee con obligación de entregar o devolver, sino que, por razón de su trabajo, tiene contacto con el dinero de la sucursal, con la finalidad de dar el destino laboralmente asignado a las cantidades que maneja (criterio jurisprudencial). Éstas no las posee con carácter autónomo sino momentáneamente en función exclusiva de su destino. Toda ulterior posición supone un quebrantamiento de la custodia (criterio de la doctrina alemana), e implica la consumación del delito de hurto y no el de apropiación indebida, ya que para aquél basta la mera disponibilidad que se produce con cualquier detentación al margen de las laboralmente admitidas, en tanto que para la apropiación precisa una decisión ulterior de conversión en propiedad de la posesión, posesión de la que –como se viene razonando– carecía.

Sexto. Planteada así la cuestión, no cabe duda que en la oferta dialéctica que presentan ambas tesis enfrentadas aparecen en cada una de ellas razonables dosis de aceptación. Tanto es así que no puede considerarse pacífica la praxis jurisprudencial al respecto aunque sí ofrece connotaciones constantes que permiten mantener asertos de unanimidad como referentes con los que establecer criterios ge-

neralizantes, aun cuando no axiomáticos, dadas las específicas peculiaridades de cada caso.

Viene a cuento tal reflexión porque en definitiva ella resume el propio debate interno de quienes tienen que resolver jurisdiccionalmente el supuesto ahora contemplado desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica en la que concurren fundados posicionamientos doctrinales más que pragmáticas realidades.

En todo caso, sí conviene destacar que los criterios simplistas de diferenciación de la apropiación indebida y del hurto y a cuya virtud –según Sentencias de 28-4-1986 y 13-2-1989– en la apropiación indebida el agente se apropia de cosas ajenas que se hallan en su poder en virtud de uno de los títulos posesorios aludidos expresamente en el artículo 535, hoy 252, depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido y en el hurto, el culpable toma y se apodera de lo que otro posee, mientras que en la apropiación indebida aquél se adueña o dispone de lo que el mismo posee por haberlo recibido del propietario, han quedado mermadas, no sólo con aportaciones doctrinales o matizaciones jurisprudenciales posteriores producto de una praxis nacida de la reforma del Código Penal de 1983 y la fagocitación que del delito de hurto por parte del de apropiación indebida (al desaparecer el abuso de confianza como componente agravatorio del primero) supuso dicha reforma legal. Así lo destacó ya una Sentencia de 13-10-1987. Sin embargo una constante de dicha evolución se reconduce a lo largo de una larga línea jurisprudencial –de la que son exponentes, las Sentencias de 19-12-1988, 16-6-1992, 11-10-1995, 20-6-1997, 1-7-1997, 27-11-1998 y 12-5-2000– en la que permanentemente se destaca:

a) por un lado, una dualidad operativa en el delito de apropiación indebida. De ahí que se reafirme en las resoluciones citadas:

«La doctrina de esta Sala ha establecido reiteradamente que en el delito de apropiación indebida el título por el que se recibe la cosa ha de originar una obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario y ha precisado que los títulos que el precepto relaciona (depósito, comisión y administración) no son un *numerus clausus*, como claramente se verifica al incluir una fórmula abierta que extiende el ámbito del tipo a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver (por todas STS de 27 de noviembre de 1998). Por eso el delito se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquéllos le fueran entregados. De ahí que, cronológicamente, existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si, con ánimo de lucro, se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión. La fórmula amplia y abierta del artículo 535 del Código (hoy 252), permite incluir en el tipo, además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas. En este sentido, distínguense los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellos en los que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado».

y b) Por otro, que subyace en las conductas típicas como apropiación indebida (SSTS de 19-12-1988, 16-6-1992, 21-5-1993, 19-10-1996 y 20-2-1998) el quebranto de una situación de lealtad inicial asumida o, en definitiva, un abuso de confianza que normalmente está ausente en el hurto típico. De ahí que en la citada Sentencia de 12-5-2000 se reafirma como resumen ejemplar de todas ellas que:

«El ánimo de lucro implica cualquier ventaja o utilidad a obtener. Se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebrantamiento de la lealtad debida, lealtad manifiestamente resquebrajada porque el acusado o los acusados abusando de esa confianza, distorsionan ilegítimamente las justas expectativas que el propietario demandaba en favor de aquello que le pertenecía (STS de 20 de febrero de 1998).

Por lo demás, la diferencia con el delito de hurto no sólo radica en la concurrencia del elemento de la defraudación por el sujeto activo de la confianza, o al menos de la buena fe, que el propietario del dinero o de la cosa deposita en el autor del hecho. También en que la esencia de la apropiación está en el ataque a la propiedad del dueño, puesto que la posesión de la *res furtiva* ya la tenía el acusado, en tanto que el hurto ataca a la vez y de modo pleno ambas facultades dominicales –posesión y propiedad–, de modo que bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el *accipiens* para tipificar el hecho como apropiación y no como hurto (STS de 18 de mayo de 1994)».

Existe, pues en la apropiación un componente de deslealtad o «incumplimiento del encargo» –mandato o instrucciones recibidas– que, a la vez de soportarse en un criterio objetivo y abierto de manejo y disposición de los bienes, lleva unido el quebrantamiento del abuso de confianza que el acto de distracción o disposición espuria intrínsecamente lleva consigo y, sin embargo, no se aprecia en el hurto.

El artículo 535 derogado y su equivalente en el Nuevo Código, artículo 252 no sólo contienen el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también y en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal de alcance limitado que se comete cuando el encargado del depósito, administración o gestión perjudica clamorosamente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para darles el destino previsto por aquél, las desvía para otras finalidades o se las apropia distrayendo el dinero de cualquier forma. No olvidemos –así lo recuerda la Sentencia de 27-11-1998– que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

Séptimo. Pues bien, a la vista de dichos parámetros, el supuesto sometido a nuestra consideración merece la calificación de apropiación indebida. El manejo de los fondos de los que estaba encargada la acusada como cajera de una oficina principal de una importante institución financiera en una gran ciudad por sus específicas facultades y connotaciones operativas –prácticamente de rango institucional o de trascendente importancia en la diaria operativa bancaria– supera en exceso el rango puramente burocrático, laboral o de escasa entidad y pasa a convertirse en una estable función de confianza que apareja, además del específico encargo del principal para la recepción, trasiego y destino final del bien fungi-

ble en que el dinero consiste, una intensidad, seguridad y permanencia posesoria en su custodia y disponibilidad para dirigir sus destinos que encaja en la fórmula abierta que acogen los precitados preceptos sustantivos.

Ambos presupuestos, si se unen a que –como bien destaca la entidad recurrente– el título de legitimación que ostentaba la acusada proviene *ab initio* precisamente de su cargo en el Banco, a quien representa cuando recibe o dispone de la suma dineraria (y en tal modo representa a la entidad que hasta está facultada para estampar el sello de «recibí» en nombre de la compañía) y que dicho dinero aquella –la acusada como cajera– habría de entregarlo ya al banco o al cliente, determinan que su actividad es la de una depositaria temporal hasta la rendición de cuentas a sus superiores jerárquicos, confeccionando el estadillo diario y el cuadro de caja, lo que permite calificarla como poseedora de las sumas económicas, en tanto que, representando al Banco, poseía un dinero ajeno que ella era la encargada de velar y conservar, dado que le había sido entregado en razón de confianza que el Banco había depositado en ella para su administración con independencia de las peculiaridades de gestión que implicaba su actividad laboral.

(Sentencia de 21 julio 2000)

### *Clases de apropiación indebida: apropiación indebida de cosas muebles y gestión desleal del administrador*

Segundo. 1.–Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim se denuncia la indebida aplicación del artículo 535, en relación con los artículos 528 y 69 bis, del CP 1973, basándose en que no se dan los elementos típicos del delito de apropiación indebida hasta el punto de que la propia Audiencia admitió la posibilidad de plantearse la disyuntiva de ser los hechos constitutivos de un delito de estafa.

2.–El esfuerzo dialéctico que se despliega no puede prosperar ante la inalterada realidad del *factum*, en el que se afirma que las cantidades de abono que había que disolver en agua en determinadas proporciones, no coincidían con las verdaderas en realidad en el tanque «beneficiándose el acusado con la diferencia que hacía suya»; también se afirma que la diferencia entre los abonos que debían recibirse en la finca con los recibidos realmente era conocida y aceptada por el acusado, «que lo ocultaba a sus principales en beneficio propio».

Tales expresiones fácticas reclaman con toda claridad la subsunción de los hechos en la apropiación indebida tipificada en el artículo 535 del CP 1973, y ahora en el 252 del Código vigente, sin que sea obstáculo para ello que en el fundamento primero de la Sentencia, como alega el recurrente, se haga alusión a la falta de sacos de abono, pero ignorándose si fue acompañada o no de efectiva disposición de las mismas en propio beneficio del acusado o, por el contrario, se trató de buscar una disposición patrimonial bajo el engaño de haber recibido más mercancía de la realmente entregada en la finca, pero lo cierto es, como se precisa en el propio fundamento, que «existió verdadera apropiación en cuanto a la cantidad de producto recibida y no empleada en el cultivo de la finca», reafirmando la Sala en la calificación de apropiación indebida rechazando que además los hechos fueron constitutivos de un delito de estafa o, alternativamente, de hurto, como había pretendido la acusación particular.

3.-La calificación jurídico-penal de la Sala es plenamente acertada. Los actos de administración fraudulenta no se producen, por lo general, en virtud de una inicial, previa e intencionada maniobra engañosa sino por el ulterior, consciente e interesado quebrantamiento *a posteriori* de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo, lo que impide su inclusión en el delito de estafa –por ser el engaño su indiscutible elemento nuclear, sobre todo a raíz de la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio– pero los hace subsumibles, sin duda alguna, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, en el llamado «tipo de infidelidad», lo que permite afirmar hoy, como con reiteración ha declarado esta Sala, 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 distrayendo 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 224/1998, de 26 de febrero 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 (en el mismo sentido SSTs de 3 de abril y 17 de octubre de 1998).

En la apropiación indebida, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 27 de julio de 2000, existe «un componente de deslealtad o «incumplimiento del encargo» –mandato o instrucciones recibidas– que, a la vez de soportarse en un criterio objetivo y abierto de manejo y disposición de los bienes, lleva unido el quebrantamiento del abono de confianza que el acto de distracción o disposición espuria intrínsecamente lleva consigo y, sin embargo, no se aprecia el hurto». El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 21 noviembre 2000)

### *Concurso de leyes entre delito de apropiación indebida y delito societario: principio de alternatividad*

Segundo. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim aduce la falta de aplicación del artículo 295

del Código Penal de 1995, que el recurrente estima aplicable conforme al principio de especialidad.

La norma penal referida no se encontraba en vigor en el momento de comisión de los hechos objeto de acusación (1991 y 1992), por lo que éstos han sido correctamente enjuiciados conforme al Código Penal vigente en el momento en que se ejecutaron las acciones delictivas (art. 7.º del Código Penal de 1995). Sólo en el supuesto de que las normas penales posteriores fuesen más favorables para el reo podría interesarse la aplicación transitoria primera del nuevo Código), lo que en principio no sucede en el caso actual pues la pena privativa de libertad impuesta por el delito de apropiación indebida conforme a los artículos 535, en relación con el artículo 528 y 529.7.º del Código Penal 1973, también es imponible con arreglo al Nuevo Código (art. 252 en relación con el art. 250 del Código Penal 1995).

Por otra parte aun en el supuesto de aplicación retroactiva del Código Penal 1995 no procedería, en ningún caso, la aplicación del artículo 295 con preferencia al 252, pues en la resolución del concurso normativo entre ambos tipos no procede la aplicación del principio de especialidad sino el de alternatividad, como ya ha establecido esta Sala con anterioridad (STS 26-2-1998).

Como ha señalado la doctrina, en los supuestos de especialidad del delito principal y el especial se comportan como círculos concéntricos en el que el menor o especial está comprendido íntegramente en el círculo mayor o tipo general, de manera que todos los elementos integradores del tipo especial cumplen la hipótesis típica del tipo general, es decir se encuentran comprendidos en él, aun cuando concurra además algún elemento típico adicional; por el contrario en los delitos que se encuentran en relación de alternatividad, la imagen correspondiente es la de círculos secantes, que tienen una zona común en la que los comportamientos delictivos satisfacen ambas hipótesis típicas, pero que también tienen zonas exclusivas, en las que los comportamientos únicamente satisfacen la hipótesis típica de uno de ellos pero no del alternativo.

Ésta es precisamente la situación que concurre entre el tipo delictivo de apropiación indebida del artículo 252 y el de administración desleal del artículo 295, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en el segundo comportamientos, como la disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. La relación entre ambos tipos es la de alternatividad y no de especialidad, lo cual resulta, además, coherente con el dato evidente de que no se aprecian razones que pudiesen explicar un tratamiento injustificadamente privilegiado para los delitos de apropiación indebida cometidos en el ámbito de la administración societaria.

(Sentencia de 15 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 257

### *Alzamiento de bienes: doctrina general*

Segundo. El delito de alzamiento de bienes aparecía sucintamente definido en el artículo 519 del CP anterior. Ahora se encuentra regulado con una mayor ex-

tensión en los artículos 257 y 258 del CP vigente. Sin embargo, en ambas regulaciones, obedece a la misma finalidad: la necesidad de mantener íntegro el patrimonio del deudor como garantía universal en beneficio de sus acreedores (art. 1911 del Código Civil).

Pese a la mencionada mayor extensión de su regulación actual, las diversas figuras de este delito que aparecen recogidas en tales artículos 257 y 258 responden a la definición que nos daba el artículo 519 del CP anterior y que ahora recoge el núm. 1 del apartado 1 del artículo 257 CP actual que sanciona al «que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores».

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentra dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores» que utiliza el mencionado artículo 257.1.1.º ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias: 1.ª Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.ª La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.ª Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal al incluir

todos ellos el mismo capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al CP 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (SSTS de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (STS de 4-5-1989), ni menos aun que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia del delito del artículo 257.1.1.º.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal, salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

(Sentencia de 27 abril 2000)

*Alzamiento de bienes: requisitos. Aplicación a abogado que diseña operaciones para que terceros hagan desaparecer bienes que sí tienen la condición de comerciante*

Segundo. (...) Acudiendo a los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala podemos afirmar que confluyen todos ellos: *a)* Preexistencia de una relación jurídica obligacional de la que se deriva la presencia de una o varias deudas reales, generalmente vencidas y líquidas y exigibles. Del relato fáctico se desprende que, ambos acusados, como titulares y administradores únicos de las sociedades constituidas, habían contraído, con una entidad bancaria, una serie de deudas derivadas de diversos contratos de crédito y descuento. El saldo total deudor ascendía a más de treinta y cinco millones de pesetas. *b)* La materialización de la ocultación o disipación del patrimonio que responde de las deudas, merced a la actividad desplegada por el deudor o deudores, actividad que, como dice la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1992, puede adoptar numerosas formas no todas ellas previstas o encajables en las relaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento ya que, lo verdaderamente efectivo, es la desaparición material o jurídica de los bienes, que abandonan el patrimonio del deudor colocándole en una situación de insolvencia real y efectiva, al no existir bienes susceptibles de ser sometidos a la acción de los acreedores. La Sentencia recurrida, después de relatar las maniobras realizadas para extinguir las sociedades deudoras y crear otra nueva, declara que los acusados transfirieron materialmente a esta última sociedad, las materias primas, máquinas e instrumentos de su propiedad, así como la mayor parte de sus empleados, los cuales continuaron prestando servicios para la nueva sociedad. *c)* Situación de insolvencia total o parcial, real o aparente del deudor que sea consecuencia o efecto de las maniobras elusivas o fraudulentas, haciéndose inefectivos los derechos de los acreedores, al derivar estériles el ejercicio de sus normales pretensiones de cobro. Como dato final, la Sentencia recurrida nos dice que la entidad bancaria no ha percibido parte alguna de su crédito, habiendo desaparecido la nueva empresa y no constando el paradero de sus bienes. *d)* Como elemento vitalizador del injusto se requiere un ánimo o propósito delictivo encaminado a defraudar a los acreedores, eludiendo el pago o cumplimiento de sus obligaciones merced a la desposesión de sus bienes, ocultándolos, enajenándolos o haciéndolos desaparecer, mediante actos o negocios jurídicos fingidos que denotan el elemento subjetivo del tipo exigido por el principio de culpabilidad. El elemento subjetivo o tendencial aflora con facilidad, a través del examen y análisis de todos los elementos objetivos que constan incorporados al hecho probado. Todas las maniobras fraudulentas que se han descrito con anterioridad, nos llevan a concluir, del mismo modo que ha hecho la Sala sentenciadora, que el propósito que animaba a los recurrentes era el de eludir el pago de la deuda contraída con la entidad bancaria. Admitiendo en principio la situación material de las empresas originarias y la grave crisis por la que atravesaban, tal como reconoce el hecho probado y admitiendo que, en teoría, una de las soluciones posibles pasaba por mantener los puestos de trabajo, lo cierto es que resulta injustificable que los recurrentes no hubieran informado de este propósito a la entidad bancaria acreedora para que, si lo estimaba factible, hubiera incluso proporcionado su asentimiento a la operación si con ello contribuía a salvar la crisis existente. A pesar de las protestas de las partes recurrentes, no existe el más mínimo dato que avale su afirma-

ción de que avisaron a los acreedores y además concurren elementos, como el de la creación de una sociedad en la que sus verdaderos gestores y administradores permanecían en la sombra, que denotan inequívocamente un propósito fraudulento tal como ha apreciado la Sentencia recurrida. Por otro lado, se cierra el círculo de las valoraciones sobre el elemento subjetivo, al existir un dato complementario de carácter fáctico que avala esta conclusión, como es el relativo a que, en ningún momento, las sociedades extinguidas abrieron un proceso de liquidación acudiendo a los instrumentos jurídicos previstos para estas situaciones.

(...)

Quinto. (...) 1. El motivo se formula con carácter subsidiario de los dos anteriores y para el caso de que no prosperasen y admite, como no podía ser de otra forma, el contenido del hecho probado. En consecuencia estima que su actividad se limitó a proporcionar sus consejos profesionales como abogado especializado en quiebras y suspensiones de pago. Señala que, en el primero de los fundamentos de derecho, se califican los hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del anterior Código Penal estableciendo que se aplica el subtipo agravado dada la condición de comerciantes de los autores directos. En el segundo fundamento de derecho, se considera al recurrente cooperador necesario del artículo 14.3 del anterior Código Penal. Señala que la propia Sentencia declara que el acusado es abogado de profesión y que, por esta condición, intervino en los hechos objeto de enjuiciamiento, por lo que resulta obvio que no ostenta la condición de comerciante. Reconoce que existe una línea jurisprudencial uniforme, que entronca con la polémica suscitada en torno al parricidio, en la que se rompe el título de imputación, no ya por la aplicación inmediata del anterior artículo 60 del Código Penal, sino porque su espíritu puede trasladarse analógicamente, en favor del reo, a los supuestos en que la agravante es específica y no generalizada.

2. El artículo 519 del Código Penal derogado establecía una pena mínima de arresto mayor, para el supuesto de alzamiento de bienes que pudiéramos denominar básico, es decir, el cometido por cualquier deudor en perjuicio de sus acreedores. Paralelamente contemplaba una pena de prisión menor, cuando el hecho fuera realizado por un comerciante, matriculado o no. El vigente Código Penal dispone, en el artículo 257.1.1.<sup>a</sup>, que comete este delito el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, sin hacer especificaciones o matices en función de la condición de comerciante del sujeto activo, si bien esta circunstancia podría tenerse en cuenta, cuando fuera relevante, a la hora de individualizar la pena.

La jurisprudencia tradicional venía considerando mayoritariamente que, al amparo del artículo 60 del Código Penal de 1973, las circunstancias agravantes que consistieren en la disposición moral de delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo servirán para agravar la responsabilidad de aquellos culpables en quienes concurren. El artículo 65 del Código vigente reproduce íntegramente la redacción anterior, por lo que no existen bases para establecer un cambio de jurisprudencia.

Aunque no existe obstáculo alguno para estimar la participación de un extraño en un delito especial propio, como es el alzamiento de bienes de los comerciantes, ello no lleva automáticamente a trasvasar los efectos punitivos específicos previstos para el autor material o directo, a todos los que concurren a la realización del hecho con aportaciones de colaboración o coparticipación. Los efectos agravatorios sólo pueden anudarse a las conductas realizadas por el sujeto material y directo del

acto típico y sólo en el caso de que esta condición concorra además en los copartícipes, se puede extender la agravación de la pena.

Esta doctrina se ha recogido en varias Sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 26 de junio de 1992 que, al contemplar un supuesto de coparticipación en un delito de alzamiento de bienes, declara que los cuatro cooperadores necesarios se hacen acreedores a la condena, al igual que los otros dos coautores por participación directa. Ahora bien, la doctrina de esta Sala ha declarado que no puede hacerse extensivo el carácter de comerciante a todos los que hayan coparticipado en los hechos, sino solamente a los que ostentan el «status» de comerciante, que es a los que se les puede reprochar un *plus* de culpabilidad, por existir una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

(Sentencia de 16 junio 2000)

### *Alzamiento de bienes para dificultar o impedir el embargo: requisitos*

Único. (...) 3. El delito de alzamiento de bienes en el nuevo Código Penal, mantiene en parte la estructura tradicional en cuanto al tipo básico que contempla la conducta del deudor que huye con sus bienes o que realiza cualquier acto de disposición sobre los mismos con el fin de sustraerlos a los derechos que puedan ejercitar sus acreedores. El artículo 257 del nuevo Código Penal describe todos los supuestos que pueden encuadrarse en el alzamiento de bienes y perfila, con más nitidez, algunos aspectos que habían sido omitidos en la redacción anterior y que habían dado lugar a disparidad de criterios interpretativos en la doctrina y en la jurisprudencia.

El artículo 257.1.2.º del Código vigente define como conducta punible cualquier maniobra del deudor encaminada a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo realizada con la finalidad de perjudicar a sus acreedores. A la vista de su texto podemos establecer que esta modalidad delictiva queda consumada cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Existencia previa de una obligación contraída válidamente que coloca al deudor en situación de tener que hacer frente a las obligaciones asumidas. En este punto, tenemos que advertir que ha sido superada la antigua discusión sobre la naturaleza y exigibilidad de la obligación, ya que el actual artículo 257.2 del Código Penal establece, de forma terminante e inequívoca, que el tipo penal entra en juego cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica pública o privada.

b) Que se trate, en todo caso, de obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente de ser exigidas mediante el embargo o procedimiento ejecutivo de apremio. Sólo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar.

c) Nos encontramos ante un delito de mera actividad y no de resultado, en cuanto que la consumación se produce por el hecho de realizar el acto de disposición con el fin de dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo o de un

procedimiento ejecutivo o de apremio, independientemente del resultado final de estos impedimentos o trabas.

d) Se exige además como elemento subjetivo del injusto, la intencionalidad o voluntad de actuar movido por el ánimo de perjudicar a los acreedores, siendo indiferente que se trate de uno o de varios.

4.-El recurrente ha recorrido, uno a uno, todos los tramos o requisitos que hemos anteriormente esquematizado. En primer lugar, había contraído la obligación legal de satisfacer las pensiones señaladas a sus hijos en el procedimiento de divorcio. Conocía no sólo la existencia de la deuda, sino también la puesta en marcha del procedimiento de hacerla efectiva por la vía previa del embargo, ya que el hecho probado nos dice, sin lugar a dudas, que la diligencia mencionada le había sido oportunamente notificada, por lo que conocía, no sólo la decisión judicial sino también las fechas en que se iba a llevar a cabo. La retirada de los fondos, dejando un saldo prácticamente inexistente, constituye una maniobra destinada a hacer ineficaz la medida judicial de embargo, como paso previo necesario para la ejecución posterior de la deuda.

A estos efectos resulta indiferente que el acusado, una vez iniciado el procedimiento penal, hiciera pagos parciales que, en ningún caso, cubren la totalidad de la deuda, ya que como hemos dicho el delito se había consumado por la realización de las maniobras impeditivas u obstativas de la eficacia del embargo. También carece de trascendencia el hecho de que el acusado pusiera de manifiesto que existían otros bienes, como un automóvil, sobre el que se podía haber hecho efectiva la deuda, ya que ello no elimina la acción típica ya reseñada y, por otro lado, no podemos olvidar que esta circunstancia no ha sido reflejada en el hecho probado.

(Sentencia de 14 octubre 2000)

### *Diferencias entre alzamiento de bienes y estafa: relación concursal*

Segundo. (...) Dado que los acusados han sido condenados por un delito de alzamiento de bienes y otro de estafa en grado de tentativa, el problema de fondo que se suscita es el de la relación concursal entre ambos, sobre el que se puede afirmar en principio que la diferencia estriba en que en el alzamiento de bienes la cuestión se plantea entre el acreedor y el deudor, disponiendo ilícitamente el sujeto activo de su patrimonio, con lo que se ataca el derecho de aquél a satisfacer su crédito con la totalidad del patrimonio del deudor (art. 1911 del Código Civil). Mientras que en la estafa, auténtico delito de apoderamiento, el autor lo que pretende es incrementar su patrimonio a costa del perjudicado, consiguiendo a su favor una transmisión de bienes ajenos.

(...)

Cuarto. Aplicando la doctrina antes expuesta a estos hechos, resulta como dice acertadamente el Fiscal en su Informe, que el desplazamiento patrimonial desde el Banco al acusado Juan J. se produjo lícita y regularmente al concedérsele el crédito, y el perjuicio a la entidad bancaria al efectuar aquél las reseñadas transmisiones; por lo que la tercería de dominio promovida por Juan Carlos no consti-

tuye un nuevo engaño y un nuevo perjuicio, sino el agotamiento del delito de alzamiento de bienes ya consumado desde que los bienes salieron del patrimonio del deudor.

Por ello los hechos descritos en el apartado segundo de la narración fáctica de la Sentencia de instancia, que han determinado la aplicación del delito de estafa en grado de tentativa, quedan consumidos en los del apartado primero, calificados como delito de alzamiento de bienes, dada la forma en que tales hechos se han desarrollado en el caso de autos.

(Sentencia de 14 noviembre 2000)

*Alzamiento de bienes: doctrina general; significado de «en perjuicio de sus acreedores»*

Segundo. El delito de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia recientes el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.

Como recuerda la Sentencia de 27 de abril de 2000, que resume acertadamente la doctrina de esta Sala sobre el tipo delictivo analizado, una vez superado el concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad el alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores» que utilizaba el artículo 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1.º del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un

perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión así entendida se deducen tres consecuencias:

1.<sup>a</sup> Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran líquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.<sup>a</sup> La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.<sup>a</sup> Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión *insolvencia* y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de *insolvencias punibles*, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal de 1995 al incluir todos ellos en el mismo capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al Código Penal de 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una *insolvencia real y efectiva*, sino una *verdadera ocultación o sustracción de bienes* que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la *insolvencia* como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos *total o parcial, real o ficticia* (Sentencias de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (Sentencia de 4-5-1989), ni menos aun que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir que lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario acreditar ningún otro requisito para la existencia del delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos de activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio (STS de 27 de abril 2000).

(Sentencia de 26 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 263

*El delito de daños es un tipo residual o subsidiario (precepto general) respecto a otros delitos que recogen daños específicos como el de incendio del artículo 351 (precepto especial) frente al cual cede su aplicación ex artículo 8.1.a CP*

Segundo. (...) El delito tipificado en el artículo 263 del Código Penal se refiere a la causación dolosa de daños en propiedad ajena, pero en la redacción de ese artículo se impone una reserva para su aplicación y es que esa causación de daños no se comprenda en otro título del mismo Código, con lo que se evidencia que constituye un tipo delictivo residual o subsidiario, de aplicación tan sólo cuando los hechos no tengan encaje en otra figura delictiva que esté recogida en otro título del Código. No se opone esta solución al criterio que, con carácter general, se establece en el número 1.º del artículo 8 del mismo cuerpo legal, para el caso de que un hecho sea susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, y que consiste en aplicar preferentemente el precepto especial antes que el general. Lo que es evidente es que, antes de acudir al tipo general de daños que en el artículo 263 se expresa, habrá de comprobarse si los hechos encajan en otro tipo más especial recogido en otro título del mismo Código. Este caso se encuentra en tal situación y se observa que encaja en el delito de incendio del artículo 351 y en distinto título, el XVII del libro segundo, que agrupa los delitos contra la seguridad colectiva y que se singulariza porque los daños se causen por medio del incendio y, sobre todo, porque, como el título en que se encuentra hace esperar, comporta el incendio un peligro para la vida o integridad física, peculiaridad que sin duda determina, por la importancia de los bienes que se ponen en riesgo, la ele-

vacación notable de la pena aneja –prisión de diez a veinte años, que excede en su máximo del límite superior de la pena del delito de homicidio e iguala el grado más alto de prisión previsto para el de asesinato– con relación a la de multa de hasta un máximo de veinticuatro meses que se ha fijado para el delito de daños antes señalado, aunque se prevé en el mismo texto del artículo 351 citado la posibilidad de que el tribunal imponga la pena inferior atendiendo a la menor entidad del peligro causado y demás circunstancias del hecho. Esto es lo que ha resuelto el tribunal de instancia al imponer la pena de ocho años de prisión, pero atendiendo correctamente al riesgo y peligro que para la vida de los habitantes de la vivienda cuya puerta se incendió se había producido, pues en horas nocturnas no solamente era natural que estuvieran en el interior, sino también con menores posibilidades de apercibirse del peligro que corrían por estar entregados al sueño, sin que fuera esperado que el fuego, sobre madera y con utilización de gasolina, se extinguiera por sí solo, sino que, como ocurrió, requirió la utilización de cubos de agua para extinguirlo, por lo que constituyó un verdadero peligro para la vida o la integridad física de los habitantes en el lugar inmediato.

(Sentencia de 1 abril 2000)

## ARTÍCULO 268

*No es necesario que vivan juntos los hermanos para apreciarse la excusa absolutoria*

Único. En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del Código Penal.

En el recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, se alega la concurrencia de todas las circunstancias que permiten apreciar la excusa absolutoria entre parientes.

El motivo debe ser estimado.

El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absolutoria entre parientes al disponer, en su artículo 268, que «1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.

La nueva redacción determinó que esta Sala, en una Sentencia de 26 de junio de 2000, declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal.

Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros.

Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 819/1999.

Mi discrepancia alcanza obviamente al extremo relativo a la fundamentación jurídica de la resolución y, consecuentemente, al contenido de la deliberación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada ahora recurrida condenó al acusado como autor de una falta de hurto por haber sustraído a su hermano un ciclomotor valorado en 45.000 pesetas, rechazando la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Nuevo Código Penal dado que «el acusado y perjudicado no vivían juntos, requisito que es aplicable a todos los supuestos previstos en dicho artículo, como se desprende claramente del caso de los cónyuges que sí están separados aunque sea de hecho, no puede operar la mencionada circunstancia».

Frente a tal determinación se alzó el recurrente al entender –apoyado por el Ministerio Público– que, a diferencia de lo previsto en el artículo 564 del Código Penal derogado, la redacción del Nuevo Código Penal no condiciona la aplicación de la excusa absolutoria.

Pues bien, dado que existía una Sentencia –la de 26-6-2000– en la que se acogía la tesis del recurso y dicho criterio no era compartido por quien ahora discrepa como Ponente que habría de redactar la Sentencia, la Sala llamada a decidir ante la discrepancia surgida y con el fin de unificar o rectificar el criterio a seguir en lo sucesivo, sometió a la consideración del Pleno la cuestión, la cual, en definitiva, no es sino puro reflejo de la que existe en el campo doctrinal, donde algunos autores sostienen la innecesariedad de la connivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia «ya que el Nuevo Código sigue el mismo criterio del derogado y amplía simplemente la excusa absolutoria a los hermanos por adopción, pero siempre a condición de que vivan juntos».

La resolución dictada acoge la decisión mayoritaria resultante de la referida reunión plenaria del 15-12-2000, mas ello no impide que quien discrepa pueda –en exclusiva y única oportunidad– exponer su determinación, puesto que una interpretación gramatical, lógica y sistemática –ésta sí excluyente del absurdo– es, a su

juicio, dadas las razones de política criminal que justifican la previsión normativa cuya aplicación se cuestiona, la que abona la tesis de la Sentencia recurrida. De ello son reflejo, tanto las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial como la locución adverbial y coyuntural normativamente utilizada en el Texto Legal que, según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente «a de igual manera que». De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la «fraternidad». Al considerar que el legislador no ha querido tal resultado al regular —aun cuando sea con confusa sintaxis— la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal vigente, muestro mi disconformidad en este Voto Particular.

(Sentencia de 20 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 274

### *Delito contra la propiedad industrial por poner a la venta productos (pantalones) con marca falsa*

Tercero. En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 534 y 528 del Código Penal de 1973.

El desarrollo del motivo se limita a impugnar la calificación jurídica en relación al delito contra la propiedad industrial, negando que el acusado hubiese reproducido, imitado o modificado una marca ni que hubiera tenido conocimiento de la falsedad de los pantalones vendidos.

Es de mencionarse, en primer lugar, el error material que se aprecia en la Sentencia de instancia al expresarse propiedad intelectual en lugar de propiedad industrial. Queda patente que se trata de un mero error material en cuanto el precepto aplicado del Código Penal es el artículo 534 del texto de 1973 que tipifica exclusivamente el delito contra la propiedad industrial.

El cauce procesal en el que se articula el motivo exige el más riguroso respeto al relato fáctico de la Sentencia de instancia y en él queda claramente determinado que el recurrente vendió veinte pantalones de la marca Levis Strauss, modelo 501, sin que estuviesen fabricados por la citada marca que aparece debidamente registrada como consta en la Sentencia de instancia.

Establece el artículo 1 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, que por tal se entiende todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona y en su artículo 2 se dispone que podrán, especialmente, constituir marca, entre otros signos o medios, las letras, las cifras y sus combinaciones. Y el artículo 3 de la mencionada Ley de Marcas expresa que el derecho sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

El artículo 534 del Código Penal de 1973 castiga a quien infringiere intencionadamente los derechos de la propiedad industrial. El bien jurídico protegido lo constituye esencialmente el derecho de uso o explotación exclusivo de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes. Dicho precepto constituye un ejemplo de precepto en blanco cuyos presupuestos objetivos se colman remitiéndose a las leyes especiales que protegen la propiedad industrial y entre ellas ha de destacarse la Ley de Marcas de 1988 que deroga expresamente los Títulos 1.º, 3.º y 5.º del Estatuto de la Propiedad Industrial.

El Código Penal de 1995, en su artículo 274, tipifica de modo expreso, y sin remisión a Ley alguna, la comercialización de productos con una marca registrada con infracción de los derechos de exclusividad que corresponden al titular de la misma. No se requiere, en esta modalidad delictiva que el sujeto reproduzca, imite o modifique una marca, este ilícito penal únicamente exige que se pongan los productos en el comercio como aquí ha sucedido.

En consecuencia, tanto en el Código derogado de 1973 como en el Código vigente, la conducta del recurrente se subsume, sin dificultad alguna, en un delito contra la propiedad industrial, ya que vendió una partida de pantalones de la marca Levis Strauss, modelo 501, con conocimiento de que no pertenecían a dicha marca cuyo registro no podía ignorar, máxime cuando era una persona introducida en esa actividad comercial.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 290

*Administradores de una sociedad que falsean las cuentas anuales u otros documentos: inexistencia: no se realizan actuaciones idóneas para perjudicar económicamente a la sociedad*

Cuarto. En el motivo tercero, deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción del «artículo 303 en relación con el artículo 302.4.º del CP 1973 o, en su caso –en atención a lo dispuesto en el art. 2 y en las disposiciones transitorias primera y segunda del Código de 1995–, del artículo 290 del CP vigente, al absolver a los acusados como autores de delito continuado de falsedad en los libros contables de las sociedades querellantes».

Se dice, como fundamento del motivo, que «tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobaba el nuevo texto del Código Penal, el delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 del CP 1973 –hoy art. 392–, en relación al artículo 302.4.º –hoy 390.4.º–, resultaba a simple vista despenalizado en cuanto a conductas falsarias realizadas por particulares. Sin embargo, esta regla general no puede abstraerse a la existencia de conductas constitutivas de falsedad ideológica que en el nuevo Código Penal han sido concretamente elevadas a la categoría de nuevo tipo delictivo, como es el caso de las falsedades cometidas en las cuentas de las sociedades mercantiles, castigadas en el

artículo 290 del CP 1995 –dentro del Título XIII, «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», Libro II.

Destaca también la parte recurrente que, en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia recurrida, se justifica la absolución de los acusados por el delito a que se refiere el presente motivo porque en el nuevo Código Penal se ha destipificado la llamada falsedad ideológica para el supuesto de que sea un particular el que cometiére la misma; pero, al propio tiempo, pone de manifiesto que «frente a la actuación de un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, (...) no podemos entender atípicas las conductas que motivaron la querrela al quedar incluidas en el ámbito de los delitos societarios –y en particular en el art. 290–, ...».

En relación con este motivo, debemos reconocer que, tras la publicación del Código Penal de 1995, ha quedado despenalizada la falsedad ideológica genérica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos, cometida por particular (ver arts. 390.4.º y 392 del CP vigente), que en el Código derogado constituía, sin duda, una conducta penalmente típica (ver arts. 302.4.º y 303 del CP 1973); sin embargo –como acertadamente destaca la parte recurrente–, tras la entrada en vigor del nuevo texto legal, no han quedado despenalizadas todas las falsedades ideológicas cometidas por particulares, y así en el artículo 290 del nuevo Código Penal se considera penalmente típica la conducta de los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad «que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», si bien la penalización de tales conductas exige, además, que ello sea «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (sociedad), a alguno de sus socios, o a un tercero». De ello hay que concluir que pueden existir conductas falsarias, de falsedad ideológica, cometidas por particulares que deben considerarse penalmente punibles tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (arts. 303 y 302.4.º), como bajo la vigencia del nuevo (art. 290). Mas, en todo caso, ha de destacarse también que este último tipo penal es más restrictivo que el derogado al exigir la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico, bien sea a la sociedad, a los socios o a un tercero; lo que, según la doctrina científica, exige un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado. En todo caso, será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, sea alterando los datos reales, sea ocultándolos; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros (libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.).

En el presente caso, el relato fáctico de la Sentencia recurrida pone de relieve cómo el cobro de los cheques reseñados en el mismo –que los acusados ingresaron en sus respectivas cuentas particulares– fueron contabilizados «como traspaso de efectivo de una sociedad a otra, movimiento que no se correspondía con la realidad»; pero, al propio tiempo, se consigna también expresamente que «no ha quedado acreditado que don Adolfo (...) y don Juan (...) (los acusados) llegaron a incorporar de forma definitiva a su propio patrimonio las cantidades de dinero a que hizo referencia...», por cuanto de la prueba practicada «no se infiere que estos ingresos (...) en las cuentas particulares de los acusados, así como la contabilización ficticia de estas operaciones, se hiciese a espaldas de los máximos responsables de

este grupo de empresas, (...) y que no se viniese realizando años atrás...»; por todo lo cual el Tribunal de instancia termina afirmando que en este contexto resultan verosímiles las versiones ofrecidas por los acusados para justificar el ingreso de los cheques en sus cuentas particulares, en el sentido de que de este modo se pretendía poner en práctica «un sistema de financiación del grupo de sociedades, conocido por todos...».

De cuanto queda expuesto se desprende que, en el presente caso, no consta ninguna actuación dolosa de los acusados idónea para causar perjuicio económico a las sociedades hoy recurrentes ni a terceras personas. Por tanto, hemos de concluir que la conducta descrita en el *factum* es penalmente atípica tras la vigencia del Código Penal de 1995 y que, por ello, debe estimarse ajustada a derecho la absolución de los acusados decretada por el Tribunal de instancia.

Al no ser posible apreciar la infracción legal que aquí se denuncia, procede la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 14 julio 2000)

## ARTÍCULO 307

### *Delito de defraudación a la Seguridad Social versus delito de estafa*

Segundo. (...) La Sentencia recurrida absolvió por estimar que los hechos enjuiciados, que podrían encajar en el artículo 307 CP, en cuanto que hay una defraudación a la Seguridad Social por medio del disfrute indebido de deducciones, resultan atípicos por no alcanzar la cuantía de 15 millones de pesetas en tal norma exigida, al no existir una falta correlativa que sancionara como tal los mismos hechos pero de inferior cuantía.

Ha de rechazarse esta argumentación, sencillamente porque el delito del artículo 307 CP, lo mismo que el artículo 349 bis CP anterior introducido por LOPJ 6/1995, de 29 de junio, no se refiere a hechos como los contemplados en el caso presente: una defraudación a la Seguridad Social por haber simulado la condición de pensionista para obtener gratis unos medicamentos por los que en su condición de afiliado ordinario tenía que haber abonado unas determinadas cantidades. Ciertamente hubo una deducción indebida en base a tal simulación y que resultó defraudada la Seguridad Social (elementos exigidos en el mencionado art. 307); pero falta la nota específica que caracteriza precisamente al delito previsto en esta última norma: que esa defraudación (por cualquiera de los diversos medios de comisión que tal art. 307 concreta) se refiera a las cuotas que tal entidad pública tiene que percibir o a los demás conceptos que conjuntamente con esas cuotas se recaudan. Es decir, ha de cometerse esa defraudación dentro de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social, con relación a lo que los empresarios tienen que pagar periódicamente en calidad de cuota patronal y de cuota obrera y demás abonos que se hacen conjuntamente con dichas cuotas. Se trata, en definitiva, de un delito de naturaleza similar al delito contra la Hacienda Pública del actual artículo 305 con el que comparte Título, el XIV del Libro II. Así lo dice la exposición de motivos de la mencionada LOPJ 6/1995, así se de-

duce claramente del propio texto del artículo 307 y así se ha expresado también esta Sala en el fundamento de derecho 51 de su Sentencia de 9 de octubre de 1997.

Tal y como dicen los dos recurrentes nos encontramos ante una estafa ordinaria que encaja en la definición del artículo 248.1 que, por su cuantía, no superior a 50.000 ptas., ha de considerarse falta del artículo 623.4.

Hubo engaño al establecimiento público expendedor de los medicamentos al haberse simulado, por medio de las correspondientes recetas falsas, la condición de pensionista, que produjo error en la persona que los despachó, lo que motivó un acto de disposición que perjudicó a la Seguridad Social.

Dadas las circunstancias del caso y la escasa cuantía de lo defraudado, habida cuenta, además, de que las falsedades documentales, que constituyeron el medio para la comisión de las estafas, se sancionaron por separado en la propia Sentencia recurrida, acordamos imponer la pena en el mínimo legal permitido.

(Sentencia de 25 enero 2000)

## ARTÍCULO 308.1

*La mendacidad desplegada para cobrar indebidamente el subsidio de desempleo constituye delito de estafa, ya que tal subsidio no puede considerarse como una disposición gratuita (subvención, desgravación o ayuda de la Administración ex art. 308), sino como una prestación social*

Segundo. (...) De lo anterior se infiere que los recursos deben ser desestimados en tanto que no ostentan los recurrentes legitimación para interponer este recurso al haber aceptado mediante conformidad, obtenida con todas las garantías legales, la Sentencia dictada por la Sala sentenciadora, que recogió las penas ciertamente benévolas con las que el Ministerio Fiscal modificó su escrito al comienzo del juicio oral, haciendo innecesaria la continuación de éste. De otro lado, el problema planteado por los recurrentes, cual es la incardinación de los hechos enjuiciados, no en el tipo penal básico de la estafa, sino en el antiguo artículo 350 del CP 1973, hoy 308 del CP 1995, fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas del Estado, no se compadece bien con el tipo de fraude llevado a cabo que no puede calificarse de tal, por no ser propiamente ayudas las obtenidas torticeramente por los recurrentes, en el sentido de beneficios de todo orden con el que se trata de impulsar una política de intervención pública de la economía con el fin de estimular la realización de determinadas actuaciones económicas del sector privado de la economía nacional, dirigidas, en fin, a promover, orientar y dirigir dichas actividades económicas, por no encajar ni con el bien jurídico protegido en tal precepto, ni con las penas complementarias que necesariamente se han de imponer, ni con la excusa absoluta relacionada con la regularización de actividades, ni con los principios que informan su concesión, cual son los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, por más que la modificación del concepto extrapenal

de tales ayudas, originada por la modificación de los artículos 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria (como disposiciones gratuitas de fondos públicos realizados por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público), pueda entrañar ciertas dudas interpretativas (SSTS de 29-9-1997, 4-5-1998, 10-2-1995 y 21-3-1997). Lo cierto es que el concepto estricto del subsidio de desempleo no puede ser considerado como una disposición gratuita (como lo son sin duda las ayudas dimanantes de intereses preferenciales, descuentos en precios públicos, o ayudas de solidaridad por las pérdidas ocasionadas por alguna catástrofe, por poner solamente algunos ejemplos), sino como una prestación social, que se obtiene previa la contribución de ciertas cuotas, conforme a la regulación de la Seguridad Social, que por cierto no se traduce en prestación en caso de desempleo para todas las actividades laborales. Nuestra norma fundamental en su artículo 41 considera a estas retribuciones como prestaciones sociales, que deberán ser suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

De modo que sin entrar en el análisis de los recursos interpuestos, aunque se hayan dejado expuestas esas líneas interpretativas, a modo de *obiter dicta*, hemos de desestimar ambos recursos de casación, por falta de legitimación al haber aceptado los recurrentes la Sentencia dictada de conformidad, sin vulnerarse los límites de tal institución, conforme a la jurisprudencia de esta Sala que se deja transcrita más arriba.

(Sentencia de 17 noviembre 2000)

## ARTÍCULO 311

### *Firma con inmigrante ilegal de "contrato de esclavo". Alcance del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo*

Cuarto. Rechazados los recursos de los dos condenados, procede entrar en el estudio del interpuesto por el Ministerio Fiscal que tiene un sentido contrario ya que lo que se solicita es la condena a ambos recurrentes trabajadores como autores del delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo del artículo 499 bis.1.º del que fueron absueltos en la Sentencia.

El recurso aparece formalizado en un único motivo al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim por inaplicación del artículo 499 bis.1.º del Código Penal de 1973, y sin duda constituye el aspecto más importante del presente recurso de casación.

Para una mejor comprensión de los hechos, es preciso referirse, siquiera de forma resumida, a la parte de los hechos probados relacionados con el motivo formalizado por el Ministerio Fiscal.

Ambos recurrentes Rafael Ll. y José María M. traban conocimiento en Si-güenza con un ciudadano argelino, aduanero, al que le dan trabajo en la empresa de construcción «Construcciones y Reparaciones Llorente, S.L.» de la que ambos eran administradores solidarios, cobrando el correspondiente salario; a dicha per-

sona, Khaled M., se le denegó el asilo el 18 de octubre de 1995; ante esta situación y aconsejado por la Comisión Católica de Migración, Khaled se dirigió a Rafael Ll. y le solicitó un precontrato para acceder al permiso de trabajo y de residencia, suscribiéndose con éste un precontrato de prestación de servicios domésticos como interno, siendo el otro recurrente –José María M.– quien preparó toda la documentación que se entregó en la Delegación de Trabajo de Guadalajara. Seguidamente, Khaled M. entró a trabajar en la casa de Rafael Ll. que la compartía con José María M. El trabajo era de naturaleza doméstica, sin sujeción a horario fijo. El día 24 de diciembre de 1995 mientras Khaled estaba trabajando de la forma expresada, José María M. O. le mostró un documento y le indicó que lo firmase, en el que se acordaba la aceptación como esclavo de Khaled M. para la empresa Construcciones y Reparaciones Llorente, S.L., siendo a partir de entonces el trato dado a Khaled vejatorio, llamándole esclavo.

Con fecha 4 de marzo de 1996 por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales se desestima la solicitud del permiso de trabajo, lo que se notificó a Rafael Ll. y éste a Khaled, tras lo cual éste decidió no volver a la vivienda donde residían los acusados. José María M. retuvo la documentación de Khaled hasta tanto no le abonara los honorarios como abogado por la tramitación del permiso de trabajo, ascendentes a 17.400 ptas., que le fueron satisfechas finalmente.

La Sala sentenciadora, en el primero de los fundamentos jurídicos, niega que los hechos descritos puedan constituir un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 499 bis.1.º del Código Penal de 1973 en base a los siguientes argumentos:

a) El tipo penal, protege no tanto al trabajador en cuanto tal sino como integrante del mercado de trabajo, siendo por ello el bien jurídico protegido la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y las demás condiciones del trabajo, ahora bien, como el tipo penal se refiere a los derechos de los trabajadores «... que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales...», tratándose de un extranjero en situación ilegal, por definición quedaría fuera de tales derechos. Se afirma en la Sentencia que el artículo 10.1.º de la Constitución delimita un mínimo de derechos del que es titular el ser humano, pero se añade que queda «fuera de ese mínimo el derecho al trabajo», lo que no es óbice para que puedan surgir otros tipos delictivos como estafa, amenazas, coacciones o lesiones, etcétera.

b) Un segundo argumento para la no aplicación del tipo penal citado estriba en la relación que presentaba el inmigrante, estimando que en la misma no se daban las notas que caracterizan la relación laboral en cuanto productividad, ajenidad y libertad, y ello porque el propio Khaled manifestó que trabajaba por horas siendo así que en el precontrato suscrito se dijo que era en el servicio doméstico como interno, incluso habiendo empezado a trabajar antes de suscribir el precontrato. En relación al «contrato de esclavo», se estima por la Sala que no tiene relación causa a efecto con el trabajo que prestaba, pues fue firmado después, tras la solicitud del permiso de trabajo y cuando ya trabajaba interno, documento que Khaled pensó que era una broma, haciendo hincapié la Sala en su nivel cultural –era aduanero en su país–, así como que estaba en España desde agosto de 1992, y que finalmente se marchó de la casa cuando tiene conocimiento de haberle sido denegado el permiso de trabajo, todo lo cual le lleva a estimar la inexistencia de maquinaciones o procedimientos maliciosos como exige el tipo penal.

c) Califica la relación entre los acusados y Khaled como de agradecimiento, de una prestación realizada por razón de amistad, benevolencia o buena vecindad, en los términos del apartado d) del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. En esta línea se añade que aunque pudiera existir un cierto abuso o aprovechamiento de ese agradecimiento, no puede estimarse que hubiese maquinación alguna a deducir del «contrato de esclavo», ya que no fue impedimento para que conocedor de la denegación de la petición, dejara la vivienda en la que «también satisfacía necesidades básicas como la alimentación».

Ya desde este momento hemos de adelantar que la Sala no comparte en absoluto los razonamientos de la Sentencia recurrida que llevaron a la absolución del delito del artículo 499 bis 1.º del Código Penal de 1973, y que por ello, el recurso del Ministerio Fiscal va a prosperar.

El punto esencial de la disidencia se encuentra en lo que sin duda es el que vertebra toda la argumentación de la Sentencia recurrida: la afirmación de que los inmigrantes ilegales, no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que les perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su condición de ilegal. Así expresado el argumento constituye toda una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones porque no están sujetos a ninguna normativa.

Este razonamiento es claramente incompatible con la afirmación que como pósito inicia la Constitución en su artículo 1 cuando califica el Estado de «social», y es que el abordaje del artículo 499 bis del anterior Código Penal, equivalente al actual artículo 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida que el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que como Khaled carece de permiso de trabajo y de residencia en España, no está incluido en el artículo 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, pero como bien se razona por el Ministerio Fiscal en la formalización del recurso, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal.

Por tanto cuando un particular, de forma consciente y voluntaria, contrata a un inmigrante ilegal, no por ello puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana, como hacerle firmar el «contrato de esclavo», documento obrante al folio 28, cuya sola lectura produce sonrojo, y menos tratar de convertirlo en «broma» cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente –reflejado en el *factum*– así como el trabajar sin cobrar, sólo por la alimentación –declaración en sede judicial de Khaled al folio 335– ratificada en el Plenario con expresiones que eximen todo comentario «... permanecía en casa trabajando sin cobrar, empezó a hacerlo para que no le rompieran sus papeles y tuviese que marcharse...», «... en cuanto al contrato de esclavo, después de firmarlo, le trataron de

convencer que era esclavo, que esto se lo hacía O., le decía que tenía que responderle “mi amo” cuando le dijera “esclavo”, él no se lo decía pero lo hacía (*sic*), estaba esperando a los papeles...». «... Que a él le han humillado...». «... La palabra “esclavo” la desconocía, nadie le dijo que podía ser una broma o juego...».

La tesis de la Sentencia de estimar sólo sujeto pasivo del delito del artículo 499 bis 1.º al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social porque como ya se ha dicho el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que como la dignidad –art. 10 de la Constitución– no conocen fronteras.

Esta misma Sala, en Sentencia de 12 de abril de 1991 estimó aplicable el artículo 499 bis a situaciones de contratos con causa ilícita –a la sazón se trataba de una relación laboral con una prostituta– por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que «... de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección...».

Aclarado que el artículo 499 del Código Penal de 1973, como ya dijo la Sentencia citada, protege toda relación de prestación de servicios, abstracción hecha de que el contrato de trabajo sea válido o nulo, y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal –el vigente Código Penal ya lo reconoce expresamente en el art. 312.2.º– sólo resta comprobar la realidad de las maquinaciones o procedimientos que exige el tipo.

Al respecto ya se ha hecho referencia al contrato de «esclavo» y al trato humillante a que fue sometido –reconocido en el *factum*–, así como al trabajo doméstico efectuado durante unos tres meses aproximadamente sin cobrar, sólo por la manutención, situación soportada sólo por el deseo de Khaled de obtener el permiso de residencia, por eso cuando se le deniega por la Administración, corta esta situación, lo que lejos de poder interpretarse como voluntariamente aceptada *ex ante* –como parece sugerir la Sala de instancia–, pone de manifiesto la aceptación forzada de la situación discriminatoria y vejatoria por el exclusivo fin de obtener la documentación, situación que se confirma más si cabe con la antijurídica retención de su documentación personal a pretexto de honorarios debidos como letrado a José María M., en relación a la solicitud de permiso de residencia, que, además, no tenía tal condición letrada.

En definitiva, por maquinación o procedimiento malicioso del tipo penal ha de entenderse cualquier situación de abuso que evidencie una explotación del empleador por el empleado, siendo por tanto, como afirma la Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/2489) una expresión amplia y abierta en la que sin duda tiene cabida la situación enjuiciada.

Procede en consecuencia estimar la existencia del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo previsto y penado en el artículo 499 bis 1.º del Código Penal de 1973, delito del que son autores ambos recurrentes José María M. y Rafael Ll. pues ambos, conjuntamente, crearon las condiciones en las que se realizó el trabajo de Khaled M., y ambos se aprovecharon de la situación en que éste se encontraba.

En conclusión procede la estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 30 junio 2000)

## ARTÍCULO 316

*No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas: bien jurídico protegido y elementos del tipo del delito contra los derechos de los trabajadores. Relevancia de la inexistencia de plan individualizado de prevención de riesgos*

Primero. Formula un único motivo de casación por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, acusando violación por inaplicación del artículo 316 CP, «en concurso ideal con el artículo 142 del mismo Cuerpo Legal». La sustancia argumental del motivo se expresa en su desarrollo aduciendo que el plan de prevención existente en la Empresa, «las medidas que el mismo contemplaba, eran insuficientes para proteger la salud y la vida de los trabajadores, así como que existían en otras máquinas similares a las manejadas por el difunto medidas de seguridad mayores a las dispuestas en la manejada por éste; y que en todos los casos existían un grave riesgo de cortes en distintas partes del cuerpo, a pesar de lo cual solamente se protegía las manos y los pies de los trabajadores con guantes y botas». El Ministerio Fiscal, que en sus conclusiones definitivas pidió la libre absolución de los acusados, en su escrito de instrucción del recurso de casación apoya parcialmente el motivo.

El Tribunal provincial, fundamento de derecho primero, desestima la calificación pretendida argumentando la existencia de «un Plan adecuado de riesgos», añadiendo: «otra cosa (...) es que, en este caso concreto, las mismas (medidas necesarias) hayan resultado insuficientes, y no se previeran las correspondientes en el Plan, dada la también previsibilidad, del presente supuesto, calificable jurídica y penalmente en otro sentido».

Segundo. El propio planteamiento del motivo conlleva su desestimación.

En efecto, si lo que se pretende es la aplicación del tipo doloso, artículo 316 CP, cuyo ámbito de protección abarca la seguridad e higiene en el trabajo como deber inexcusable de los «legalmente obligados a ello» en el marco empresarial, lo cierto es que la insuficiencia de las medidas adoptadas, fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia previsto a continuación por el legislador de 1995 en el artículo 317 CP, precisamente añadido para evitar la posible falta de tipicidad de la imprudencia habida cuenta su nuevo sistema de incriminación [en el texto precedente inmediato, antiguo artículo 348 bis a), se venía admitiendo la comisión culposa].

Reducidos los dispersos tipos anteriores relativos a la protección de los trabajadores –Decreto-ley 15-2-1952, Ley de 15-11-1971, que introduce en el CP el artículo 499 bis, vigente hasta la entrada en vigor del nuevo Código, Ley Orgánica 8/1983, de 25-6, que añade el artículo 348 bis a), antecedente inmediato del 316 (...) – a unidad sistemática bajo la rúbrica autónoma del actual Título XV del Libro II, «delitos contra los derechos de los trabajadores», ello pone de relieve la autonomía del bien jurídico protegido, debiendo subrayarse su dimensión de protección individual de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores en la CE (arts. 35 y 40), frente a la tesis configuradora de protección del orden socioeconómico.

Pues bien, dentro de dicho marco general, el régimen penal de protección alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316 y 317 NCP, en relación con el artículo 40.2 CE), describiéndose dos tipos, doloso y por imprudencia grave, en forma omisiva, constituyendo infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (art. 77 CP). También se trata de una norma penal en blanco que se remite genéricamente a «las normas de prevención de riesgos laborales», especialmente, pero no sólo, a la Ley 31/1995, de 8-11, de Prevención de Riesgos Laborales, sino a todas las dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico. El contenido de la omisión se refiere a «no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», lo que equivale también a una norma penal incompleta e indeterminada que ha de llenarse según el caso y sus circunstancias, es decir, empíricamente, estableciéndose una suerte de relación de causalidad entre la falta de medios y el peligro grave para la vida, salud e integridad física.

Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14.2 Ley 31/1995). Debe tenerse en cuenta, por último, que el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo.

Tercero. En el hecho probado se afirma que «existe un Plan de prevención de riesgos en la Empresa, y están estudiados sus distintas máquinas y el riesgo que cada una produce, y en la referida, se adoptaron las medidas de seguridad, tanto de parada del eje, salida del operario de la cabina, y precauciones del vertido del mismo, que se han indicado, las que han sido suficientes en unos 22 años, en que venía funcionando, en que no se había producido ningún accidente. No obstante, en otras cizallas similares que trabajan en la misma factoría, se habían adoptado mayores precauciones, para evitar los cortes del fleje sobrante a los operarios que lo manejan, como el enhebrado automático al rodillo, evitando la entrada del operario en la cabina, mientras funciona el mismo, y este sistema se ha adoptado en la cizalla siete, después del accidente de que aquí se trata...».

La sustancia fáctica antecedente permite deducir la existencia de un plan de prevención de riesgos laborales individualizado, y siendo ello así no es posible reconocer la presencia del dolo de peligro por parte de los acusados, garantes del desarrollo del trabajo por los operarios en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, sino la falta de previsión de la integridad del riesgo, habiendo omitido el agotamiento de las medidas previstas, que sólo después de los hechos enjuiciados se ha incorporado al mecanismo productor de aquél, pero sin olvidar la individualización previa referida en el Plan que resta contundencia a los términos com-

parativos de la argumentación de los recurrentes, calificándose como leve la imprudencia por el Tribunal *a quo*, fundamento jurídico primero de la Sentencia, párrafo tercero, cuyos argumentos deben ser ratificados, lo que desplaza también la aplicación del artículo 317 CP, con independencia de la falta de acusación por el mismo de los hoy recurrentes.

(Sentencia de 26 julio 2000)

## ARTÍCULO 325

*Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente: norma penal en blanco. Elementos típicos: vertidos directos e indirectos. Delito de peligro*

Séptimo. (...) En cuanto al primer reproche, ha de significarse que, contra las reticencias que ha suscitado la técnica legislativa de las leyes penales en blanco por mor de su posible incompatibilidad con las garantías que establecen los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha solventado el problema al otorgar plena validez a este tipo de normas penales, señalando que es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas Leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza (véase STC de 5 de julio de 1990). Este mismo criterio se reitera por el Alto Tribunal al ratificar la constitucionalidad del artículo 347 bis CP 1973 (inmediato precedente del art. 325 CP vigente y de idéntica estructura jurídico-penal), subrayando que el precepto reúne los requisitos de *lex previa, certa y scripta* exigidos por la Constitución, puesto que allí se formula una remisión expresa y completa a normas específicas y se define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para completar el tipo a la circunstancia de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente (véase STC de 28 de febrero de 1994).

Y, partiendo de esta doctrina, este Tribunal Supremo ha declarado que la falta de invocación por la parte acusadora de la disposición administrativa vulnerada no quebranta el derecho de defensa del acusado –derivado de una imputación desconocida–, toda vez que «nuestro sistema procesal penal se funda, como todos los europeos de nuestra área cultural, en el principio de la acusación penal por el hecho, reservando al órgano judicial la aplicación normativa o del derecho» (STS de 1 de febrero de 1997).

Es cierto que la contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente» constituye el elemento normativo del tipo penal y que en cualquier caso resulta deseable la concreción por parte de la acu-

sación de la norma vulnerada, pero, a los efectos de la integración del hecho en el tipo delictivo, lo que se requiere es la constatación de la existencia de la disposición protectora del medio ambiente vulnerada por la conducta del acusado, y esta función corresponde al juzgador como encargado de la aplicación del derecho, según ha quedado dicho, en aplicación de los principios *da mihi factum, dato tibi ius y iura novit curia*.

Octavo. Porque, en efecto, la disposición administrativa protectora del medio ambiente que ha sido violentada por la acción del acusado, existe. Se trata de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y concretamente de sus artículos 56 y siguientes, que prohíben los vertidos, tanto líquidos como sólidos cualquiera que sea el bien de dominio público marítimo-terrestre en que se realicen (art. 56), requiriéndose autorización de la Administración competente para todos los vertidos (art. 57.1), extremándose los requisitos a cumplimentar en el caso de vertidos contaminantes, de los que específicamente se prohíbe la emisión o vertido de las sustancias que puedan comportar un peligro o perjuicio superior al admisible para la salud pública y el medio natural (art. 57.2) y estableciendo las condiciones a incluir en las autorizaciones de los vertidos (art. 58).

Trata el recurrente de sortear la aplicabilidad de esta disposición como integradora del tipo penal aduciendo que la Ley de Costas prohíbe exclusivamente los vertidos directos, pero no los indirectos, señalando que en el caso presente «realizar un vertido a un colector que desagua en una ría» constituiría un vertido indirecto no prohibido por la mencionada Ley. Pero esta alegación no puede ser acogida: en primer lugar porque la norma no contiene la distinción que cita el recurrente; en ninguno de los preceptos que regulan esta materia se diferencia entre vertidos directos o indirectos y, por consiguiente, donde la ley no distingue no se puede distinguir. En segundo término, porque la evacuación de ocho toneladas de sustancia contaminante de las aguas y zona marítimo-terrestre, efectuada en un colector ubicado a 40 metros de la ría no cabe ser considerado como un vertido indirecto cuando ese colector, tras tan escasa distancia, desemboca directamente en la zona de dominio público, pero, sobre todo, teniendo en cuenta que las propias aguas invaden el colector cuando tiene lugar la pleamar, siendo esa misma agua el vehículo que, al retirarse en bajamar, arrastra la sustancia a la zona de marisqueo provocando el daño; y, por fin, porque la solicitud de autorización efectuada por el acusado a las autoridades municipales –acreditada en la causa y admitida por el acusado–, ponen de manifiesto la consciencia por parte de éste de la ilegalidad del vertido sin la correspondiente licencia autorizante y la consecuente contravención de la norma.

El motivo debe ser desestimado.

Noveno. Este último argumento sería suficiente para justificar la desestimación del motivo que se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim y en el que se denuncia la indebida inaplicación del artículo 331 CP, al entender el recurrente que se trataría de un hecho cometido por imprudencia grave.

El obligado respeto a los hechos probados de la Sentencia que exige la vía casacional elegida ponen de relieve de manera palmaria una acción no imprudente sino claramente dolosa. Estamos ante un profesional, conocedor de la carga transportada, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla, que ordena a su empleado el vertido de dicho cargamento en el lugar concreto y determinado donde, efectivamente, se realizó, a tan sólo cuarenta metros de la ría que constituye el hábitat de la fauna marina que resultó afectada y, como se dijo, conocedor de la ne-

cesidad de autorización administrativa. Estos datos permiten deducir una conducta premeditada e intencional incompatible con la imprudencia, pues el acusado sabía sin duda lo que hacía y quiso hacer lo que hizo.

El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 CP es un delito de peligro concreto que se consume por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones establecidas en el tipo, sin que sea necesaria para que tenga lugar la efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, puesto que, en este caso, estaremos ante un delito de lesión que se castigará separadamente (véanse SSTs de 22 de septiembre de 1993, 26 de septiembre de 1994 y 19 de mayo de 1999).

En el supuesto que examinamos, la acción que constituye la conducta típica ha sido ejecutada por el acusado de manera deliberada y de propósito; y el resultado requerido por el tipo —el riesgo—, se encuentra causalmente vinculado con dicha acción, que es la que genera el peligro concreto producido, resultado que, como sucede en la generalidad de las veces, debe serle atribuido al autor del hecho a título de dolo eventual, pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades, y, pese a ello, ejecuta la acción.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 13 marzo 2000)

## ARTÍCULO 335

*Delitos relativos a la protección de flora y fauna: problemas de constitucionalidad en cuanto no contiene exigencia de lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido ni cumple exigencia de lex certa. Problemática de leyes penales en blanco*

Primero. La Sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito del artículo 335 del Código Penal, por cazar dos jilgueros, «especie para cuya captura en dicha localidad (Provincia de Almería) se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso del que carecía el referido acusado», según señala expresamente la Sentencia en los hechos probados. En los fundamentos jurídicos, con valor complementario del relato fáctico, se añade que el acusado lleva unos tres años cazando jilgueros para canto y cría, y que para desarrollar dicha actividad posee la correspondiente licencia o autorización especial, aunque limitada a la Comunidad de Murcia y no extensible a la Provincia limítrofe de Almería, en la que se encontraba cazando cuando fue sorprendido por los agentes forestales que efectuaron la denuncia.

Segundo. El recurso de casación interpuesto se articula por dos motivos, uno por infracción de preceptos constitucionales y otro por infracción de ley, que se encuentran íntimamente relacionados por lo que se analizarán conjuntamente. En el primero de ellos, por infracción del derecho constitucional a la presunción de

inocencia, se niega la existencia de prueba de cargo sobre uno de los elementos del tipo, concretamente que no esté expresamente autorizada la caza o pesca de la especie capturada por las normas específicas en la materia, pues el propio acusado dispone de autorización para ello otorgada por la Comunidad Autónoma de Murcia, y aporta otra autorización otorgada por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía en favor de un colega suyo. Dado que no es jurídicamente admisible que las Autoridades Administrativas otorguen dichas licencias careciendo de la debida cobertura normativa, es necesario concluir que dicha caza está expresamente autorizada por las normas específicas en la materia, precisando únicamente obtener la licencia administrativa para ello, es decir que no se trata de una actividad «no autorizada» como previene el tipo legal sino de una actividad precisada de licencia.

El segundo motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 335 del Código Penal, al señalar que este tipo penal únicamente puede ser aplicado en aquellos supuestos en que exista una prohibición absoluta de cazar o pescar una determinada especie, pero no en supuestos como el presente de falta de autorización personal, es decir, que si la caza de la especie está autorizada genéricamente para quienes interesen y obtengan el permiso administrativo correspondiente, la falta de autorización individualizada, no integra el tipo penal sino que constituye una mera infracción administrativa.

Tercero. El delito prevenido en el artículo 335 del Código Penal castiga a quien «cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Las especies indicadas en el artículo anterior son tanto las que se encuentran en peligro de extinción (art. 334.2.º), como aquellas que no estando en dicho peligro, se encuentran por algún motivo amenazadas (art. 334.1.º). En consecuencia la redacción completa del tipo, integrando la remisión al precepto anterior, sanciona al «que cace o pesque especies que no se encuentran catalogadas en peligro de extinción ni tampoco amenazadas, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia». Dado que la acción de cazar es neutra y el objeto sobre el que se ejerce no expresa una específica necesidad de tutela que dote a dicha acción en estos supuestos de un contenido efectivo de antijuridicidad material (especies que no se encuentran amenazadas ni en peligro de extinción), resulta explicable que hayan surgido fundadas dudas sobre la constitucionalidad del precepto pues el tipo penal no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», desplazándose íntegramente la calificación como delictiva de la conducta a la normativa administrativa, que en este supuesto no cumple la función accesoria de delimitar o complementar el tipo delictivo sino que lo fundamenta y define en su totalidad.

Cuarto. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales parcialmente en blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996 y 120/1998) ha admitido la constitucionalidad de aquellos tipos penales en los que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en el tipo, debiendo acudir, para su integración, a una norma distinta, pero esta constitucionalidad exige el respeto de tres requisitos: 1.º) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2.º) que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y 3.º) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir (SSTC 122/1987, 127/1990 y 120/1998), «que se dé la sufi-

ciente 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».

Aplicando esta doctrina constitucional al tipo delictivo definido en el artículo 335 se advierten las dificultades existentes para superar los mínimos exigibles para la constitucionalidad del precepto. En primer lugar cabe afirmar que el tipo, tal y como se define en el Código Penal, no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», pues se limita a sancionar genéricamente una acción que en sí misma es neutra, sin contenido efectivo de antijuridicidad material, «cazar», en aquellos casos en que recae sobre un objeto también neutro, es decir que no reclama unas específicas necesidades de tutela, «especies animales que ni están en peligro de extinción ni tampoco amenazadas».

El tipo descrito en el Código no contiene tampoco una específica exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la biodiversidad) que pudiese servir para concretar el núcleo esencial de la prohibición penal en función de aquellas conductas que en el ámbito de las acciones genéricamente descritas, afecten de modo relevante al bien jurídico tutelado. Esta específica referencia a la exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido constituye una técnica normalmente utilizada por el legislador penal para acotar en un determinado ámbito de actividad aquellos comportamientos más graves, merecedores por ello de represión penal, cargando de antijuridicidad material la acción definida como típica. Así por ejemplo, en el artículo 325 (delito ecológico) que exige que los comportamientos penalmente sancionados no sólo vulneren la normativa general protectora del medio ambiente sino que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», en el artículo 364.2.1.º (delitos contra la salud pública en el ámbito alimenticio), que exige que las sustancias no permitidas que se administren a los animales «generen riesgo para la salud de las personas», o bien, dentro del mismo capítulo de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, en el artículo 333, que exige que la conducta típica, además de contravenir las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, «perjudique el equilibrio ecológico».

En el supuesto del artículo 335 ni por la vía de la descripción de la acción ni por la de la delimitación de su objeto ni por la referencia a la afectación relevante del bien jurídico protegido, cabe estimar que se contenga en el tipo «núcleo esencial de la prohibición». En consecuencia la definición de la acción típica queda íntegramente remitida a la normativa administrativa, que no se limita a complementar o delimitar el tipo delictivo, sino que lo fundamenta y define de modo prácticamente autónomo: *constituirá delito la captura de un solo ejemplar de cualquier especie animal que ni esté amenazada ni en peligro de extinción, sólo porque la Comunidad Autónoma competente no ha dictado una norma que autorice su caza o pesca de modo expreso, con total independencia de que la acción enjuiciada sea absolutamente irrelevante desde la perspectiva del bien jurídico penalmente protegido en el capítulo delictivo en el que se integra el tipo penal analizado. Obsérvese que el objeto material del tipo ni siquiera queda acotado, como en el artículo anterior, por una específica referencia a la fauna «silvestre».*

Pues bien, en esta materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con claridad meridiana (STC 120/1998, de 15 de junio): «La reserva de ley que exige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan re-

misiones a los Reglamentos Administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994 y 24/1996), pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes (SSTC 42/1987 y 219/1991).

Quinto. En segundo lugar cabe también dudar de que el tipo delictivo definido en el artículo 335 del Código Penal cumpla satisfactoriamente la exigencia de certeza, es decir, que esté dotado de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la normativa administrativa a que la ley penal se remite, salvaguardando la función de garantía del tipo y la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. Dada la enorme pluralidad de especies animales existentes, y la práctica imposibilidad de elaborar un catálogo exhaustivo de especies cuya caza o captura se encuentre autorizada, la elaboración de los actuales listados administrativos, limitados a determinadas especies de interés cinegético o de carácter fluvial, puesta en consonancia con la anómala técnica utilizada de sancionar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, que, en la literalidad de la norma, podría calificar como delictiva la eliminación de insectos, por muy dañinos que fuesen, la caza de cualquier clase de roedores, o incluso la pesca marítima, dado que los catálogos de especies de pesca autorizadas se limitan a la pesca en aguas continentales (ver art. 33 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, Anexos I y II del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección y Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995, que atribuye la competencia en esta materia a las Comunidades Autónomas).

Es cierto que en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se aprecian notables esfuerzos para restringir racionalmente el desmesurado ámbito literal de aplicación del precepto, excluyendo aquellos supuestos-límite que conducen al absurdo, bien restringiendo las acciones de «cazar o pescar» a los ámbitos cinegéticos o recreativos tradicionales o bien limitando el objeto a aquellas especies cuya captura está reglamentada administrativamente. Ahora bien, sin entrar en este momento en mayores consideraciones acerca de la fundamentación y posibles consecuencias de estas interpretaciones, es lo cierto que en cuanto introducen restricciones que no se derivan del tipo y que, en consecuencia, carecen de la necesaria precisión y quedan al arbitrio de la interpretación casuística, no alcanzan a eliminar el enorme grado de inseguridad generado por la redacción del precepto, pues los límites de lo delictivo deben encontrarse debidamente precisados, con la suficiente concreción, en la propia norma legal.

Por último, no puede ignorarse que la técnica de tipificación utilizada, sancionando como delictiva toda acción de caza o pesca que tenga por objeto una especie animal cuya captura no esté «expresamente autorizada» por la normativa administrativa aun cuando tampoco esté «expresamente prohibida», constituye una técnica difícilmente compatible con el principio de legalidad, que exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las conductas «expresamente prohibidas» (principio *pro libertate*) y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está «expresamente» permitido.

Sexto. Por lo expuesto cabe poner en duda la constitucionalidad del precepto, lo que conlleva el análisis de la procedencia de formular la oportuna cuestión de constitucionalidad. Como dispone el artículo 5.4.º de la LOPJ dicha cuestión debe plantearse cuando un Órgano Jurisdiccional considere que puede ser contraria a la Constitución una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo. Dado que la parte recurrente denuncia, como veremos con razón, infracción de ley por indebida aplicación al caso del artículo 335 del Código Penal, lo cierto es que en el supuesto actual el fallo del presente recurso de casación no va a depender de la validez constitucional del referido precepto, en el que no resulta subsumible en realidad el hecho declarado probado, por lo que legalmente no es procedente formular cuestión de constitucionalidad, sin perjuicio de que pudiese plantearse en otro supuesto similar, por éste u otro órgano jurisdiccional.

Séptimo. El hecho declarado probado consiste en la captura de dos jilgueros en un bosque de la Provincia de Almería por una persona que se dedicaba autorizadamente a la caza de dichas aves para canto y cría, y que disponía de un permiso especial otorgado por la Comunidad Autónoma de Murcia, que no era extensible a la Provincia limítrofe de Almería.

La conducta así descrita no resulta subsumible en el artículo 335 del Código Penal que sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, momentos, cantidad o modo no permitidos, comportamientos estos últimos que pueden ser sancionados administrativamente, pero que no se incluyen en el tipo penal, pues éste no puede aplicarse a casos distintos de los comprendidos expresamente en el mismo (art. 4.1 del Código Penal de 1995).

Sin entrar en un innecesario análisis de la normativa administrativa, estatal y autonómica, y ciñéndonos al hecho probado y a lo expresado en los fundamentos jurídicos de la Sentencia impugnada con valor complementario del relato fáctico, es lo cierto que lo que se imputa al acusado no es la caza de una especie cuya captura no está expresamente autorizada por la normativa específica en la materia, que es lo que concretamente sanciona el tipo delictivo objeto de acusación, sino únicamente dar caza a dos ejemplares de una especie «para cuya captura se precisa la oportuna licencia administrativa de la Junta de Andalucía, licencia o permiso de la que carecía el acusado», es decir, que la conducta acreditada consiste en carecer del oportuno permiso administrativo, o más bien, en cazar fuera de los límites administrativos de la Comunidad Autónoma que había otorgado la autorización especial.

La captura de un ejemplar en una especie cuya caza está autorizada previa licencia o permiso especial, careciendo del mismo o fuera de los límites geográficos, temporales o cuantitativos administrativamente establecidos, constituye una infracción administrativa, pero no se integra en el artículo 335 del Código Penal, pues éste concreta su prohibición a la caza o pesca de especies no expresamente autorizadas, y no puede extenderse a otros supuestos distintos no comprendidos expresamente en el mismo. (art. 4.1.º Código Penal de 1995).

Declarándose probado en la Sentencia impugnada que en el caso actual la caza de la especie capturada por el acusado sí está autorizada, requiriendo únicamente disponer del oportuno permiso, con el que contaba el acusado para la Comunidad de Murcia y otros colegas suyos para la Comunidad Andaluza, la conducta enjuiciada no es subsumible en el tipo delictivo objeto de acusación.

Examinadas las actuaciones consta, en efecto, que el acusado disponía de autorización especial para la captura en vivo de aves fringílidas para canto, otorgada conforme al artículo 75 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Murcia; autorización en la que figuran expresamente como «especies autorizadas», el jilguero y el pardillo, con un máximo de capturas por cazador y día de seis ejemplares, entre las dos especies autorizadas. Asimismo se aportó en el acto del juicio oral, y fue admitida expresamente como prueba documental, tarjeta de autorización otorgada a otro colega del recurrente, también dedicado a la cría de aves cantoras, por la Junta de Andalucía para el año 1997, que autoriza la captura de aves fringílidas, y en la que figuran especialmente como «especies autorizadas» el jilguero y el pardillo, con un cupo máximo de captura de cinco ejemplares diarios. Se trata en consecuencia de especies cuya caza está autorizada, si bien sometida a un régimen especial de permisos y limitaciones, por lo que no concurre el elemento esencial definidor del tipo.

Debe, en consecuencia, ser estimado el motivo de recurso interpuesto por infracción de ley que denuncia por el cauce del artículo 849.1.º de la LECrim la indebida aplicación al caso del artículo 335 del Código Penal.

Octavo. No se desconoce que la protección jurídica del medio ambiente, de los recursos naturales, la flora, la fauna y la biodiversidad constituyen una necesidad universalmente reconocida, y que la relevancia del bien jurídico protegido así como la gravedad de los ataques de que es objeto, justifican plenamente la tutela penal. Pero por relevante que sea el objeto de protección penal no cabe desconocer los principios elementales de un Estado Social y Democrático de Derecho, que impiden la utilización de tipos penales carentes de la mínima precisión garantizadora del principio de certeza y prohíben, en su aplicación, la analogía *in malam partem*. Un buen objetivo, la tutela del medio ambiente y de la biodiversidad, no puede obtenerse a través de un mal procedimiento, vulnerando derechos y garantías fundamentales que constituyen la base del sistema democrático de justicia penal.

(Sentencia de 8 febrero 2000)

## ARTÍCULO 351

### *Incendio que no produce ningún peligro real: simples daños*

Segundo. El recurrente parece entender que el legislador de 1995, al sustituir «la casuística y desordenada tipificación del delito de incendio» –Sentencia 21-12-1984– por un solo tipo delictivo, el del artículo 351 CP vigente, que abarca toda conducta criminal de esta naturaleza que no afecte a zonas de vegetación, ha modificado la naturaleza que clásicamente se atribuyó al delito de incendio. La piedra angular de la argumentación del recurrente está, en efecto, en el hecho indudable de que el actual artículo 351 CP exige, para la integración del delito, que éste «comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas», así como en la hipótesis de que este elemento de riesgo no formaba parte de los de-

litos de incendio que describía el CP derogado, y concretamente el artículo 548 de aquel Texto en el que subsume la Sentencia recurrida los hechos declarados probados, por lo que, descartándose en éstos que el acusado crease en la ocasión de autos un peligro real, llega el recurrente a la conclusión de que una aplicación retroactiva de la normativa vigente no hubiese permitido la subsunción de los hechos en el artículo 351 CP y hubiese obligado a considerarlos constitutivos del delito de daños previsto en el artículo 263, lo que evidentemente resultaba más favorable para el acusado que la aplicación del artículo 548 CP 1973. A este razonamiento debe oponerse, sin embargo, que el delito de incendio, en general, fue siempre definido por la jurisprudencia como delito de peligro abstracto, no de mera actividad sino de resultado porque es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa –STS de 13-7-1990 y Auto 5-12-1995–, o bien como delito mixto de peligro y lesión –Sentencia de 23-12-1996– lo que se subraya en alguna resolución, como la de 27-3-1996, señalándose que la producción del peligro debe estar cubierta por el elemento subjetivo del tipo, es decir, por el dolo, al menos eventual, del autor. Es más, el delito de incendio previsto en el artículo 548 CP 1973, que es el apreciado en la Sentencia recurrida, era un tipo de riesgo al mismo tiempo abstracto y concreto: abstracto, porque todo incendio encierra, por su propia naturaleza, un peligro de propagación siendo, en principio, las consecuencias de ésta difícilmente susceptibles de control; concreto, porque si en el edificio, alquería, etc., incendiados se hallaban una o más personas, la vida o integridad física de éstas estaba afectada por un peligro determinado y cierto. Quiere esto decir, ante todo, que el elemento objetivo del peligro para la vida o integridad física de las personas, exigido por el artículo 351 CP vigente, aunque no en términos que induzcan a pensar que el peligro no pueda ser abstracto, apenas ha añadido cosa alguna a la estructura típica del delito antes previsto en el artículo 548 CP 1973 y, consiguientemente, que el primero de los preceptos mencionados no es, por ello, más favorable que el segundo en razón de los elementos que son necesarios para la integración del tipo, por lo que no estaría justificada la aplicación retroactiva del primero. Ahora bien, lo que no cabe desconocer es que habiéndose incardinado los hechos, en la Sentencia recurrida, en un tipo delictivo –el del art. 548 CP 1973– que sólo se realizaba en tanto el incendio comportaba un peligro para la vida o integridad física de las personas que se hallaban en el edificio, y en tanto el peligro era querido o aceptado por el autor, la declaración de hechos probados y el primer fundamento de derecho descartan terminantemente la concurrencia de uno y otro elemento. En la declaración probada se afirma literalmente que «nunca llegó a existir un riesgo real para las personas» y esta afirmación se refuerza en el primer fundamento jurídico haciéndose constar que «el autor tomó medidas a fin de que no se extendieran las llamas, que en todos los casos pudo controlar sin riesgo de propagación», lo que significa, sin lugar a dudas, que en ninguno de los incendios provocados por el acusado, hoy recurrente, existió riesgo alguno, ni abstracto ni concreto, precisamente porque el mismo lo evitó. Siendo así, es claro que nuestra respuesta al recurso debe coincidir, en lo sustancial, con la voluntad impugnativa del recurrente puesto que debemos declarar indebidamente aplicado a los hechos declarados probados el artículo 548 CP 1973 y constitutivos aquéllos de un delito de daños en razón de los destrozos causados por las llamas en el patrimonio de los que fueron perjudicados hasta recibir la correspondiente indemnización de las respectivas compañías de seguros. Pero el delito de daños, cuya comisión reconoce el recu-

rrente, no podrá ser castigado con arreglo al artículo 263 CP 1995, por no concurrir las condiciones necesarias para su aplicación retroactiva, sino con arreglo al artículo 563 CP 1973, vigente cuando los hechos se produjeron. El recurso, en consecuencia, debe ser estimado, dictándose a continuación otra Sentencia más ajustada a Derecho.

(Sentencia de 7 junio 2000)

*Naturaleza del delito de incendio; Incendia tres habitaciones del hotel para sustraer efectos aprovechando la confusión: unidad de acción*

Primero. 1. La Sentencia impugnada condena a la recurrente como autora de tres delitos de incendio del artículo 351 del Código Penal, un delito y una falta de hurto, un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro continuado de falsedad en concurso con otro de estafa concurriendo en los delitos de hurto y de incendio la agravante de abuso de confianza. Se declara probado, en síntesis, que la acusada empleada de un hotel, entró en una habitación y sustrajo los efectos que se relacionan. El día 19 de octubre «con la finalidad de sembrar confusión y distraer al personal» accedió a una habitación a la que prendió fuego; acto seguido realiza lo mismo en otra habitación; «una vez que con lo anterior logró que tres habitaciones empezaran a arder y atrajera a diverso personal y clientes del hotel para proceder a extinguir los incendios producidos», entró en otra habitación de la que sustrajo dinero en metálico y tarjetas de crédito que la acusada utilizó en las compras y retiradas de dinero que realizó por la tarde y al día siguiente.

La recurrente formaliza su impugnación que articula en tres motivos que, erróneamente, ampara en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin designar ningún documento aunque denuncia la indebida aplicación del artículo 351 del Código Penal, en el primero, la inaplicación del artículo 74 del Código Penal, la naturaleza continuada del incendio, en el segundo, y la inaplicación de la atenuante del artículo 21.1, en relación con la circunstancia primera del artículo 20 del Código Penal.

Núcleo esencial de los dos primeros motivos es la consideración de una única acción subsumible en el delito de incendio, como apunta la recurrente, o de tres delitos de incendio, como ha subsumido la Sentencia.

2. En el relato fáctico se destacan tres acciones, en el sentido de movimientos corporales, por las que se incendian tres habitaciones de un hotel. A esa premisa fáctica ha de añadirse que en la fundamentación de la Sentencia se relata que las tres habitaciones incendiadas están en la misma planta y ala del hotel.

La Sentencia rechaza la subsunción de los hechos en un único delito del artículo 351 del Código Penal, porque no nos encontramos «ante varias formas de un único incendio» y añade que lo relevante es que «el incendio comporte peligro para la vida o integridad física de las personas» y éste se produce cuando se consuma el delito. El delito de incendio es un delito de resultado, afirma la Sentencia, y por lo tanto que dada su naturaleza de delito de resultado «existen tantos delitos

como resultados individualizados, pues dicho delito se consuma con la simple causación del incendio».

3. En la fundamentación de la Sentencia se desliza un error sobre la naturaleza del delito. Al afirmar que el delito de incendio del artículo 351 es un delito de resultado concluye que hay tantos delitos como resultados típicos (incendios) se han producido, con olvido que el Nuevo Código Penal ha clarificado la regulación de la anterior tipicidad relativa a los incendios, distinguiendo entre aquellos causantes de un perjuicio patrimonial, hoy subsumibles en el artículo 262 del Código Penal, de aquellos otros delitos de riesgo causados a través de incendios (arts. 351 y siguientes). Si los primeros tienen una naturaleza de delito de resultado, las figuras típicas contempladas en los artículos 351 y siguientes son delitos de riesgo abstracto en los que el incendio es el medio generador de un peligro. Distinción que, ciertamente, no es tan tajante como se expone pues algunos de los tipos penales contemplados en las respectivas Secciones reguladoras de los incendios y de los daños, aparecen como delitos de resultado y de peligro, pero esa naturaleza de peligro es clara en el artículo 351 del Código Penal, artículo en el que se subsume el hecho probado.

De lo anterior resulta que el artículo 351 del Código contempla un delito de peligro abstracto por el que se protege la vida e integridad física de las personas frente a peligros derivados de incendios de tal entidad que puedan ponerla en peligro.

4. Hemos de dilucidar ahora lo que constituye el elemento central de la impugnación de la Sentencia, esto es, si nos encontramos ante una pluralidad de acciones que determinan una pluralidad de delitos en concurso real o si, por el contrario, las distintas acciones se engloban en una unidad, natural o típica, de acción que determinaría un único delito. Este supuesto problemático de la dogmática penal parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (cfr. SSTs de 15-2-1997, 19-6-1999, 7-5-1999 y 4-4-2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha», en supuestos de hechos referidos a robos con intimidación a distintas personas, falsificación de documentación sobre visados etcétera.

5. En el caso concreto, el hecho probado nos refiere que la acusada con una finalidad de robar en la habitación 7222, entró en dos habitaciones, la 4039 y la 6207, todas situadas en la misma planta y ala del hotel en el que trabajaba, «con la finalidad de sembrar la confusión y distraer al personal». Entra en la habitación en la que sustrae efectos y luego prende fuego a efectos de la habitación.

Desde el hecho probado, complementado con las afirmaciones fácticas de la fundamentación de la Sentencia, resulta que las sucesivas acciones realizadas se unifican en una única dirección delictiva dirigida, de una parte, a la sustracción de efectos en la habitación 7222, y, además, a la producción de un fuego en tres habitaciones diferentes que en su dimensión total supone la puesta en peligro del bien jurídico final tutelado por la norma, el peligro a la vida e integridad física de terceras personas.

Desde esta perspectiva hay una única acción y el delito debió subsumirse en un único delito de incendio del artículo 351 del Código Penal, siendo errónea la calificación por tres delitos, por lo que el primer motivo se estima en tanto que el segundo, planteado de forma subsidiaria, carece de contenido dada la estimación del planteado como principal.

(Sentencia de 18 julio 2000)

### *La tentativa de incendio no requiere que el fuego se haya iniciado: requisitos*

Tercero. Esta fundamentación de la Sala sentenciadora es básicamente correcta y debe ser confirmada. En efecto, como señala la Sentencia de 26 de marzo 1999, la consumación del delito prevenido en el artículo 351 del Código Penal únicamente exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en grave peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para los mismos.

La tentativa no requiere que el fuego se haya iniciado, sino la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad de su autor.

En el supuesto actual consta que el plan del autor se encaminaba a prender fuego a una vivienda unifamiliar habitada, con plena conciencia del riesgo que ello conllevaba para la integridad de sus moradores, consta también que mediante actos exteriores preparó un sofisticado y peligroso artefacto incendiario y se dirigió con él a la vivienda de su víctima con la inequívoca intención de prenderle fuego y arrojarlo a la misma, iniciando con ello la situación de riesgo, y consta, por fin, que la interrupción de la acción se produjo por la intervención de la víctima, cuando el incendio ya era inmediato, pues el acusado se encontraba ante la misma puerta de la vivienda con el artefacto incendiario preparado para su inmediata deflagación. Es claro que el acusado superó la fase de «actos preparatorios» iniciando la ejecución del delito, por lo que la Sentencia condenatoria por tentativa debe ser confirmada.

(Sentencia de 11 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 364

*Administrar clenbuterol a animales destinados a consumo humano: irrelevancia de que la dosis no suponga un peligro real para la salud pública debido a la configuración del tipo como delito de peligro abstracto*

Noveno. Al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la LECrim se aduce la aplicación indebida del artículo 364.2.1.ª del CP en el noveno motivo de impugnación.

Se plantea, en primer lugar, que no concurre el elemento normativo del tipo, porque es preciso que se administren a los animales sustancias no permitidas. Como la prohibición en opinión del recurrente no surge hasta el RD 1373/1997, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1997, y los hechos ocurrieron con anterioridad.

Procede la desestimación del motivo, porque antes de esa fecha existía como cobertura normativa del precepto tanto en el Reglamento comunitario para la fijación de límites máximos de residuos de medicamentos en alimentos de origen animal, como en el RD 1904/1993, de 29 de octubre.

En cuanto al segundo elemento del tipo –generación del riesgo– la estimación de este motivo se subordina por el propio recurrente a la estimación de los motivos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, por lo que deberá correr la misma suerte que aquéllos.

a) El artículo 364 CP establece de una manera clara que la conducta peligrosa que en la primera alternativa típica consiste en «administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas». Se trata, como se ve, de un supuesto de peligro abstracto, dado que lo incriminado es la realización de una acción que, por sí misma, es peligrosa, toda vez que el clenbuterol es una sustancia prohibida por el RD 1262/1989 de 20 de octubre. El artículo 364 CP es en este punto una ley penal en blanco referida a las normas que no permiten la administración de determinadas sustancias, precisamente por su carácter perjudicial para la salud humana.

El acusado administró al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada, que genera riesgo para la salud de las personas.

Esta Sala ya sostuvo que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético y que, en consecuencia, «la perfección (del delito) se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas».

Esta interpretación del artículo 364.1.º CP tiene su fundamento, ante todo, en el texto de dicha disposición, dado que la ley distingue entre administrar sustancias no permitidas y hacerlo en dosis superiores. Por lo tanto, no es el exceso en la dosis lo único que se prohíbe, pues si así fuera, en el texto del artículo 364.1.º CP se superpondrían dos de las tres alternativas típicas de la acción.

Expuesto lo anterior se presenta una segunda cuestión concerniente a si la cantidad comprobada es suficiente para generar el riesgo propio del delito. Atendiendo al carácter de delito de peligro abstracto del tipo que hemos expuesto en el apartado a): lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública. Pero, sin perjuicio de ello, lo

cierto es que el problema planteado tiene una notoria similitud con la cuestión referente a si el veneno —contemplado como una circunstancia del asesinato en el artículo 406 CP 1973— requería conceptualmente que la cantidad administrada fuera mortal. Esta problemática fue tratada en la STS de 5 de noviembre 1977, a propósito de un hecho en el que la autora había dado a la víctima una cantidad de veneno inocua para producirle la muerte. En dicha Sentencia se citan antiguos precedentes de esta Sala de 21-11-1876, 26-11-1879, 7-11-1890 y 9-12-1895 en los que se sostuvo una tesis negativa y asimismo, otros de 29-7-1874, 16-4-1877, 11-8-1925, 2-10-1931, 1-2-1943 y 15-1-1947 en los que se estimó que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato. *Mutatis mutandis*, es decir, teniendo en consideración que el tipo del artículo 364 CP es un delito de peligro abstracto que, por lo tanto, no requiere la producción de ningún resultado, el criterio de la STS de 5 de noviembre 1977, es aplicable a estos casos. En consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma. El motivo debe desestimarse.

(Sentencia de 22 marzo 2000)

## ARTÍCULO 368

### *Noción de salud pública*

Cuarto. El motivo restante fue formalizado con base en el artículo 849.1.º LECrim. Sostiene la Defensa que el artículo 344 CP 1973 fue indebidamente aplicado porque la pureza de la cocaína ocupada al recurrente sólo alcanzaba al 3,7 por 100. De ello deduce que o bien se debe reconocer que el hecho es atípico, pues se trata de una sustancia que no puede causar ningún daño a la salud pública o bien se debe considerar que se trata de una sustancia que, dada su reducida pureza, no causa grave daño a la salud.

El motivo debe ser desestimado.

La potencialidad de la cantidad de droga que el recurrente tenía en su poder en relación a la salud individual carece de relevancia a los efectos de la tipicidad. En efecto, el tipo del tráfico de drogas no contiene un delito de lesiones corporales en el sentido del artículo 147 CP. Se trata, por el contrario, de un delito cuya finalidad es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas y, como tal, de un delito de peligro abstracto. Ciertamente no son pocas las objeciones que desde diversas concepciones político-criminales se hacen a esta especie de tipos penales, pero lo cierto es que el derecho vigente está estructurado de esta manera y, en la medida en la que no se pone en tela de juicio su compatibilidad con el principio de legalidad, los Tribunales deben aplicarlos según las reglas que los gobiernan.

Las mismas razones impiden admitir el otro aspecto del argumento, es decir el referido a la posible vulneración de la salud pública a través de una sustancia de tan reducida pureza. Es sabido que la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del delito de tráfico de drogas este

peligro no permitido no depende, por lo tanto, de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador.

(Sentencia de 7 noviembre 2000)

### *Requisitos para que el consumo de drogas compartido sea atípico: doctrina general*

Quinto. El último motivo del recurso que nos queda por analizar es el cuarto, articulado por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de ley), y por tanto con pleno respeto a los hechos probados en la resolución judicial, que se fundamenta en la indebida aplicación del artículo 368.1.º del Código Penal, residenciando toda su argumentación en la denominada doctrina (o mejor situación) del consumo compartido, en cuya tesis no serían antijurídicos los hechos sometidos a nuestra consideración.

Los requisitos que ha construido la jurisprudencia de esta Sala para su apreciación son los siguientes, según la Sentencia de 31 de marzo de 1998: 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 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» (SSTS 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 de esta Sala en las SSTS de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

(Sentencia de 8 marzo 2000)

### *Requisitos para que la donación a consumidores sea atípica*

Único. La Sentencia recurrida condenó a José Martín G. H. como autor de un delito contra la salud pública, imponiéndole las penas de tres años de prisión y

multa de 2.000 ptas. por haber enviado dos cartas a una interna en el Centro Penitenciario de Villanubla (Valladolid), cada una de las cuales, bajo el sello correspondiente, ocultaba una mínima cantidad de droga, 0,03 gramos de heroína la primera y 0,10 gramos de cocaína la segunda, sin haberse podido precisar el grado de pureza de las mencionadas sustancias, precisamente por la escasez del material ocupado.

Dicho condenado recurrió en casación por un solo motivo al amparo del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, aduciendo como documentos los de los folios 78 y 79 relativos a los informes sobre los análisis practicados en cuanto a la composición y peso de las referidas sustancias.

Tiene razón el recurrente, en cuanto que el peso de 0,10 gramos de heroína no era peso neto, pues comprendía también el del papel de celofán transparente al que el polvo marrón estaba adherido, según acredita el mencionado informe del folio 78.

Pero ello es irrelevante, pues, incluso tomando como peso neto las cantidades que se consignan en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, habría de estimarse que según la doctrina de esta Sala, no existió el referido delito, tal y como razonamos a continuación:

A) Pese a la amplitud de los términos utilizados por el artículo 368 CP para definir el delito contra la salud pública en relación con las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia de esta Sala, de modo muy reiterado a partir del año 1993, viene considerando la inexistencia de delito en determinados supuestos en que concurren particulares circunstancias relacionadas con la mínima cuantía de la droga, con la adicción de todos los implicados y con las relaciones personales entre quien la suministra y quien la recibe, por razones que se vienen expresando con argumentos diferentes que podríamos reducir a dos:

1.ª La insignificancia del hecho que se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, la salud pública.

El Derecho Penal actual ya no admite la existencia de delitos meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Ha de existir necesariamente una lesión o un peligro respecto del bien jurídico protegido.

Esta infracción del artículo 368 CP es un caso más de delito de peligro y de consumación anticipada en que el legislador, a fin de dar mayor protección al referido bien, la salud pública, ante la gravedad y gran repercusión social que estas infracciones tienen, ha colocado la barrera de la punición penal en un momento anterior al de la producción del daño, decidiéndose a sancionar como delitos consumados conductas que, en otros supuestos, sólo podrían conceptuarse como tentativa o incluso como actos preparatorios. Pero esta configuración legal del delito no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho Penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando sólo lo es en grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública (o sólo lo hace de modo irrelevante).

2.ª Entendiendo, desde una perspectiva subjetiva, que el delito del artículo 368 CP, aunque ello no aparezca en su texto, exige, además del dolo necesario en toda infracción dolosa, un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la

sustancia tóxica, intención que queda excluida en estos supuestos en que el círculo cerrado en que se desenvuelve la conducta, o la mínima cuantía de la droga, así lo justifica.

Aunque es difícil decir en síntesis cuáles son estos casos, podemos hacer los siguientes grupos de supuestos en que la doctrina de esta Sala viene pronunciando Sentencias absolutorias:

1.º El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, para procurar su gradual deshabituación, o en supuestos similares.

2.º La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune.

3.º Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido.

4.º Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias.

Tales criterios aparecen en muchas Sentencias de esta Sala, en las que también se habla de la desproporción de las penas, particularmente abundantes desde 1993. Podemos citar las siguientes: 25-5-1981, 12-7-1984, 6-4-1989, 28-6-1991, 2-11-1992, 19-12-1992, 4, 22 y 24-2-1993, 29-5-1993, 3 y 7-6-1993, 2 y 15-7-1993, 6 y 27-9-1993, 6 y 18-10-1993, 9-2-1994, 3-6-1994, 16-7-1994, 10 y 25-11-1994, 25-1-1996, 16-9-1996, 28-10-1996, 22-1-1997, 20-7-1998, 13-2-1999 y 3-4-2000. Sin embargo, hay que advertir sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias, particularmente cuando se hace posible el consumo por personas no adictas o en grupos que, por su número o circunstancias, exceden del ámbito de lo privado o cerrado.

B) A la vista de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, podemos afirmar que en el caso presente no debió dictarse la condena ahora recurrida, ante la insignificancia del hecho respecto del bien jurídico protegido en consideración a la mínima cuantía de la droga detectada: 0,03 gramos de heroína y 0,10 gramos de cocaína (de lo que habría de deducir lo que pesara el papel de celofán al que iban adheridos los polvos marrones). Máxime teniendo en cuenta que no pudo concretarse el grado de pureza de tales drogas, precisamente porque esas pequeñas cuantías no permitieron realizar los análisis correspondientes: cuantías irrelevantes para la salud pública, bien jurídico protegido por la norma en esta clase de delitos.

Aunque nada dicen los hechos probados de la Sentencia recurrida sobre las circunstancias personales de las dos personas implicadas en los hechos, del examen de los autos (art. 899 LECrim) se deduce que se trata de dos envíos, por parte de quien había salido recientemente de la prisión, a su compañera sentimental, aún recluida, realizados a título gratuito y siendo ambos drogodependientes.

Casos semejantes merecieron la absolución, según el criterio de esta Sala antes explicado, en tres de las Sentencias ya citadas, las de 25-1-1996, 28-10-1996 y 22-1-1997.

(Sentencia de 22 septiembre 2000)

*La entrega entre las ropas de una papelina de heroína destinada a hijo polítotoxicómano interno en Centro Penitenciario es conducta atípica*

Tercero. El motivo primero, por el cauce procesal del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

Pretende la parte recurrente con este motivo integrar el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida para consignar en el mismo que el hijo de la acusada y destinatario del paquete interceptado «presenta politoxicomanía con consumo de heroína» y además «virus de inmunodeficiencia humana»; y para acreditarlo cita el «informe médico del Centro Penitenciario de Cumplimiento de Jóvenes Alcalá 2».

Al folio 113 de los autos obra el referido informe médico en el que, escuetamente, se indican como «antecedentes personales» del interno José Antonio J. G.: «Politoxicomanía (heroína, cocaína, Bzd., etc.). ADVP (heroína + cocaína), desde 1991. VIH (+) conocido en 1996».

Dado que en el relato fáctico de la Sentencia recurrida nada se dice acerca de la condición de drogadicto del hijo de la acusada, interno en el Centro Penitenciario en el que se desarrolló la conducta enjuiciada en esta causa, y que tal circunstancia puede ser relevante a tal fin, procede estimar este motivo.

Cuarto. El tercero de los motivos del recurso, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

Fundamenta su pretensión la parte recurrente en que –según expresa– la postura mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene estimando que la entrega de droga por un familiar, en cantidades mínimas, con la sola y exclusiva idea de impedir riesgos de las crisis de abstinencia y sin mediar ventaja o contraprestación alguna es atípica al faltar la antijuridicidad en tal conducta; poniendo de relieve además que «en nuestro caso está reconocido que el destinatario de la droga, hijo de mi representada, es toxicómano, por lo que la falta de droga le provocaría crisis de abstinencia».

La condición de politoxicómano del hijo de la acusada, portador además del VIH, el hecho de hallarse interno en un Centro Penitenciario, la escasa entidad de la droga que se pretendía hacer llegar al mismo y la consiguiente falta de peligro de difusión en el interior del Centro, componen un conjunto de circunstancias de las que se deduce razonablemente la atipicidad de la conducta enjuiciada por no afectar al bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 368 del Código Penal (véase SSTs de 15 de junio de 1994, 14 de junio de 1997, 11 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999, entre otras).

Procede, en consecuencia, estimar también este motivo.

(Sentencia de 19 mayo 2000)

*Labores de vigilancia mientras otros coacusados venden la droga: acto típico en cuanto favorece o facilita el tráfico*

Cuarto. El motivo tercero, por el cauce procesal del núm. 1.º del artículo 849 del Código Penal y con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, se formula por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal, en concordancia con el artículo 24.2 de la Constitución y en aplicación del principio de presunción de inocencia.

Se alega, como fundamento de este motivo, «que la Sentencia recurrida aplica el artículo 368 del Código indebidamente, según se desprende del acta del juicio y de todo lo instruido, ya que la policía desconoce los movimientos de mis representados».

Destaca la parte recurrente –entre otros extremos– que «en el fundamento de derecho segundo (...) cuando se explica la actuación de Isidoro no dice que éste vendiera droga sino que estaba vigilando y esta figura no está comprendida en el precepto alegado ya que es una apreciación de unos agentes de policía»; concluyendo que «si no hay unos comportamientos, como establece la jurisprudencia (...) para la aplicación del artículo 368 del CP, no es de aplicar en este caso concreto».

Dado el cauce procesal elegido, en cuanto impone el respeto de los hechos declarados probados (art. 884.3.º LECrim), y el hecho de que en el motivo siguiente se denuncia específicamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, vamos a limitarnos en este motivo a examinar el posible fundamento de la denunciada infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

El artículo 368 del Código Penal, como es notorio, contiene una descripción sumamente amplia de las conductas constitutivas del delito contra la salud pública que define, debiendo destacarse a estos efectos, al lado de los «actos de cultivo, elaboración o tráfico», los verbos nucleares de promover, favorecer o facilitar «el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas», así como el de poseer tales sustancias «con aquellos fines».

En el presente caso, tal como se dice en el *factum* de la Sentencia de instancia, «los acusados (...) venían dedicándose a la venta de cocaína y heroína a consumidores de dichas sustancias», «en el interior de la vivienda» de autos; explicando que los compradores penetraban en ella y allí eran atendidos por las acusadas Encarnación o Almudena (que «hacían entrega de la droga a los compradores y percibían el dinero a cambio»); y «mientras tanto, el otro acusado, Isidoro, se quedaba en el exterior efectuando labores de vigilancia».

Existía, por tanto, una voluntad común o acuerdo entre los acusados de poseer y vender a los consumidores las sustancias que se dicen en el relato fáctico. Lo cual quiere decir que existía un «*pactum scelleris*» entre ellos, con el correspondiente reparto de papeles, todos ellos ciertamente relevantes a los fines perseguidos: de un lado, el trato directo con los compradores (a cargo de las acusadas Encarnación y Almudena), y de otro, la fundamental labor de vigilancia que llevaba a cabo el acusado Isidoro, imprescindible para que aquéllas realizaran sus funciones con las necesarias garantías. Por consiguiente, bien por esta razón (existencia de un acuerdo entre los acusados con reparto de papeles, todos ellos relevantes para el éxito de las actividades convenidas), bien porque ninguna duda cabe de que las actividades de tráfico (venta de papelinas de las referidas sustancias) llevadas a cabo por las acusadas eran penalmente típicas y la llevada a cabo por el acusado

también lo era, en cuanto favorecedora o facilitadora de tales actividades, es preciso concluir que no cabe apreciar en el presente caso la infracción legal denunciada en este motivo.

(Sentencia de 31 marzo 2000)

*Posibilidad de tentativa en delito de tráfico de drogas: doctrina jurisprudencial*

Sexto. (...) La Jurisprudencia de esta Sala es constante y regular en este sentido (SSTS de 8-7-1998, 21-6-1999, 20-3 y 14-9-2000, y las citadas en las mismas, entre otras muchas). Así, la citada en último lugar, con referencia expresa a la de 11-11-1999, recuerda que la Jurisprudencia de esta Sala «ha afirmado reiteradamente que el delito de tráfico de drogas sólo admite, por lo general, la forma consumada por tratarse de un delito de mera actividad o riesgo abstracto que no requiere un resultado más allá de la conducta típica definida, por lo demás, en términos sumamente amplios en el artículo 368 CP, de tal modo que sólo en casos excepcionales se han admitido formas imperfectas de ejecución», admitiendo que en los supuestos de envío de droga el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio previo entre remitente y destinatario. La de 20-3-2000 se refiere a la dificultad que entraña desplazar la consumación cuando se trate de acciones dirigidas a acercar la droga al consumidor subsumibles en los verbos rectores de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de estupefacientes empleado por el artículo 368 CP. Basta pues el acuerdo entre las partes implicadas para admitir una disponibilidad relevante por parte del receptor de la sustancia, posesión mediata suficiente que entraña la relevancia penal consistente en el propio tráfico a través de alguna de las manifestaciones descritas en el tipo (ver específicamente la STS de 8-7-1998). La STS de 3-3-1999, citada y transcrita parcialmente en el desarrollo del motivo, no contradice en rigor lo anterior cuando se refiere a que la consumación se produce en el momento en que ya se tiene la posesión de la cosa de modo pacífica, es decir, con una posibilidad de disposición de la misma.

(Sentencia de 15 noviembre 2000)

*No existe tentativa inidónea, sino simple tentativa, en el caso de quien encarga a un tercero proveerle de droga sin que ello finalmente acontezca*

Primero. El primer motivo del recurso se basa en la infracción del artículo 14 CP 1973, pues, entiende el recurrente, que «no se concreta en cuál de las modalidades del artículo 14 estaría comprendida la conducta» del acusado. Señala que la acción que se le imputa consiste en haber instado telefónicamente una operación de tráfico que no se llegó a realizar. El Fiscal, en el apoyo del motivo, ha señalado

que no ha existido acusación por conspiración. La misma cuestión es reiterada en el segundo motivo del recurso desde la óptica del artículo 24.2 CE.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La Audiencia consideró que los acusados N., G., M., C. y el recurrente tomaron parte en un hecho tendente a la obtención de droga para el tráfico y que lo hicieron como coautores. En el fundamento jurídico 33 expuso el Tribunal *a quo* que a este hecho le era aplicable el artículo 3 CP 1973. En el 34, al justificar la calificación sostuvo que «las actividades desarrolladas desde septiembre de 1993 hasta mayo de 1994 por M., C., N., R., D. y G. para aprovisionarse de cocaína a efectos de tráfico y que se describen en el apartado primero de los hechos probados, (...) constituyen una sucesión de operaciones sin éxito conocido, no habiéndose llegado a acreditar que el proyecto se llevase efectivamente a cabo». Sobre esta base el Tribunal *a quo*, remitiéndose a diversos precedentes de esta Sala entendió que el hecho era punible como tentativa del delito contra la salud pública.

2. El recurrente sostiene que en los hechos probados sólo se le imputa haber sido un «interesado en la operación» y que esto no comporta «tomar parte directa en la ejecución del hecho» ni ninguna de las otras acciones descritas en el artículo 14 CP 1973, razón por la cual la aplicación de esta disposición sólo podría ser justificada por la extensión analógica del texto de la misma.

3. La argumentación del recurrente ha sido apoyada por el Ministerio Fiscal aduciendo que «en ninguno de los episodios que se relatan se ocupa cantidad alguna de estupefaciente». A ello agrega que el delito del artículo 344 CP 1973 «no permite formas imperfectas de ejecución» y que «en modo alguno cabría construir una tentativa de un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia cuando no se ocupó cantidad alguna, quedando en su caso la cantidad en el terreno de las intenciones».

4. En la STS de 27-2-1995 esta Sala admitió que la acción de concurrir al lugar en el que se debía recoger la droga, en ejecución de un plan previamente concertado, constituía ya comienzo de ejecución del delito del artículo 344 CP 1973, lo que resulta aplicable también al artículo 369 CP vigente. Asimismo, en la STS de 19-12-1995 se dice, aunque como «obiter dictum», que la remisión de la droga al lugar en el que se ha concertado su recogida también constituye un principio de ejecución y que, asimismo, constituye principio de ejecución del delito del artículo 344 CP 1973, la acción del que se dirige «a trasladar (la droga) al lugar concretado en el que el recurrente la iba a recoger». Es decir, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de una tentativa de tenencia de droga –pues ésta es la acción típica que genera el problema aquí planteado– cuando el autor ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En todo caso, en numerosos precedentes la Sala ha hecho referencia a la posibilidad, aunque restringida, de admitir formas imperfectas de ejecución en este delito. Es decir, que, en principio, la jurisprudencia no ha excluido la posibilidad de tentativa en este delito en forma absoluta (cfr. SSTS ya citadas y además STS de 20-10-1999, con numerosas citas de los precedentes).

Nuestros precedentes, por el contrario, han rechazado la posibilidad de una tentativa sólo cuando a esta Sala se le ha planteado la existencia de una imperfecta realización del tipo, basándose en que el autor no ha llegado a traficar con la droga, como se lo proponía. En estos casos la Sala ha venido a decir que el delito se consuma con la tenencia, considerando en algunas Sentencias que esta alternativa típica constituye un supuesto de delito de pura actividad (cfr. STS de 11-11-1999) y

en otras que nos hallamos en presencia de un delito de peligro abstracto (cfr. STS de 11-2-1999) . Esta diversa caracterización del tipo del artículo 368 CP no trasciende a la cuestión que ahora tratamos, dado que, de todos modos, la «ratio decisionis» de las Sentencias referidas no depende de ello. En efecto, la jurisprudencia se ha referido al carácter de delito de pura actividad o de peligro abstracto para excluir la aplicación del artículo 16.1 CP (art. 3 CP 1973) cuando el autor no ha logrado la finalidad perseguida. En tales casos se ha dicho también que el alcance de metas que van más allá de la mera tenencia no condiciona la consumación de la tenencia para el tráfico, sino que pertenece a la fase de agotamiento del delito (cfr. SSTS de 12-2-1997; 1-3-1997; 18-4-1997; 20-10-1997; 11-5-1998 y 3-12-1998, entre otras).

Resumidamente es posible afirmar:

a) que la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, fundándose tanto en la estructura del tipo del artículo 344 CP 1973, como en la del artículo 368 CP vigente, la aplicación de los artículos 3 ó 16.1 de esos respectivos cuerpos legales a los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos con la tenencia de estupefacientes.

b) que por el contrario, esta Sala ha admitido que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3 CP 1973 y 16.1 CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

Se trata como se ve de hechos que tienen perspectivas diversas: en los primeros el autor tiene la droga y tiende a un fin futuro y extratípico que no alcanza; en los segundos el autor ha comenzado la ejecución con el fin de lograr la tenencia, sin alcanzarla.

Estas conclusiones son consecuencia de una concepción de la tentativa, aceptada en general, que la define como un defecto del tipo objetivo, es decir como un caso en el que realmente no concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en los que el autor ha supuesto dicha concurrencia. Por tal razón en la doctrina se considera que la tentativa es un error de tipo inverso. Como es claro, desde este punto de vista la tentativa de los delitos de pura actividad o de los delitos de peligro no ofrece ninguna dificultad conceptual.

Todo lo dicho lleva al rechazo de la premisa básica del recurrente, quien, erróneamente, ha planteado la cuestión desde la perspectiva del artículo 14 CP 1973 ó 28 CP vigente, es decir como un problema de autoría; en ese marco de referencia la cuestión no plantea ningún problema: el intento de obtener droga es punible y, por lo tanto, constituye una acción mediante la que se toma parte directa en la ejecución del delito de los artículos 344 CP 1973 ó 368 CP.

5. Aclarado lo anterior, queda todavía otro aspecto del caso que debemos aclarar. El enviado por el recurrente y los otros procesados a Madrid en busca de la droga no regresó a Barcelona con ella, sino con unos paquetes que –al contrario de lo supuesto por ellos– no contenían cocaína u otro tipo de droga. Es decir, que el recurrente creyó tener en su poder –a través del procesado G.– droga, aunque realmente no era así, pues éste sólo recibió paquetes con otro contenido.

Hechos de estas características tienen todos los elementos de la tentativa que acabamos de expresar. En la STS de 21-6-1999 se ha reconocido que la imposibilidad de la consumación del delito de tráfico de drogas no excluye su punibilidad como tentativa. En este sentido dicha Sentencia ha receptado la doctrina según la

cual 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 CP vigente, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar –se dice en dicha Sentencia– «que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado». «Se trata –agrega la misma Sentencia– de supuestos 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».

De todos modos, en el presente caso no se trata de una tentativa inidónea. El juicio sobre la idoneidad está básicamente condicionado por la estructura del tipo penal. Consecuentemente, en un delito en el que la tipicidad se agota en la realización de una acción, este juicio no necesita ser referido a la potencialidad causal de un medio para la producción de un resultado que implica una modificación en el mundo exterior. Es decir, el juicio sobre la idoneidad en un delito de actividad o de peligro abstracto, sólo se debe referir a la aptitud de la acción para la realización del tipo, sin ninguna vinculación a un posible resultado proveniente causalmente de la acción.

En el presente caso es evidente que se dan estas condiciones, toda vez que el recurrente, junto con los otros partícipes, se valió de otra persona, dispuesta a colaborar, para procurarse una determinada cantidad de estupefacientes. Es decir, que obrando con un dolo completo, realizó acciones que le hubieran permitido conseguir la droga, si el proveedor se la hubiera proporcionado.

6. En el segundo motivo del recurso se sostiene que vulnera el derecho a la presunción de inocencia deducir del reclamo telefónico realizado por el recurrente su participación en el hecho. Sin embargo, es correcto considerar que sólo un partícipe en el hecho puede reclamar por incumplimientos que frustraron la obtención de la droga. La cuestión no genera ninguna duda y de ello cabe deducir la participación en la que se fundamenta el fallo recurrido.

Décimo. También este recurrente impugna la Sentencia recurrida desde la perspectiva del artículo 16 CP vigente o 3 CP 1973. Considera el recurrente que «todo parece indicar que se ha producido un fraude a los eventuales vendedores que no poseían estupefaciente ni, por ello, tenían intención alguna de vender». El recurrente entiende que la tentativa inidónea no es punible.

El motivo debe ser desestimado.

La tentativa inidónea era expresamente punible en el artículo 52 CP 1973 y sigue siéndolo, en la medida en que la punibilidad de la tentativa no está excluida en el artículo 62 CP.

Al respecto nos remitimos a lo ya expuesto en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia. Brevemente dicho: si el hecho puede ser subsumido bajo la hipótesis del artículo 16 CP no se excluye la punibilidad. Tampoco cabe una atenuación en dos grados como consecuencia de la supuesta inidoneidad que postula el recurrente. Ya hemos expuesto en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia que no estamos en presencia de una tentativa inidónea, sino que, la acción realizada era perfectamente apta para la realización del tipo si el proveedor de la droga la hubiera proporcionado de acuerdo con lo convenido.

(Sentencia de 13 marzo 2000)

*Consumación del delito de tráfico de drogas mediante el envío de la droga por correo*

Tercero. En el segundo motivo, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, denuncia el recurrente una infracción, por indebida inaplicación, del artículo 16.1 CP puesto que, a su entender, las dos operaciones de tráfico que se realizaron enviando cocaína a su apartado de correos no alcanzaron el grado de consumación quedándose en el de tentativa. El motivo no puede ser acogido aunque, como veremos, a este recurrente le alcanzarán los beneficios derivados de la estimación del único motivo del recurso primeramente examinado. El recurrente no ha sido considerado autor sino cómplice del delito enjuiciado, por lo que el grado de perfección del delito que a título de cómplice se le ha atribuido no puede depender de que aquél tuviese o no real acceso a la droga objeto del tráfico sino de que éste alcanzase objetivamente el estadio en que todos los elementos del tipo se realizan. Como se recuerda, entre otras, en la STS de 11-11-1999, la jurisprudencia de esta Sala ha afirmado reiteradamente que el delito de tráfico de drogas sólo admite, por lo general, la forma consumada por tratarse de un delito de mera actividad o riesgo abstracto que no requiere un resultado más allá de la conducta típica definida, por lo demás, en términos sumamente amplios en el artículo 368 CP, de tal modo que sólo en casos excepcionales se han admitido formas imperfectas de ejecución. En los supuestos de envío de droga, tiene declarado también esta Sala que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los que la envían y los que la han de recibir, puesto que en virtud del acuerdo la droga quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios –SSTS de 21-10-1993, 12-9-1994 y 4-11-1997–, por lo que es indiferente que éstos alcancen la detentación física del producto, insistiéndose en la STS de 21-6-1997 en «el tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido». A la vista de esta doctrina, no puede plantear la menor duda el grado de consumación a que llegó el delito en que este recurrente participó como cómplice, puesto que, según se dice en la declaración de hechos probados, Manuel P. C., condenado como autor de la infracción, contactó con personas para que le enviasen cocaína desde Colombia a distintos apartados de correos, realizándose efectivamente los envíos, aunque en los dos casos en que la droga fue consignada al apartado postal de este recurrente la vigilancia policial sólo permitió una entrega controlada de la ilícita mercancía. No se agotó, pues, pero sí se consumó jurídicamente el tráfico de estupefacientes al que este recurrente prestó su colaboración.

(Sentencia de 14 septiembre 2000)

*La convivencia con persona que posee y trafica con drogas no supone necesariamente que se tenga disponibilidad sobre las mismas*

Tercero. Es indudable que la propiedad o la titularidad de un derecho sobre una vivienda no es algo que por sí mismo, es decir en cuanto tal titularidad de un derecho y de las facultades que en él se comprenden, convierta al sujeto activo

del mismo en coautor o corresponsable de los delitos que otro cometa en su interior.

A su vez, la convivencia con la persona que materialmente realiza la acción típica —en este caso la venta de drogas, y antes de la venta la posesión para su transmisión a tercero— tampoco es suficiente por sí solo para la corresponsabilidad.

En efecto, la doctrina de esta Sala viene declarando que no basta la convivencia para por este solo dato llegar a la culpabilidad de quien no se confiesa partícipe de la ilícita posesión de drogas (Sentencias de 14 de octubre y 17 de junio de 1994; 17 de mayo de 1996). Es necesario que saliendo de una mera actitud de pasividad se participe en alguna actividad que por su tendencia pudiera ser calificada de facilitación del tráfico o consumo (Sentencia de 16 de diciembre de 1994), sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito (Sentencias de 15 de abril y 11 de febrero de 1997), ni tampoco basarse en el conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realice el otro pues no puede olvidarse que según el artículo 261.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra exento de la obligación de denunciar el cónyuge del delincuente (Sentencia de 11 de febrero de 1997).

Cuarto. En el caso actual, de la convivencia entre el recurrente y la también acusada M.<sup>a</sup> del Carmen E. puede inferirse el conocimiento por aquél de la ilícita actividad de venta de droga a que ésta se dedicaba, y en cuyo poder la Policía encontró, guardada en una riñonera que portaba, sustancia estupefaciente. Este dato y la detección de restos de cocaína y heroína en un azulejo, y de cocaína en un cazo, una cuchara y una pinza, no implica que, más allá del conocimiento de la tenencia de droga por su compañera sentimental, tuviera también el acusado una efectiva disponibilidad sobre la sustancia en coposición compartida; ni ello es inherente al conocimiento de su existencia, ni al dato de su convivencia con la tenedora y vendedora de la sustancia, como queda dicho, salvo que existan otros datos objetivos, además de la convivencia, que sustenten la razonabilidad de esa deducción.

(Sentencia de 4 abril 2000)

*Es autor el acusado que pone en contacto a comprador con vendedor de droga, obteniendo por ello la condonación de una deuda que tenía con el comprador*

Quinto. 1. En el primer motivo denuncia el error de derecho en el que incurre la Sentencia al inaplicar el artículo 29 del Código Penal y subsume la participación del recurrente en los hechos en la complicidad.

El motivo, dada la vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo, desde su asunción, la errónea calificación realizada en la Sentencia.

El hecho probado declara, en síntesis, que el otro acusado que quería realizar una compra de cocaína instó del recurrente que le indicara un vendedor y a cambio le perdonaría una cantidad que le debía. Tras diversas actuaciones consistentes en llamar por teléfono, quedar con el vendedor, y desplazarse a otra localidad para

conseguir el dinero, fueron detenidos portando 233,89 gramos de cocaína con una riqueza del 43,57 por 100.

Afirma el recurrente que, desde el hecho probado, su acción es la de mero partícipe en la realización del hecho delictivo por el otro imputado sin reunir su conducta los requisitos del denominado «intermediario» respecto al que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado se integra en la autoría.

2. La delimitación del autor y del cómplice parte de la comprobación de la existencia de la realización de una acción en la fase ejecutiva del delito y del carácter esencial de esa aportación a la realización del hecho de forma que pueda afirmarse que quien así actúa tiene un dominio funcional del hecho criterio que delimita el autor frente al cómplice quien por su actuar subordinado a otro carece de ese dominio del hecho. En definitiva la aportación del cómplice, aunque puede ser causal al hecho, no reviste la nota de esencialidad que requiere la autoría.

El acusado que ahora recurre puso en contacto a un traficante, no meramente consumidor, de sustancias para su venta a terceras personas, como así resulta de la cantidad que pretendía comprar, 350 gramos de cocaína. En ese contacto acompaña al comprador y vendedor en la transacción y su presencia se extiende hasta el pago del precio. Obtiene una recompensa consistente a la condonación de una deuda preexistente.

No se trata de una acción que favorece la acción delictiva de otros (SSTS de 1-10-1996 y 11-4-1997) supuestos en los que esta Sala ha admitido la complicidad, como facilitación a la facilitación en el tráfico de sustancias tóxicas, sino de una acción con un contenido propio y autónomo de intermediar en el tráfico ilícito entre dos personas asumiendo un protagonismo en su desarrollo que le permite dominar la acción típica.

(Sentencia de 18 julio 2000)

## ARTÍCULO 369.3

### *Posibilidad de integrar el tipo agravado de notoria importancia por dolo eventual*

Primero. (...) Por último, el tipo agravado del artículo 369.3 puede cometerse a título de dolo eventual, como recuerda reiterada doctrina jurisprudencial. Su propia configuración con el tan citado concepto jurídico indeterminado a ello conduce, bastando con que el sujeto activo se represente la posibilidad de que porta o trafica con una cantidad de cierto relieve o significado para la salud pública en función de la exigida para cada psicotrópico o estupefaciente. Las SSTS de 25-2-1997 y 5-5-1997 afirman que para el subtipo agravado es suficiente el dolo eventual. En relación a la heroína, y dado el escaso peso necesario para la tipicidad agravada, no es preciso imaginarse o saber que la cantidad portada es especialmente importante en función de tal peso. A cualquiera se le alcanza además que en la heroína no son precisos muchos gramos para que se trate de cantidades de importante valor económico y efectos nocivos en la salud.

En su consecuencia y, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, ratificamos la anunciada estimación del recurso formalizado por el Ministerio Público.

(Sentencia de 19 julio 2000)

## ARTÍCULO 370

### *Conducta de extrema gravedad en tráfico de drogas: criterios y requisitos para la apreciación de este tipo agravado*

Octavo. El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega la indebida aplicación del artículo 370 consistente en calificar la actuación de los acusados como «conducta de extrema gravedad».

Como ha señalado la reciente Sentencia de 16 de diciembre de 1999, el problema planteado ha sido objeto de un amplio debate tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial al constituir este subtipo agravado de «extrema gravedad» un concepto excesivamente complejo, no ya sólo por su indeterminación cuantitativa, sino sobre todo por coincidir en todos los casos con la también circunstancia agravatoria de la «notoria importancia», habiéndose indicado, de manera un tanto general, pero también reduccionista, que aquélla debe aceptarse cuando exista en la acción un gran reproche, no sólo penal, sino también social, por constituir el destino mercantil de la droga y su distribución un gravísimo peligro, un peligro fuera de lo normal en el tráfico de estos productos prohibidos.

Haciendo más concreción del problema, hemos de indicar lo siguiente:

a) Se trata de una figura cualificada de «segundo grado», también denominada por algún autor como una «hiperagrante», pues tanto con ella como con las demás relacionadas en el artículo 370, se produce una nueva agravación sobre las recogidas en el artículo 369.

b) Su interpretación ha de ser, no sólo muy cuidadosa, sino también esencialmente restrictiva, al suscitar dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, pues no cabe duda de que se trata de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente produce inseguridad jurídica. Esta interpretación restrictiva también nace de la posibilidad que existe con su aplicación, de vulnerar el principio *non bis in idem* en relación con el primer subtipo agravado de la «notoria importancia» recogido en el artículo 368 del mismo Código Penal (SSTC 105/1988 y 150/1991 y del TS de 11 y 29 de diciembre de 1995).

c) En todo caso, su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto nos habla de «extrema gravedad» haciendo depender, además, esta muy relevante gravedad más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la «conducta» observada por los traficantes, pues así expresa y literalmente se dice al emplear la frase «cuando la conducta en él definidas» (las del artículo anterior).

d) De ello se infiere que esta agravación requiere unos requisitos de carácter objetivo, pero también subjetivos. Entre los primeros cuenta, no cabe duda, la

cuantía de la droga aprehendida y su pureza, pero a ellos se deben añadir otros elementos sobre la forma de realizarse la acción, como son los instrumentos materiales para llevarla a efecto, la organización previa y, en conjunto, lo que podríamos denominar la «logística» especialmente preparada. En cuanto a lo subjetivo no cabe duda que debe tenerse en cuenta el papel o «rol» que hayan podido jugar los acusados en la operación en cada caso concreto, pues, insistimos, la norma nos habla de «acción peligrosa» y ese peligro no puede achacarse lo mismo a personas que juegan un papel importante y decisivo en la acción delictiva que a aquellos que son simples mandatarios o asalariados. Así, a guisa de ejemplo, no se puede aplicar el mismo baremo de peligrosidad o medir por el mismo rasero al capitán del buque que transporta la droga que a un simple marinero aunque sea también componente de la tripulación.

Asimismo la Sentencia de 22 de noviembre de 1999 recuerda que como ha señalado una reiterada jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 1993, 21 de abril y 30 de noviembre de 1994, 14 de marzo, 19 de junio, 25 de octubre, 11, 29 de diciembre de 1995 y 16 de octubre de 1998 entre otras), para la aplicación de este factor exorbitante de la penalidad deben tomarse en consideración tres reflexiones básicas. En primer lugar «extrema gravedad» no equivale a «extrema cantidad», pues como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 el legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado —con un incremento de penalidad ya ciertamente importante— a través del artículo 369.3.º del Código Penal (cantidad de notoria importancia), y sobre ésta podría haberse establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad sino de extrema gravedad. En consecuencia la aplicación de esta hiperagravación requiere como requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional, pero dicho requisito único de la cantidad no es suficiente, sino que la agravación exige además la apreciación de otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta, examinada en su globalidad, es decir en el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado.

Ha de señalarse que el Código Penal ya utiliza la «notoria» importancia de la droga como una agravación específica en el artículo 369.3.º, y aun cuando es cierto que una reiterada doctrina jurisprudencial —quizás revisable a la luz del importante incremento punitivo que el Código Penal 1995 conlleva para estos casos— sitúa muy bajo el límite mínimo de esta agravación, aplicándola a cantidades usuales cuya importancia dudosamente puede ser calificada de «notoria», también lo es que ello no autoriza a la creación jurisprudencial de un segundo escalón agravatorio, valorando nuevamente y por sí solo el factor de la cantidad, para utilizarlo de modo redundante como fundamentación de una hiperagravación de la conducta enjuiciada.

En segundo lugar la doctrina jurisprudencial expresada insiste en que la propia indeterminación del concepto exige su interpretación restrictiva y aplicación minuciosa. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 1995 se señala que el carácter «sumamente indeterminado» del concepto «suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*», por lo que sin llegar a plantear su inconstitucionalidad —que defiende un sector doctrinal— sí ha de afirmarse «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión

legal». En esta línea de interpretación restrictiva «entendemos que no basta una exacerbación de la cantidad de droga de que se trate», continúa expresándose en la mencionada resolución, con cita en apoyo de esta concepción, de las Sentencias de 17 de junio de 1993 y 14 de marzo de 1995. En este sentido restrictivo, la referida resolución señala como elementos que han de tomarse en consideración: *a)* el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; *b)* la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el artículo 369; *c)* el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; *d)* el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos.

En tercer lugar, ha de llegarse a la conclusión de que la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante, la existencia de otros factores de agravación ya contemplados exhaustivamente en el escalón inferior de agravación que representa el artículo 369, y el propio sentido gramatical de la expresión utilizada por el legislador, determinan que la extrema gravedad debe situarse en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas (STS de 29 de diciembre 1995).

Noveno. Atendiendo a dichas consideraciones resulta procedente la estimación del motivo. En primer lugar en cuanto al aspecto meramente cuantitativo es cierto que nos encontramos ante una cantidad de droga muy elevada e importante (118 kg de cocaína), que podría determinar la aplicación de la agravación en conjunción con otras circunstancias, aun cuando tampoco puede calificarse de extrema o absolutamente excepcional (por ejemplo en la reciente Sentencia de 16 de febrero 1999, se aplica la agravación de extrema gravedad en un supuesto de transporte de nada menos que 1.754 kg de cocaína, unas 15 veces superior al actual, que por tanto difícilmente permite calificar el supuesto ahora enjuiciado de próximo al límite máximo de los comportamientos enjuiciados en este tipo de conductas, mientras que en la Sentencia anteriormente citada de 16 de diciembre de 1999 no se aplica esta hiperagravación en un supuesto de transporte en un pesquero de más de 800 kg de cocaína –siete veces superior al actual– por no apreciar la concurrencia de otros factores objetivos y subjetivos de agravación de la conducta).

En el caso actual al margen de la cantidad de droga ocupada no se aprecia la concurrencia de otras circunstancias de agravación del artículo 369, pues la sala sentenciadora no estima acreditada la pertenencia a una organización, ni consta tampoco que el velero de recreo utilizado para el transporte dispusiese de compartimentos ocultos o estuviese especialmente acondicionado o preparado para este tráfico ilícito.

Por otra parte, desde la perspectiva subjetiva, no consta que los acusados presentasen un papel principal en la formación o diseño de la operación sino que más bien se presentan como simples colaboradores últimos o «recaderos» del tráfico ilícito del que se trata, apareciendo en el primer plano y corriendo el máximo riesgo al participar en las fases más comprometidas de la operación, pero sin constancia de que sus conductas vayan más allá de esta intervención, directa e inmediata pero no necesariamente principal.

La estimación del motivo impone dictar segunda Sentencia eliminando la concurrencia de esta circunstancia de agravación para todos los condenados, indi-

vidualizando la pena dentro del marco legal determinado por el artículo 369 del Código Penal 1995 atendiendo a la especial relevancia de la cantidad de droga ocupada y a la gravedad de la conducta enjuiciada.

(Sentencia de 24 octubre 2000)

#### ARTÍCULO 390.1.2.<sup>a</sup>

*Falsedad en documento mercantil: constituye el tipo de simular un documento de manera que induzca error sobre su autenticidad: redactar la fecha, cantidades consignadas y otros datos de pagarés y talones, aunque no se sepa de quién es la firma que obra en los mismos*

Segundo. El núcleo del recurso se contiene en el motivo que invoca el artículo 849.1.º LECrim para denunciar la indebida aplicación de los artículos que tipifican el delito de falsedad en documento mercantil (390.2 y 392 CP) apreciado por el Tribunal de instancia.

Argumenta el recurrente que –respetando como es de rigor los hechos declarados probados– el Tribunal establece que el medio empleado por el acusado para llevar a cabo las distintas estafas, fue mediante el ingreso en las cuentas bancarias de las víctimas de determinados pagarés y talones en los que figuraba simulada la firma del supuesto titular de las cuentas contra las que se libraban dichos efectos, pero que, al no haberse acreditado –como reconoce la Sentencia– que las firmas falsas las realizara el acusado, no cabe subsumir los hechos en el artículo 390.2 CP porque –afirma– «lo único que ha quedado probado a este respecto es que el acusado redactó de su puño y letra en algunas ocasiones, las cifras y las letras de los efectos mercantiles (...) (que) no afectan a los elementos esenciales del documento», por lo que el solo hecho de «... expresar la fecha o las cantidades correctas por las que debía abonarse el cheque, no constituye por sí mismo falsedad en documento mercantil».

Por su parte, el Ministerio Fiscal discrepa de la tesis del recurrente al sostener que, al menos en aquellos episodios en los que el Tribunal atribuye al acusado el haber redactado en los instrumentos mercantiles de pago los diversos datos que figuran en los mismos como la fecha y la cantidad de dinero a pagar supone una simulación parcial del documento, conducta tipificada en el artículo 390.2 Código Penal.

La función que corresponde, por tanto, a esta Sala, consiste en determinar la calificación jurídico-penal de los actos ejecutados por el acusado en los documentos de referencia. El Tribunal de instancia declara probado que en varios de los negocios jurídicos de compraventa que se relatan en el *factum* de la Sentencia, el acusado rellenó de su puño y letra los pagarés y talones bancarios que servirían para efectuar el pago a los vendedores, especificando, no obstante, que en todos los casos no consta que la firma falsa que figura en dichos efectos la hubiera realizado el mismo.

En una primera aproximación al problema pudiera entenderse que la actuación del acusado sería constitutiva de hacer suponer la intervención de persona que no

lo ha tenido (art. 390.3 CP), más que de simulación parcial de los documentos en cuestión puesto que, de una parte, se pretendería hacer ver a terceros que los apartados que conforman esos instrumentos mercantiles habrían sido suscritos o rellenados por su legítimo titular (que, supuestamente, los habría firmado y rubricado) y, de otra parte, que los datos redactados por el encausado que constituyen el texto del documento –fecha, cantidad consignada, destinatario del pago (...)– no constituyen objetivamente una alteración mendaz de la realidad, en sí mismos considerados.

Sin embargo, cuando se analiza el delito de falsedad y sus diversas modalidades comisivas, no puede dejar de subrayarse que éstas no constituyen compartimentos estancos, por cuanto es perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser incardinado en más de una de las modalidades típicas recogidas en el artículo 390 CP, como que una misma actividad puede integrarse tanto en la suposición de la intervención de persona que no la ha tenido, como en la simulación total o parcial del documento que prevén los apartados 3 y 2 del citado precepto, respectivamente (véase a este respecto la STS de 28 de octubre de 1997).

Así, pues, de lo que se trata es de establecer si los actos realizados por el encausado son subsumibles en la forma comisiva calificada por el Tribunal *a quo*. Para ello, para decidir si estamos ante un supuesto de simulación parcial de documento, será menester recordar que, como señalaba la STS de 18 de septiembre de 1993, «simular» equivale a crear un documento, configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad, tanto por su estructura como por su forma de confección, y la Sentencia de 13 de junio de 1997 rememoraba la de 26 de noviembre de 1993, que declara que «simular significa representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es». Será, pues, simulado un documento cuando se practican en el mismo operaciones que inducen a error sobre su autenticidad, lo que ocurre cuando el documento así elaborado es idóneo para pasar por auténtico en el tráfico jurídico al que va destinado.

Al introducir el acusado en los efectos mercantiles utilizados para efectuar el pago los datos que deben figurar en esos documentos para resultar eficaces, está simulando un documento auténtico. Tanto como que, de no ser así, los cheques bancarios y pagarés, con la sola firma del supuesto titular, no habrían sido admitidos por las entidades bancarias, al carecer de datos tan esenciales como los de fecha de la operación, destinatario del abono, importe de éste, etc., con lo que, en ningún caso hubiera podido acreditar el acusado ante el vendedor el pago efectuado para tomar posesión de los bienes adquiridos, lo que conseguía presentando a éste el comprobante del ingreso falsario contra cuentas canceladas o carentes de fondos, de lo que el acusado era consciente. Así, pues, los actos ejecutados por el hoy recurrente fueron absolutamente decisivos para presentar los efectos mercantiles como genuinos, es decir para simular la autenticidad de los mismos, y su coparticipación en esta actividad falsaria, imprescindible para conseguir de los mismos una apariencia de realidad que indujo a error a las personas a quienes fueron exhibidos, que lo dieron por bueno, y así pudo llevarse a cabo el desplazamiento patrimonial proyectado.

No ha existido la infracción de ley denunciada por el recurrente y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 3 marzo 2000)

*Falsedad ideológica: criterios jurisprudenciales*

Sexto. 1. En este apartado analizaremos la impugnación referida al error de derecho por aplicación indebida del delito de falsedad a los hechos probados.

La Sentencia ha aplicado el artículo 392 en relación con el artículo 390.1.2 del Código Penal, es decir, la modalidad falsaria consistente en la simulación de un documento en todo o parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Se refleja en el hecho probado que la recurrente, e igualmente los otros procesados, «entregaron a cada comprador un certificado en el que se hacía constar que aquél (el promotor) tenía concertada con la Compañía de Seguros La Preventiva una póliza que garantizaba un capital de 60 millones de pesetas para hacer frente a una posible eventualidad que impidiese la construcción de los locales objeto de la compraventa garantizando la cantidad recibida en cuanto lo cierto era que la mencionada póliza no existía en tales términos, puesto que lo único que había contratado era un seguro de vida por plazo de 2 años a partir de 16-3-1988: en el caso de fallecimiento se designaba a los compradores en la cantidad cobrada como anticipo». Igualmente que la ahora recurrente, y los otros dos condenados también recurrentes, «conocían el contenido de la póliza de seguro de vida y eran conscientes de que lo que certificaba no se correspondía a la verdad».

En la motivación de la Sentencia se afirma la subsunción de los hechos en el artículo 392 en relación con el artículo 390.1.2 por cuanto «la alteración de la verdad fue obtenida por la creación de un documento ficticio, o sea simulando un documento verdadero, hecho de modo y manera que puede inducir al error sobre la autenticidad de su contenido». Como se observa la Sentencia transcribe en su fundamentación el precepto penal, artículo 390.1.2 CP, al que añade el término «su contenido».

2. Hemos de abordar en este fundamento la naturaleza de la falsedad imputada y si la misma tiene encaje en el artículo aplicado.

El relato fáctico refiere que el certificado adjuntado a los contratos de compraventa era falso porque su contenido no se ajustaba a la realidad de la póliza efectivamente suscrita entre el promotor y la compañía de seguros pero, también era real porque era emitido por quien estaba en condiciones de realizarlo, la compañía de seguros a través de sus representantes. Nos encontramos ante una falsedad denominada ideológica que afecta no al continente, al propio documento, es decir, al soporte material que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica (art. 26 CP), sino que afecta al contenido, en cuanto que ciertos aspectos de la declaración contenida en el documento son mendaces o inveraces.

Con relación a esta modalidad falsaria hemos que tener en cuenta que el legislador del Código Penal de 1995, expresamente, ha declarado atípica para los particulares de la modalidad falsaria consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos (arts. 392 y 390.1.4), supuesto típico de la falsedad ideológica en cuanto se parte de un documento auténtico cuyo contenido es mendaz que es sólo punible para el funcionario público (art. 390 del CP).

La jurisprudencia de esta Sala mantiene al respecto dos posiciones. De una parte, se afirma (cfr. SSTs de 28-10-1997 y 28-11-1999), que el número 2 del apartado 1 del artículo 390, la simulación de un documento, puede incluir supuestos de falsedad ideológica cuando la mendacidad afecta al documento en su conjunto

porque se haya confeccionado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente. Por el contrario, la alteración del contenido del documento de forma parcial, sería atípica por la despenalización expresa del artículo 392 ya que sería un supuesto de falta a la verdad en la narración de los hechos.

Se comparta o no esa dirección jurisprudencial, lo cierto es que esa doctrina no sería aplicable al supuesto enjuiciado pues el documento, cuya falsedad se declara, responde a una relación jurídica preexistente, real y documentada en una póliza entre los contratantes faltando de esta manera a la verdad, en una parte de su contenido. Es decir, las partes que están vinculadas contractualmente expiden una certificación en la que se falta parcialmente a la verdad (390.1.4 CP) pues, cierta es la existencia de una póliza y su referencia a la construcción, aunque la certificación no se ajusta por entero a su contenido.

Otro sector doctrinal y jurisprudencial (cfr. STS de 26-2-1998 y las que cita) afirman que el número 2 del artículo 390, apartado 1, contiene una modalidad falsaria de naturaleza material y el incluir supuestos de falsedad ideológica en su comprensión supone una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad.

3. Analizamos las distintas modalidades falsarias del artículo 390 del Código Penal. A excepción de la prevista en el número 4 del apartado 1, que contiene una falsedad sobre el soporte del documento, las tres primeras refieren la actuación falsaria a la realizada sobre el contenido material del documento. Así en el número 1.º se parte de un documento auténtico que es alterado para darle una distinta conformación. En el número 3.º, se confecciona un documento en el que se expresan hechos falsos, referidos a la intervención de personas que no la han tenido o atribuyéndoles declaraciones o manifestaciones que no han hecho. En el número 2.º, en el que se ha centrado la discusión sobre el carácter material o ideológico de la falsedad, la modalidad consiste en crear un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. En esta modalidad no hay un documento auténtico preexistente que se altera, sino que se crea *ex novo* un documento que aparenta ser auténtico.

La cuestión debatida, si es una modalidad material o ideológica, se centra en interpretar la frase «de manera que induzca a error sobre su autenticidad», si se refiere a la propia realidad documental o al contenido subyacente en el documento. En el primer supuesto, afirmamos una falsedad material, y en el segundo, incluiríamos también en el tipo la falsedad ideológica.

La interpretación que incluye en la redacción típica del artículo 390.1.2 la falsedad ideológica se realiza a través de una ampliación del contenido de la tipicidad, al referir, como realiza la Sentencia impugnada, la posibilidad del error sobre su autenticidad al contenido, expresión esta última que no figura en la redacción típica. Desde una interpretación del tipo acorde al principio de taxatividad, la acción típica del artículo 390.1.2 es aquella que se realiza sobre el soporte material, el documento, creándolo «*ex novo*» de manera que el así creado induzca a error sobre su existencia como documento del que surgen una realidad jurídica vinculante, con efectos constitutivos y probatorios de la misma, es decir, creando un documento, soporte material, que en realidad no existe pese a su apariencia. En el supuesto objeto de la impugnación casacional, si el promotor hubiera elaborado el documento, simulando su existencia. En ese caso habría simulado un documento e inducido a error sobre su autenticidad, situación no coincidente con la descrita en el hecho en

el que dos partes, de común acuerdo, quieren documentar una declaración de voluntad. El documento creado es auténtico, porque las dos partes han convenido en su redacción. La mendacidad resultante de reflejar documentalmente una relación inexistente o con graves alteraciones sobre la existente suscrita entre dos partes no será un documento típicamente falso, por cuanto el mismo es auténtico y responde fielmente a lo que se ha plasmado en el documento, sin perjuicio de que el contenido del documento auténtico suponga un contrato simulado, cuya antijuridicidad aparece recogida en otros tipos penales. La simulación a que se refiere el artículo 390.1.2 es una simulación del documento no de la relación subyacente.

En el supuesto enjuiciado, el certificado que se adjunta a los contratos era auténtico, pues quienes lo libraron expresan en el escrito lo que querían que expresara y no hay ninguna alteración, suposición o simulación respecto a la que era su voluntad documentada. Nadie ha hecho figurar en las certificaciones algo distinto a su voluntad. Cuestión distinta es que el documento, obviamente inveraz y en este sentido mendaz y falso, contenga una situación de antijuridicidad cuyo reproche penal se concreta en el engaño típico de la estafa, o, incluso en una responsabilidad civil, pues el documento firmado supone la asunción de una deuda, cumplidos los presupuestos que en el mismo se establecen.

En definitiva, ambas partes han acordado faltar a la verdad en la narración de un hecho, supuesto que expresamente el Código declara no típico para particulares (art. 392), lo que no deja de ser congruente desde el principio de intervención mínima, ya que la sanción penal ha de reservarse no a la mera infracción del imperativo ético de veracidad predicable a toda realidad documental, sino a quien infringe ese deber, teniendo encomendadas unas exigencias especiales de veracidad como los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

4. Consecuentemente, el motivo se estima procediendo absolver a los acusados del delito de falsedad continuada por el que han sido condenados, apreciando el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 390.1.2 del Código Penal al referir la falsedad recogida en el artículo indebidamente aplicado al contenido del documento y no al mismo documento como exige la tipicidad de la norma penal indebidamente aplicada.

(Sentencia de 29 mayo 2000)

#### ARTÍCULO 390.1.4.A

*Alcalde que certifica que la suspensión de un concierto se debió a la lluvia caída, siendo esto falso: diferencia con el delito de libranza de certificado falso tipificado en el artículo 398 del CP*

Único. (...) Pone de relieve que en la Sentencia firme, cuya revisión interesa, el recurrente fue condenado como autor de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 302.4.º del Código Penal de 1973 y utilizando la facultad de reducción que establecía el antiguo artículo 318 impone la pena de tres años de prisión menor y 200.000 pesetas de multa. Señala que en el Auto que se impugna, la

Audiencia Provincial consideró que el Código vigente era menos favorable, en relación con la pena privativa de libertad, puesto que los hechos debían subsumirse en el artículo 390 del Código vigente que sanciona la falsedad en documento público con la pena de prisión de tres a seis años.

Considera, por tanto, que nos encontramos ante un problema de subsunción y que en realidad los hechos cometidos (expedición de una certificación falsa por parte del Alcalde para presentar a una compañía de seguros y cobrar una indemnización) deben incardinarse en el artículo 398 del vigente Código que impone solamente una pena de suspensión. Cita en apoyo de su tesis, una Sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1997 que contempla, en su opinión, un caso igual. Argumenta que una certificación falsa sería siempre un documento oficial librado por autoridad o funcionario público, por lo que si se hace una interpretación extensiva sobraría el artículo 398 del nuevo Código Penal.

2. Para iniciar el tratamiento de la cuestión, debemos partir del fragmento concreto del relato fáctico, en que se incrimina al recurrente como autor de un delito de falsedad en documento oficial. El documento en cuestión decía que el acusado, como Alcalde, manifiesta y certifica que el día 10 de septiembre de 1993 se tuvo que suspender la actuación de un grupo musical en el recinto de la Plaza de Toros, «por la lluvia caída en ese momento, según fue (*sic*) de 2,3 litros de agua». Esta afirmación no se corresponde con los datos facilitados por los peritos y por centros meteorológicos. En realidad el recurrente no niega la falsedad de lo que se contiene en el documento por él redactado, por lo que la única discusión radica en torno a su exacta calificación jurídica. Es decir, si nos encontramos ante una falsedad en documento oficial o una falsedad cometida en un certificado e incardinada en el artículo 398 del vigente Código Penal.

3. El Ministerio Fiscal, en un amplio y profundo estudio técnico jurídico, se opone a la estimación del motivo, si bien establece una línea de debate que resulta de incuestionable interés para la resolución del presente caso.

En primer lugar debemos avanzar que el artículo 312 del precedente Código Penal de 1973 que constituye el antecedente del actual artículo 398 castigaba al funcionario público que «librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas».

Para el Ministerio Fiscal el documento que estamos examinando constituye, al mismo tiempo un certificado por lo que podría confluir una doble penalidad como documento oficial y como certificado. En consecuencia considera que nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se deben resolver de arreglo con los criterios contenidos en el artículo 8 del Código Penal. Si se aplica el principio de especialidad se debía otorgar preferencia a la aplicación del artículo 398 (certificación falsa). No obstante advierte que no toda certificación es documento oficial y que no todo documento oficial es certificación, por lo que desaparecería el principio de especialidad que no necesariamente nos ha de llevar al principio de alternatividad, ya que dejaría totalmente vacío de contenido al artículo 398 del Código Penal. Después de hacer unas acertadas consideraciones sobre el trato privilegiado que se concede a la falsedad de certificaciones, concluye sosteniendo que el artículo 398 quedaría reservado para casos residuales y de escasa trascendencia, por lo que, en el caso presente nos encontramos ante una falsedad en documento oficial tal como se decía en la Sentencia de casación que conoció originariamente de esta causa.

4. Desde un punto de vista gramatical la acción típica de certificar en falso o falsear el contenido de un documento puede ser semánticamente diferenciada.

Certificar es, según el diccionario de la Real Academia «asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa», pero más específicamente, desde un punto de vista jurídico, es declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial. Certificar es también garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado.

Si se certifica en falso se está poniendo en circulación un documento que, si es expedido por un funcionario público, constituye también un documento oficial falso. El legislador ha querido rebajar el reproche antijurídico del hecho, sancionando con penas notablemente inferiores, la expedición de certificados falsos para lo que ha tomado en consideración la menor gravedad o trascendencia de los efectos del documento. Si tomamos como referente el anterior Código Penal podemos contemplar cómo la punición atenuatoria se reservaba para los facultativos que librasen certificado falso de enfermedad o lesión con la finalidad de eximir a una persona de un servicio público (art. 311) y al funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), para terminar castigando al particular que falsificare una certificación de las anteriores (art. 313).

5. El Código vigente recoge, en tres preceptos, las variadas falsedades en certificados que contemplaba el Código derogado y, a los efectos que a nosotros nos interesan, el artículo 398 tipifica la certificación falsa librada por autoridad o funcionario público. El criterio diferenciador de las falsedades en documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si nos encontramos ante una falsedad documental o de certificados.

No encajaría dentro del principio de proporcionalidad, que la libranza de un certificado falso por los funcionarios responsables de los Registros de la Propiedad o Mercantil se castigara con una pena cuasi simbólica de suspensión de seis meses a dos años, mientras que si se considera como falsedad la pena sea de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente y de la subsiguiente inhabilitación.

Por otro lado es posible, en algunos casos, distinguir entre la expedición de un certificado falso y la falsedad documental. Si consideramos, como hemos dicho, que certificar es reflejar y hacer constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, la actividad desarrollada por el recurrente va más allá de esta conducta al recoger una realidad que le constaba que no era cierta y cuya autenticación no le correspondía, ya que, en todo caso, sería una tarea que habrían tenido que desempeñar los encargados de los respectivos servicios meteorológicos que tenían entre sus antecedentes, los litros de agua que habían caído en las fechas indicadas. Lo que se hace en la práctica, es confeccionar un documento oficial falso, expedido por un funcionario y que iba destinado a producir efectos en orden al cobro de una indemnización derivada de un seguro de riesgos de suspensión de espectáculos.

6. Por ello, la calificación adecuada es la de falsedad en documento oficial, cometida por autoridad o funcionario público, tal como se mantenía en la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Ahora bien, en consideración al tiempo transcurrido desde la comisión de estos hechos (año 1993), el contexto en el que se produce la elaboración del documento y la trascendencia del mismo, estimamos que sería procedente un indulto de

los dos tercios de la pena impuesta, dejando la privación de libertad de un año de prisión menor sin afectar al resto de los pronunciamientos acordados.

(Sentencia de 27 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 392

*Imitación tan burda de un cheque que no tiene capacidad de engañar ni incidir negativamente en el tráfico mercantil*

Segundo. (...) En efecto de la contemplación de dicho talón se observa que a simple vista se desprende la manipulación, y que por tanto la hipotética capacidad de engañar es prácticamente nula, ya que el apartado correspondiente a quien debe pagarse el talón –si es al portador o nominativo–, aparece sin cubrir, el importe del talón aparece en número tanto en el ángulo superior derecho como en el cuerpo del documento, tampoco consta a letra la fecha de expedición, y finalmente la firma que lo autoriza es la propia del recurrente sin parecido alguno con la correspondiente al titular de la cuenta corriente.

Esta situación pone en evidencia la inexistencia en términos jurídicos de la *mutatio veritatis*, es decir de la alteración de la verdad, que no existe tanto cuando la alteración falsaria recae sobre extremos no esenciales, y por tanto periféricos o accesorios del documento, como en el presente caso en el que la alteración es tan tosca que a simple vista es perceptible, pues tanto en uno como en otro caso las alteraciones carecen de la entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, y es evidente que si el documento en cuestión no proyecta ningún riesgo, ningún bien jurídico, tampoco puede gozar de la protección del ordenamiento penal –SSTS de 5 de diciembre de 1995, 10 y 17 de julio de 1996, entre otras.

(Sentencia de 11 febrero 2000)

## ARTÍCULO 393

*Falsificación de DNI y permiso de conducir realizada en el extranjero pero presentado a la policía con destino a atestado*

Tercero. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, se denuncia indebida aplicación de los artículos 390.1 y 392, ambos CP. Se argumenta que la Jurisdicción española no es competente para juzgar un hecho cometido por un súbdito extranjero fuera del territorio español, en el presente caso los constitutivos del delito de falsedad en documento oficial. Con cita del artículo 23.3 f) LOPJ se arguye que dicha competencia sólo se atribuye a la Jurisdicción española en los casos en que la falsificación perjudique directamente el crédito o los intereses del

Estado, no constando en la Sentencia que tal perjuicio se haya producido. En síntesis, *ex artículo 23.1 LOPJ* no corresponde a la Jurisdicción penal española el conocimiento de una falsedad cometida en el extranjero por un súbdito también extranjero, en el presente caso portugués.

Con independencia de que se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia, y que además la defensa del acusado mostró su conformidad adhiriéndose a la calificación del Ministerio Fiscal en punto al delito referido, es lo cierto que debemos entrar en el fondo de la cuestión, habida cuenta que la potencial infracción denunciada podría derivarse directamente de la Sentencia objeto del presente recurso, aceptando además el evidente ánimo impugnativo del recurrente.

Respetando los hechos probados, teniendo en cuenta el motivo invocado, se constata en el apartado correspondiente de la Sentencia que el acusado «requerido por los agentes para identificarse, (...) les exhibió un documento de identidad y un permiso de conducir portugueses, extendidos a nombre de Luis Alberto F. G., en los que había sustituido la foto propia del titular por la suya propia». No fijándose el lugar de comisión de lo relatado, haciéndose mención a la procedencia portuguesa de los documentos, no es posible integrar el relato fáctico en perjuicio del acusado, sin que conste referencia alguna a ello en los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, donde tampoco se constata la consecuencia del perjuicio directo al crédito o intereses del Estado español al que hace referencia la letra *f*, apartado tercero, artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siendo ello así, en principio, el caso contemplado coincide con el supuesto resuelto por la Junta General de esta Sala de 27-3-1998, que resolvió mayoritariamente «ser atípico el uso en España de un documento de identidad, y en general de un documento oficial, falsificado en el extranjero, salvo que se presente en juicio o se use para perjudicar a otro».

Subordinada la punición a la falsedad de uso descrita en el artículo 393 CP vigente, siempre que aquél tuviese como finalidad la presentación en juicio del documento falsificado o el perjuicio para un tercero, descartado este último, resta por considerar si concurren los elementos típicos objetivos en relación con la primera alternativa y ello a la vista de los hechos declarados probados.

Debemos señalar, ante todo, que no se opone el alcance del principio acusatorio a una calificación homogénea, pues se trata del uso del documento falsificado, y, además, de menor intensidad punitiva, habiéndose calificado los hechos por el Ministerio Fiscal, calificación, debemos recordar, a la que se adhirió la defensa del acusado, como constitutivos de un delito de falsedad de los artículos 390.1 y 392, ambos Código Penal.

En relación con el alcance de la expresión típica relativa a la presentación en juicio del documento, se ha ocupado ya la Jurisprudencia de esta Sala en casos recientes (SSTS de 2-2 y 28-3-1998). En síntesis, la doctrina precedente equipara juicio a procedimiento judicial, acusando la inespecificidad del término empleado por el legislador, lo que exige una necesaria valoración jurisprudencial, ya que sería absurdo llegar a una interpretación reduccionista que nos llevase a entender la mención como solamente referida a la presentación de documentos falsos en el momento o fase del juicio oral, debiendo considerarse por ello juicio como sinónimo de procedimiento judicial, que puede abarcar a todos los órdenes jurisdiccionales, en los que se pretenda acreditar una personalidad falsa por medio de un documento alterado.

Retomando el *factum* transcrito más arriba, es preciso ponerlo en relación con lo descrito inmediatamente antes en la premisa histórica, referido a la ocupación de la

droga y el dinero por agentes de la Guardia Urbana que intervinieron inmediatamente después de producirse la venta de la sustancia prohibida. Con ello queremos significar que la exhibición del documento de identidad y permiso de conducir falsos por el acusado a dichos agentes está preordenada a confundir su identidad, una vez que ya se ha cometido un presunto delito, y el destino del acta levantada tras ello por la Policía, el atestado, no puede ser otro que su presentación ante la autoridad judicial, lo que conlleva la inmediata apertura de un procedimiento de esta naturaleza, es decir, la intervención de los documentos falsos no puede tener otro destino que su aportación y presentación a un procedimiento judicial, actuando los agentes policiales como denunciante (art. 269 LECrim). Identidad falsa que, examinadas las actuaciones, perdura hasta la conclusión de la prueba pericial llevada a cabo por la Brigada Provincial de Policía Científica de Barcelona realizada a instancia del propio Juez de instrucción.

En base a ello el motivo debe ser parcialmente acogido.

(Sentencia de 10 febrero 2000)

## ARTÍCULO 403

### *Delito de intrusionismo: doctrina general*

Tercero. 1. Al amparo del artículo 849.1.º LECrim se denuncia en este último motivo la indebida aplicación del artículo 403, párrafo primero, del CP, basándose en que por su condición de higienista dental de la recurrente podía realizar los hechos por los que ha sido condenada.

2. La Sentencia impugnada razona la existencia de delito del artículo 403, párrafo primero, inciso primero, en que los odontólogos y estomatólogos «son los únicos que tienen capacidad profesional para realizar el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades bucales, siendo la función de los prótesis dentales elaborar y fabricar prótesis conforme a las indicaciones de los estomatólogos u odontólogos, debiendo además someter su trabajo a la aprobación final de dichos profesionales, que tienen conocimientos especializados y superiores a los que son propios de la técnica del prótesis»; pese a ello la acusada careciendo de la titulación académica y legal necesaria, pues sólo posee los diplomas de higienista y prótesis dental, realizó actos propios de una titulación superior, entre otros, examen bucal con diagnóstico y presupuesto y confeccionar y colocar una dentadura a alguien que no había ido antes a ningún dentista, como manifestaron los interesados en el plenario, teniendo en su clínica el instrumental propio de la función de odontólogo y estomatólogo.

3. El tipo objetivo del delito de intrusionismo del artículo 403 del CP, inciso primero del párrafo 1.º, por el que fue condenada la recurrente, se integra por dos elementos: *a)* uno material de ejercicio de actos propios de una profesión, y *b)* otro normativo de carecer del título habilitante para la realización de dichos actos, entendido como título académico, según la dicción literal del precepto y que en este caso era el de médico odontólogo del que la acusada evidentemente carecía, sin que se haya planteado en este recurso, si la renovada tipicidad del artículo 403

del CP vigente con respecto al del artículo 321 del CP derogado –declarado inconstitucional por STC 111/1993, de 25 de marzo– ha supuesto introducir, en el artículo 403, una doble modalidad de intrusismo, integrantes de dos tipos penales: una, más grave, que comprende el ejercicio de actos sin tener título académico, como sucede en el caso aquí enjuiciado, y otra, de menor intensidad punitiva, cuando la carencia es de título oficial. El elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de la realización indebida de actos para los que no se tiene el título necesario.

Como delito formal y de mera actividad se consume, salvo casos muy excepcionales, con la realización de un solo acto de la profesión invadida con lo que padecen, por su carácter pluriofensivo, el interés privado del que recibe la prestación del intruso, los intereses de toda índole del grupo profesional afectado y, sobre todo, el interés público de la sociedad de que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones y, en definitiva, el Estado que tiene la potestad de otorgar los títulos correspondientes que es, en rigor, el bien jurídico protegido como estableciera la Sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 1997, una de las muy escasas dictadas sobre esta materia después de la entrada en vigor del CP de 1995, contemplando precisamente un caso de ejercicio de la medicina sin título, por hechos ocurridos bajo la vigencia del artículo 321 del CP derogado.

(Sentencia de 29 septiembre 2000)

## ARTÍCULO 404

### *Prevaricación de funcionario público: concepto de acto injusto*

Tercero. (...) 2. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone «la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho» (STS de 15 de octubre 1999), lo que supone un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguien. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. De ahí que para afirmar este elemento del tipo hayamos recurrido a expresiones como «esperpéntica», «clamorosa», «en abierta contradicción con la ley» con los que hemos querido destacar que un acto se integra en el tipo penal de la prevaricación no cuando es meramente ilegal, sino cuando la ilegalidad es arbitraria, pues el derecho no es una ciencia exacta sino sujeta a diversas posibilidades de interpretación. Integra la prevaricación cuando «queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata».

Reiteradamente hemos destacado estas exigencias precisamente para referenciar el límite entre el mecanismo de control jurisdiccional, la jurisdicción contencioso-administrativa, y el orden jurisdiccional penal en el delito de prevaricación donde actúa, como principio básico, el principio de intervención mínima que ha de evitar que cualquier desviación o alteración de la actividad administrativa respecto a la ley pueda verse inmersa en un proceso penal.

Como recuerda la STS de 16 de diciembre 1998, «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por vía de reclamaciones en vía gubernativa y, eventualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa».

4.—Examinando los hechos probados comprobamos que las eventuales disociaciones con el ordenamiento administrativo, particularmente en orden a la fijación de las cuotas a satisfacer por los beneficiados, tienen su órgano de control y eventual corrección en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, empleado por los afectados por el Auto administrativo, sin que del relato fáctico resulten los presupuestos de aplicación del tipo penal de la prevaricación.

(Sentencia de 26 octubre 2000)

#### *Prevaricación en asunto administrativo: requisitos*

Cuarto. La más reciente jurisprudencia de esta Sala —SSTS de 20-4-1995, 1-4-1996, 23-4-1997, 27-1-1998, 23-5-1998, 18-5-1999 y 2-11-1999— ha sistematizado los requisitos que son necesarios para que se entienda cometido el delito de prevaricación administrativa hoy previsto en el artículo 404 CP —dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en asunto administrativo— resumiéndolos en cuatro fundamentales: A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al artículo 119 CP 1973 o al 24 CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que a tal efecto ha de ser tenida en cuenta. B) El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución que se reputa contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder. C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que su emisión constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del derecho penal como *ultima ratio*, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder. Para que la resolución se constituya en elemento objetivo de la prevaricación es preciso que sea «injusta» y la injusticia supone un plus de contradicción con el derecho que es lo que justifica la intervención del derecho penal. En los últimos tiempos, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que tan sólo cabe considerar injusta una resolución administrativa, a efectos de declararla penalmente típica, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en el artículo 404, la injusticia con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. Pero no sería del todo exacto decir que, con tal asociación de injusticia y arbitrariedad, se ha limitado la nueva ley a ratificar la últi-

ma doctrina elaborada por esta Sala en torno al artículo 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la evidencia de su ilegalidad pone el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Sin perjuicio de ello, el artículo 404 del CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, de la arbitrariedad en el ejercicio del poder, proscrita por el artículo 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida caprichosamente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis. D) Por último, para que se cometa el delito de que tratamos, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta, lo que no sólo elimina del tipo la posible comisión culposa sino también seguramente la comisión por dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada «subjetivización» de este delito, que ha sido desechada en la STS de 15-10-1999 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa cuyo presunto autor puede no ser un jurista. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad al deber de atenerse a los mandatos de la ley.

(Sentencia de 23 octubre 2000)

## ARTÍCULO 412

*Denegación de auxilio a la Justicia: la actitud del Gobierno español de no recurrir la decisión del Ministro del Interior inglés de dejar en libertad a persona cuya extradición se había pedido por España es una decisión de naturaleza política o administrativa y no judicial*

Segundo. 1. Como cuestión previa debemos delimitar el ámbito y extensión al que debe ceñirse la respuesta solicitada de esta Sala mediante la interposición de las querellas contra el Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores.

Se trata de precisar si en el curso de la tramitación del expediente de extradición iniciado por el Ilmo. Sr. Juez Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, se ha producido, por parte del Ministro de Asuntos Exteriores un delito de obstrucción a la Justicia previsto y penado en el artículo 410.1 del Código Penal

o denegación de auxilio del artículo 412.1 y 2 del mismo Texto Legal. Ambos se incardinan dentro del capítulo III del Título XIX cuya rúbrica general es la de delitos contra la Administración Pública y más específicamente de la desobediencia y la denegación de auxilio. El texto del artículo 410 del Código Penal sanciona a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales. Por su parte el artículo 412.1 y 2 castiga al funcionario público que no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia, imponiendo pena superior cuando el requerido fuere autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública.

2. Una vez definida la cuestión de fondo nos situaremos en el marco en el que se produce la decisión que no es otro, como ya se ha dicho, que el de un expediente de extradición activa iniciado por un Órgano Jurisdiccional español de conformidad con lo dispuesto en los artículos 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y muy especialmente por el Convenio Europeo de Extradición. El núcleo de la conducta que es objeto de las querellas se circunscribe, según las partes querellantes, en torno a la postura adoptada por el Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores de no ordenar recurrir una eventual decisión del Ministro del Interior del Reino Unido, contraria a la concesión de la extradición a España del senador chileno P. U. De hecho en la vista celebrada ante el Alto Tribunal de Londres el pasado día 26 de enero, España ya no estuvo personada por haber acordado así el Gobierno español según se desprende de la carta dirigida por el Embajador de España, de fecha 17 de enero de 2000, a la Crown Prosecution Service, en la que se comunica a este organismo el pleno respeto español a la postura que pueda tomar el Ministro del Interior, al entender que la decisión apuntada corresponde exclusivamente a dicho Ministro en el marco de sus competencias discrecionales y exclusivas conforme a las leyes británicas aplicables.

3. En relación con los Tratados de extradición entre España y el Reino Unido de la Gran Bretaña conviene señalar que ambos países tenían un Tratado bilateral vigente desde 1878 y debido a su práctica inoperancia fue denunciado por España en 1978. Se negoció un nuevo Tratado que se concierta en Londres el 22 de julio de 1985 que contenía una Nota Diplomática adjunta dirigida a los Magistrados españoles, en la que se consignaban los requisitos que la ley inglesa exige para considerar la petición de extradición. Estas notas eran de difícil encaje en la normativa española y por ello dificultosas para la autoridad judicial española que tenía que documentar la solicitud.

Todas estas dificultades procedimentales han quedado salvadas al estar integrados ambos países en el marco del Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 firmado por España en Estrasburgo el 24 de julio de 1979 y ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982.

4. La vigente Ley inglesa que regula la extradición pasiva es de 1989 e introduce transcendentales innovaciones en la práctica de la institución tal como se la conocía en Gran Bretaña. La doctrina especializada ha señalado sus principales innovaciones:

a) Se sustituye el criterio de enumeración de delitos (lista cerrada) y se adopta el sistema de identidad normativa o doble incriminación. Es decir, que el hecho por el que se solicita la extradición también sea perseguible como delito en la Gran Bretaña.

b) Se establece en favor del Estado requirente un recurso contra la denegación judicial de la extradición.

c) La ley introduce y consolida, como parte de la misma, los diferentes Tratados Internacionales con cláusulas específicas sobre extradición, indicando los documentos y tratamiento especial a recibir.

Como características significativas a los efectos que nos interesan podemos señalar:

d) Se confiere al Secretario de Estado del Home Office la decisión última en cuanto a la concesión o no de la extradición.

e) Se incluye un recurso de queja a favor del reclamado contra la orden de entrega que emita el secretario de Estado.

5. Esta prioridad gubernamental aparece refrendada por numerosas referencias parciales recogidas a lo largo del veredicto emitido el 8 de octubre de 1999, en el Tribunal de Magistrados de Bow Street por mister Ronald D. B., magistrado metropolitano, en el caso el Reino de España contra Augusto P. U.

Después de señalar que su decisión es apelable ante el Tribunal Divisional de la Corte Suprema y, posteriormente, con la venia, ante la Cámara de los Lores, manifiesta que «Si el senador P. no es liberado, la decisión final sobre su extradición a España depende del Secretario del Interior y no de los Tribunales».

Citando el dictamen del Lord Browne W. refuerza su tesis y reitera que, si hay crímenes de extradición en relación a los cuales el senador P. no tiene derecho a la inmunidad del Estado, entonces será facultad del Secretario del Interior determinar su extradición.

Termina el veredicto citado afirmando que está convencido de que se cumplen todas las condiciones que me obligan, bajo los términos de la Sección 9 (8) de la Ley de Extradición de 1989, de someter al senador P. a la espera de una decisión por parte del Secretario de Estado.

El mismo Juez español titular del Juzgado de Instrucción Central núm. 5 de la Audiencia Nacional, en su escrito de 13 de enero de 2000 dirigido al Crown Prosecution Service, reconoce de entrada, que el Home Office tiene facultad para tomar una decisión política en el curso de un proceso de extradición, sobre la entrega del reclamado o denegación de la misma, de acuerdo con la ley inglesa y, en este sentido, la decisión que tome, puede ser adoptada, y es lo normal, sin el concurso de otras personas o instituciones.

No obstante y dado que se quiere conocer, entre otros la opinión del Estado requirente, a través de las denominadas alegaciones pasa a dar cumplimiento a lo que parece ser el último trámite de este «accidentado proceso de extradición».

El Magistrado español en sus conclusiones finales y antes de reclamar del Home Office que se le facilite el informe médico realizado a Augusto P. U., establece como conclusión primera que «La decisión de liberar a Augusto P. U. corresponde tomarla, en uso de su responsabilidad, al Home Office en el marco legal correspondiente», si bien añade que ello no supone renunciar, por este Juzgado, a que se agoten todos los trámites necesarios para hacer efectiva la extradición de Augusto P. U. a España, como ya se ha dicho en ocasiones anteriores.

6. Desde estos diversos puntos de vista y desde la propia disposición de la ley inglesa de extradición antes citada, nos encontramos en una fase, en que las facultades decisorias, después de haber seguido los diversos trámites judiciales corresponde al Secretario de Estado del Home Office que, como se ha dicho, está facultado para denegar la entrega. Es más podrá considerar todas las alegaciones que

se le presente sin que para su estimación, precisen los requisitos procesales exigidos por los Tribunales. Ello quiere decir que se ha abandonado la esfera judicial o procedimental y que se entra en lo que pudiéramos denominar la fase administrativa cuyas vicisitudes, alegaciones o reclamaciones ya no corresponden a la autoridad judicial que inició el expediente de extradición activa, por lo que cualquier sugerencia o propuesta que proceda de ésta, merece ser estudiada y valorada detenidamente pero no vincula a las autoridades gubernamentales españolas en orden a su tramitación y cumplimiento de sus términos. La responsabilidad de agotar o no agotar todos los trámites administrativos o eventualmente judiciales, posteriores a la decisión del Ministro del Interior inglés, recae sobre las autoridades político-administrativas españolas y en ese ámbito quedan residenciadas.

7. En consecuencia la orden del Gobierno español, tramitada a través del Ministro de Asuntos Exteriores, queda en el ámbito de las competencias propias del sector administrativo y por tanto fuera de la esfera judicial que se inició con solicitud de la extradición y se desarrolla a lo largo de todas las vicisitudes procesales que han tenido lugar en el presente expediente de extradición activa.

Por ello la petición del Juez español, inequívocamente manifestada en el sentido de que se agoten todos los trámites necesarios para hacer efectiva la extradición del Augusto P. U. a España, no puede incardinarse en el contexto de una resolución judicial a la que deba darse estricto cumplimiento, sino dentro de una petición sobre cuya decisión entiende la autoridad administrativa española que le corresponde en exclusiva decidir.

Así se desprende del hecho de que la decisión emana de un componente de la Administración británica y a pesar de que se diga que es una resolución «cuasi judicial» es innegable que los órganos administrativos carecen de potestad jurisdiccional por lo que no pueden generar ni producir resoluciones judiciales sino actos administrativos de diverso sentido y sobre cuya verdadera naturaleza no nos vamos a pronunciar.

A la vista de lo anteriormente expuesto falta uno de los elementos constitutivos del delito de desobediencia o denegación de auxilio ya que no nos situamos ante una negativa injustificada sino ante una decisión que tiene sus motivaciones en la consideración de que en la esfera administrativa la decisión corresponde en exclusiva a las autoridades políticas al haberse agotado la fase judicial. Por estas mismas razones carecen de entidad delictiva los demás hechos objeto de las querellas, por lo que nada hay que resolver sobre las medidas cautelares solicitadas que sólo podrían tener encaje legal si se hubiera estimado la naturaleza delictiva de los hechos que se relatan.

En consecuencia la querrella tiene que ser desestimada con el consiguiente archivo de las actuaciones.

8. Antes de finalizar esta resolución debemos señalar que la institución de la extradición, tal como la hemos heredado de otras épocas históricas, debe ser sometida a una profunda revisión a través de los efectos que se derivan del imparable desarrollo del principio de justicia universal que emana de diversos Tratados y Convenios Internacionales entre los que podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, el Convenio sobre la Prevención y Castigo de delitos contra personas especialmente protegidas adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1973 o la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

La propia existencia y justificación del Tribunal Penal Internacional recientemente creado exige que la reclamación de personas para ser enjuiciadas se haga dentro del ámbito estrictamente jurisdiccional, desapareciendo los vestigios del pasado que interfiere en las decisiones judiciales con resoluciones administrativas absolutamente incontrolables y por consiguiente de matiz político coyuntural, con grave quebranto del principio de legalidad.

(Auto de 1 febrero 2000; recurrido en súplica es ratificado por Auto de 22 del mismo mes)

## ARTÍCULO 420

*Solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto injusto que no constituya delito: concepto de acto injusto: existencia: compra de voto de un concejal electo a cambio de dinero y el acceso a cargos públicos de libre designación*

Cuarto. Entramos ahora en el motivo segundo que se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para denunciar la aplicación indebida de los artículos 386 y 391 del Código Penal de 1973.

1.— Cita, en apoyo de su tesis, el acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda en su reunión de 10 de mayo de 1994 y la Sentencia de la misma fecha que se refiere a un caso de transfuguismo político retribuido, tendente a la conformación de mayorías en una Corporación Municipal. Sostiene que el acto injusto al que se refiere el artículo 386 del Código Penal de 1973 debe entenderse como contravención administrativa, civil o penal no delictiva (falta). Considera que el transfuguismo puede merecer toda clase de reproches axiológicos, más en términos jurídicos y menos aún jurídico-penales, no es posible conceptualarlo de acto injusto, pues el sentido del voto que puede dar un Concejal, forma parte de su haz de facultades, en el marco de un mandato no representativo. Aduce, para reforzar su postura, dos Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 10/1983 y 5/1983) en las que, según su opinión, se reconoce la libertad de voto y declara inconstitucional el antiguo artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales que pretendió precisamente atajar el fenómeno del transfuguismo político.

Discrepa de la Sentencia recurrida, al conectar la injusticia del resultado (el voto) con lo bastardo de la motivación (la dádiva) y convertirlo en injusto porque existió dádiva, lo que supone, en su opinión, vaciar de contenido la modalidad más leve de cohecho del artículo 390 del mencionado Código Penal.

En resumen, aclara el motivo, entendiéndolo inaplicable el artículo 386 del Código Penal de 1973, reclama la aplicación de la modalidad comisiva del cohecho previsto en el artículo 390 del mismo texto legal y, por añadidura, solicita la aplicación del Código Penal de 1995 (art. 426) por ostentar una penalidad menos grave y ponerlo en relación con el artículo 423 del mismo Texto Legal.

2. Antes de entrar en el análisis de las cuestiones planteadas, conviene precisar que el recurrente ha sido condenado como responsable de haber ofrecido al

otro acusado dádiva, presente o promesa, con la intención de corromper o intentar corromper a un funcionario público, haciéndole ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo de concejal, es decir, a su condición de funcionario público.

La cuestión que se somete a nuestra consideración ya ha sido abordada, con profusión y precisión de detalles y con impecable rigor constitucional, por la Sala sentenciadora.

La parte recurrente estima que falta uno de los componentes inseparables del tipo penal aplicado, como es la concurrencia del «acto injusto» exigido por el artículo 386 del Código Penal de 1973 (en relación con el art. 391) y también por el artículo 420 del vigente, respecto del artículo 426.

En su opinión, por «acto injusto» ha de entenderse todo acto contrario al ordenamiento jurídico y en el caso que nos ocupa estamos ante un «acto político de gobierno que no admite control jurisdiccional» entre otras cosas, porque en nuestro sistema no existe mandato imperativo. En consecuencia, como ya se ha dicho, faltaría uno de los elementos normativos del tipo, lo que convertiría la conducta de vender el voto en atípica.

3.—El acusado, al invocar como referente del acto injusto al ordenamiento jurídico sin más matices, cae en un olvido que es preciso recordarle. Por encima de las disposiciones generales o especiales de carácter concreto existe, como cúspide del sistema, la fuerza normativa directa que emana del propio texto constitucional y que hace que sus preceptos se conviertan en normas de aplicación inmediata, sin olvidar la fuerza expansiva de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El acusado pretende colocar o situar al margen del sistema el hecho indubitado que nos ocupa y que no es otro que la compra del voto de un concejal electo, a cambio de sustanciosas prebendas en metálico y del acceso a cargos públicos de libre designación. Sin embargo no se puede olvidar que, como señala el artículo 9.1 del texto constitucional, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Más adelante, el mismo precepto recuerda el principio de responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad, de los poderes públicos.

Esta responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad hay que conectarla de manera directa e inmediata con el artículo 23.1 de la Constitución, por el que se proclama el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en elecciones periódicas por sufragio universal. Esta representación se obtiene mediante el ofrecimiento a los electores en general, de un programa autónomo o bien integrado dentro de la formación de un determinado partido político y que en principio existe un deber de lealtad con los ciudadanos ya que, en caso contrario, se adulteraría el juego limpio y libre del mecanismo de la obtención del voto. Es cierto que nuestro sistema no admite el mandato imperativo, pero ello no es base suficiente para admitir y transigir con cualquier forma torticera y fraudulenta del cambio de orientación del sentido del voto, en relación con el que originariamente se había solicitado. No se discute la posibilidad de que, en el devenir de la vida política, se produzcan desavenencias en el seno de las formaciones políticas de las que se forma parte o bien un cambio del sentido y de la voluntad política, que sirvió de apoyo para la elección. Ahora bien, esta mutación del signo del voto se debe fundamentar en una comunicación previa, directa y sincera, con los electores o la opinión pública en general y debe obedecer a móviles admisibles en una sociedad

democrática. Pero lo que debe ser rechazado, de manera rotunda y tajante, es la intervención de circunstancias bastardas o torticeras que sean la única causa y justificación del cambio del sentido del voto o la utilización de la abstención como elemento favorecedor de otras opciones políticas.

Como señala acertadamente la Sentencia recurrida, el concepto constitucional de cargo público, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución, se caracteriza necesariamente por las ideas de desinterés privado y confianza pública, es decir, por su orientación hacia tareas y responsabilidades distintas de los intereses de quien ocupa el cargo. Actuar en representación de, es el rasgo propio y característico de los que ocupan cargos en el seno de los órganos dirigentes. Los intereses generales del pueblo, se sirven a través de una voluntad oficial y pública y podríamos añadir sincera, en cuanto que se trata de una comisión o encargo, que está revestida de unos caracteres objetivos que deben servir inicialmente a la voluntad de los sujetos representados.

En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores, por lo que la acción que ha llevado a cabo el recurrente será, en todo caso, injusta aun cuando no constituya una infracción tipificada que conlleve sanción.

Siguiendo la acertada línea marcada por la Sentencia recurrida, en el caso presente resulta más favorable el Código de 1973 ya que permite la aplicación de beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo y, por otro lado permite moverse en una franja punitiva inferior a la que resultaría de la aplicación del nuevo Código Penal.

Por último, abordaremos la cuestión relativa a la inaplicabilidad del artículo 390 del anterior Código, ya que su contenido está previsto exclusivamente para los supuestos en los que no media un acto injusto tan meridianamente diseñado como el que ha sido objeto de nuestra atención. Es una especie de tipo residual, que sólo entra en juego, cuando se corrompe al funcionario con dádiva o regalo para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Creemos además, en refuerzo de esta postura, que el ofrecimiento de una importante suma de dinero y de un cargo de Concejal con un determinado sueldo, va mucho más allá del concepto social de dádiva o regalo ya que supera con mucho la previsión del artículo mencionado que contempla la posibilidad de consumir el cohecho por medio de un acto de donación o liberalidad.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Quinto. El motivo tercero de este recurrente se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia genéricamente la vulneración de un precepto penal sustantivo.

1. En el desarrollo del motivo precisa un poco más su pretensión impugnativa y en definitiva solicita que se vea beneficiado por la nueva ubicación sistemática del artículo 423 del nuevo Código Penal respecto del anterior artículo 391 del Código derogado, cuya interpretación sistemática da lugar, en su opinión, a la atipicidad de la conducta que se le imputa.

Sostiene que no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia consideraba atípica la conducta del particular que corrompía, intentaba corromper o aceptaba las solicitudes de dádiva del funcionario cuando perseguía la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Reconoce no obstante que esa postura se ve-

nía sosteniendo en la jurisprudencia anterior al año 1993 en el que se inicia un cambio de rumbo que posibilita una interpretación amplia y penalizadora para el particular. A pesar de ello insiste en que el nuevo Código ha venido a establecer una nueva ubicación del artículo 423 (antiguo art. 391 del Código de 1973) que se encontraba situado inmediatamente después de todas las modalidades de cohecho, tanto las denominadas propias como las impropias (arts. 385, 386, 387 y 390 del Código de 1973), mientras que el nuevo Código ha situado el precepto que nos ocupa en otro lugar sistemático, hallando acomodo tras las modalidades más graves de cohecho, tipificadas en los artículos 419, 420 y 421 del nuevo Código Penal. En su opinión, este cambio debe interpretarse en el sentido de restringir el alcance del artículo 423, que ahora sólo es proyectable a las modalidades más graves de cohecho que lo anteceden (arts. 419, 420 y 421).

Considera que este cambio sistemático debe interpretarse en el sentido de que el Código no ha querido extender la sanción del particular a todas las modalidades de cohecho por lo que termina solicitando que se le aplique el nuevo Código como ley penal más favorable.

2. La cuestión es una variante del tema introducido en el motivo segundo, que ya hemos contestado en el fundamento de derecho cuarto. Al encontrarnos ante un acto injusto la tipificación aplicable del nuevo Código sería el artículo 420 y no el 423, como pretende la parte recurrente. Nos remitimos a lo anteriormente expuesto para rechazar también este motivo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 432

*Bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos. Exigencia de que el funcionario tenga los caudales a su cargo por razón de sus funciones*

Cuarto. Finalmente, ha de correr la misma suerte el motivo de casación formalizado en primer lugar, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, en que se denuncia la aplicación indebida a los hechos probados del artículo 432 del CP por cuanto –según se alega– el acusado, hoy recurrente, no tenía a su cargo ni a su disposición los caudales públicos de los que dispuso. El artículo 432 exige, para que el delito de malversación quede integrado, que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los caudales o efectos públicos que sustrajere o consintiere que otro sustraiga. Este requisito ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público –SSTS de 27-5-1993 y 14-10-1997– sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios. De acuerdo con esta interpretación, ya la Sentencia de 26 de junio de 1989 recordó ser doctrina reiterada de esta Sala

que «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al Cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público». Esta doctrina se ha ido precisando progresivamente en los últimos años y así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1992 el elemento del tipo a que nos referimos fue caracterizado como «una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material», términos que se reproducen substancialmente en la Sentencia de 1 de febrero de 1995. Más recientemente, las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 5 de octubre de 1999 han perfilado el sentido de la expresión legal de forma especialmente interesante para la resolución del caso enjuiciado en la Sentencia recurrida. En la primera de ellas, relativa a un funcionario destinado en el área de programación del INEM que introdujo en un ordenador los datos precisos para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes, se dice que con la expresión «que tenga a su cargo» utilizada en el Código Penal «se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos». Y en la segunda se señala que «tener a su cargo significa, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario». Si proyectamos los criterios inspiradores de esta doctrina jurisprudencial sobre los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, en los que consta que el acusado, teniendo a su cargo la confección de nóminas en la Sección de Pago y Seguimiento del INEM, desvió una importante suma de dinero público, administrado por dicho organismo, en beneficio de personas a las que indebidamente incluía en nómina para que percibiesen prestaciones de desempleo a que no tenían derecho, expidiéndoles recibos para que cobrasen las prestaciones en el Banco concertado con el INEM y percibiendo normalmente un tanto por ciento de los que así resultaban injustificadamente beneficiados, tendremos que llegar forzosamente a la conclusión de que no ha sido indebidamente aplicado a tales hechos el artículo 432 del CP, porque nos encontramos ante una sustracción de caudales públicos llevada a efecto por un funcionario que, mediante la confección de nóminas y expedición de recibos para el cobro de unas prestaciones indebidas, realizaba actos dispositivos en el ejercicio de la competencia que le había sido asignada dentro del organismo público en que prestaba servicios. Al acusado no se le había encomendado la custodia material del dinero que sustrajo pero, sin duda alguna, tenía competencia para confeccionar las nóminas, ocasión para incluir en ellas nombres de personas que no tenían derecho a percibir el subsidio de desempleo y posibilidad, en consecuencia, de disponer, en beneficio de terceros y del suyo propio, de caudales públicos como efectivamente hizo. Se rechaza, pues, el primer motivo del recurso y se desestima éste en su conjunto por no haberse producido en la Sentencia recurrida la infracción legal que se pretende.

(Sentencia de 1 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 435.3

*Malversación de caudales: elemento subjetivo; irrelevancia del hecho de que los bienes no estuvieran valorados*

Segundo. El primer motivo de casación de este acusado se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim. En un desarrollo un tanto confuso y asistemático, se denuncia la indebida aplicación del artículo 435.3 del vigente CP toda vez que no se encontraba en vigor en la fecha en que se produjeron los hechos declarados probados, como también resultaba inaplicable, según el recurrente, el artículo 399 del CP de 1973 «al no corresponderse exactamente la conducta que se le imputa a mi patrocinado con el contenido del artículo 399».

Esta censura se fundamenta por la parte recurrente en dos consideraciones. En primer lugar haciendo un examen comparativo entre el artículo 435.3.º CP vigente y el 390 del anterior subraya la diferencia de contenido entre ambos, destacando que el precepto vigente cuando acaecieron los hechos aludía a los depositarios de caudales embargados pertenecientes a particulares, en tanto que el actual artículo 435.3.º CP hace referencia a los depositarios de dinero o bienes embargados. Argumenta el motivo que en el caso enjuiciado el acusado en ningún momento fue nombrado depositario de caudales o efectos públicos, sino de bienes de propiedad particular, de manera que en ningún caso la maquinaria y las prendas de vestir embargadas podrían tener aquella consideración. En segundo lugar, señala el recurrente que para que los bienes objeto del embargo y depósito pasen a tener la consideración de caudales públicos hubiera sido necesaria la celebración de la subasta y el remate como única forma de determinar el valor real de los mismos.

El motivo, oscuro en su desarrollo y contradictorio en ocasiones, debe ser desestimado.

La estructura de la figura delictiva de malversación impropia que se recogía en los artículos 394.4 y 399 del CP derogado no ha sido modificada en sus homólogos artículos 432.1.º y 435.3.º CP vigente salvo en el aspecto penológico. Los elementos que configuran el tipo son los mismos en uno y otro Código: *a)* un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; *b)* una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión; *c)* la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia o depósito; *d)* un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la «sustracción» o «consentimiento» para ello y cuantas formas más específicas puedan imaginarse para sustraer aquéllos del destino que, por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito. Debiendo resaltarse que se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae.

La condición de caudales públicos de los bienes de propiedad particular embargados y depositados ha sido reiteradamente afirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, pudiéndose citar a título de ejemplo la STS de 22 de octubre de 1986 que recuerda que la ley atribuye en estos casos el carácter de caudales pú-

blicos a bienes que naturalmente no lo tienen pero que ficticiamente se le atribuye tal carácter en virtud del embargo o secuestro de los mismos. Y así, al interpretar el hoy derogado artículo 399, se confirmaba la comisión de este delito por el particular propietario de bienes embargados judicialmente que quedan en su poder en concepto de depósito «porque al ser investido del cargo de depositario le incumbe el ejercicio de una función pública, y los objetos a él confiados, aun cuando contienen en su patrimonio, se hayan afectos al cumplimiento de la resolución judicial» (véase STS de 11 de marzo de 1985).

Tampoco tiene relevancia la segunda censura que se formula. Es cierto que en el *factum* de la Sentencia impugnada no se especifica el valor de los bienes embargados, y que en el artículo 394 del CP derogado la sanción dependía de la cuantía de los bienes malversados. En cualquier caso, sin embargo, la pena impuesta al acusado ha sido de tres años de prisión, equivalente a la prisión menor que se establecía en el viejo artículo 394.2.º cuando el valor de los caudales o efectos públicos fuera superior a 30.000 pesetas, lo que inequívocamente sucede en el caso enjuiciado si atendemos a la descripción de los bienes embargados y depositados sino también al hecho de que los mismos fueron trabados para garantizar el pago de una deuda de cinco millones, por lo que no cabe duda alguna de que su importe económico debía ser incluso superior a esta cifra.

Finalmente, tampoco puede tener acogida la alegación del recurrente según la cual los bienes de propiedad particular objeto de depósito judicial no adquieren la naturaleza de caudales públicos hasta que se hubieran adjudicado en subasta e ingresado el dinero obtenido en las arcas públicas, pues a este respecto, los mencionados bienes adquieren la condición de públicos por la naturaleza del destino a que están afectados en virtud de disposición judicial, sin que sea necesaria la incorporación efectiva de su valor pecuniario a los fondos públicos de una manera formal, siendo suficiente que ese destino sea el previsto legalmente.

En conclusión, los hechos declarados probados integran tanto el tipo de malversación impropia del artículo 399 CP 1973 como la figura delictiva del 435 actualmente vigente, y siendo más favorable al reo este último al ser notoriamente menos severa la pena del artículo 432.1 que la establecida en el 394 del derogado Código, la aplicación por el Tribunal *a quo* de los preceptos del actual ha sido plenamente acertada al concurrir en el hecho de autos todos los elementos que configuran el tipo delictivo sancionado.

Tercero. Porque, contra lo que sostiene el recurrente en el segundo motivo —que se formula por el cauce del artículo 849.1.º LECrim— concurre sin duda el elemento subjetivo del injusto. Alégase en esta censura, como fundamento del reproche de indebida aplicación del artículo 435 en relación con el 432.1.º CP, que no se declara probado en el *factum* de la Sentencia que haya existido ánimo de lucro por parte de este acusado.

Lo primero que debe hacerse ver es que el elemento subjetivo del delito no es propiamente un «hecho» y por lo tanto no debe figurar en la declaración de hechos probados de la Sentencia; porque lo que la persona sabe, quiere, conoce o pretende son factores íntimos que se albergan en el interior de la conciencia y de la mente, que no son susceptibles de apreciarse sensorialmente; por ello mismo, la determinación de la concurrencia de estos componentes anímicos que integran el elemento subjetivo solamente cabe mediante un proceso intelectual de inferencia a través del análisis de las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores al evento que sustentan el juicio de valor deducido al respecto, pero no por

prueba directa de lo que no siendo un hecho físico y material, no cabe incluir en el relato fáctico.

Por lo demás, y en lo que atañe al delito de malversación impropia que examinamos, la doctrina prevalente de esta Sala viene señalando que esta figura jurídico-penal no constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, por lo que no es imprescindible para que se considere perpetrado que conste ni la lesión patrimonial que del mismo se haya podido derivar, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública. Se ha considerado asimismo que el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los caudales del Estado junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen, razón por la cual la conducta típica nuclear de «sustraer» o «consentir en la sustracción» son equivalentes a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándolos del mismo, no exigiéndose –aunque normalmente lo acompañe– un ánimo de lucro (véanse SSTS de 24 de enero de 1986, 27 de marzo de 1987, 9 de febrero de 1992, 27 de mayo de 1993, 24 de febrero de 1995, entre otras).

En cualquier caso, el debate carece de sentido, puesto que el estricto respeto a los hechos declarados probados y a los datos de carácter fáctico que figuran en la motivación jurídica de la Sentencia recurrida, permiten inferir con absoluta racionalidad que la actividad del acusado no obedecía a designio distinto que el disponer de los bienes embargados de los que era depositario apartándolos del fondo de depósito constituido judicialmente para evitar a la empresa a la que pertenecía aquél la pérdida de los mismos, consiguiendo de ese modo un beneficio o utilidad económica que no admite duda. Debe señalarse, por último, que el propósito de lucro surge desde el momento en que se ejecuta un acto de disposición de los bienes sobre los que ya no se detenta esa facultad propia del propietario, destinándolos a fines distintos de aquellos a los que estaban afectados legalmente, de manera que el disponer como propios de unos bienes o efectos que ya no lo son, vulnerando conscientemente las restricciones que prohíben esos actos de disposición dominical configuran dichos actos como constitutivos y reveladores de aquel *animus*.

(Sentencia de 25 febrero 2000)

## ARTÍCULO 464

*Delito de obstrucción a la Justicia: amenazar a intervinientes en el proceso que atribuyen responsabilidad al acusado, sin que sea relevante el que las diligencias estuviesen archivadas provisionalmente por no conocerse el paradero del último*

Único. El artículo 849.1.º de la LECrim es utilizado por el recurrente –cuyo representado ha sido condenado como autor de un delito de obstrucción a la Justicia– para denunciar infracción, por aplicación indebida, del artículo 464 del CP.

El planteamiento de tal propuesta impugnativa resulta absolutamente novedoso y, como tal, quedó sustraído al debate que, bajo los principios de inmediación, oralidad, contradicción e igualdad de armas, se desarrolló en la instancia. Dicha cuestión ya sería suficiente—so pena de violentar inadmisiblemente los referidos postulados— para rechazar el alegato del recurso e inasumir una estrategia defensiva en cuyo seno y en momento procesal oportuno únicamente se postuló—frente a la tesis del Ministerio Público— la libre absolución del acusado. A mayor abundamiento, el obligado respeto al *factum* impuesto por la vía casacional elegida refuerza definitivamente la decisión del rechazo del motivo en tanto que en la narración de los hechos probados aparecen comprendidos los elementos del tipo descrito en el precepto sustantivo que se dice impugnado destinado a ofrecer una específica tutela del derecho a acudir en cualquier condición ante los Tribunales de Justicia y cuya acción esencial se contrae a los intentos realizados con violencia o intimidación para influir en la conducta de los intervinientes en un proceso, lo que implica una acción cuyo esquema estructural es el propio de una tentativa en la que el autor realiza actos con una específica finalidad cuya consecuencia es imprescindible para la existencia de la infracción penal.

Por otra parte, y aun admitiendo, a efectos dialécticos, la apertura del debate en este trance, tampoco sería posible acoger la tesis recurrente con la que se pretende anular los efectos obstructivos para la Administración de Justicia de la conducta enjuiciada, aludiendo al estado de un proceso que sirve de referencia a ésta transformando aquélla en una simple falta de amenazas.

La situación de sobreseimiento provisional y consecuente archivo de igual naturaleza de las diligencias previas 2971/1996 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid no son óbice para excluir la comisión del Delito que ahora se enjuicia y ello porque la provisionalidad enunciada significa que la causa está viva y la interrelación que la misma contiene respecto al posterior comportamiento del acusado se mantiene como soporte determinante de una actividad tendente, por dicha circunstancia antecedente, a alterar, obstruyendo el curso normal de las actuaciones judiciales en curso, aunque temporal y provisionalmente paralizadas, máxime cuando—como dice la combatida en el inciso final del fundamento jurídico segundo— «queda acreditado que, si bien obra en el procedimiento el sobreseimiento provisional de las actuaciones por las diligencias previas 2971/1996 ya referenciadas, el mismo es decretado por la imposibilidad de un primer momento de averiguación del domicilio y paradero del acusado, volviéndose nuevamente a seguir las actuaciones, tal y como se acredita a los folios 102 y ss. en el sentido de deducirse testimonio del folio 41 y ss. en relación con las Diligencias Previas referenciadas, por lo que se evidencia que cuando se producen las amenazas no existe resolución exculpatoria definitiva de la causa» (*sic*). Por todo ello, hemos de ratificar la anunciada desestimación del recurso.

(Sentencia de 7 febrero 2000)

*No existe delito de obstrucción a la Justicia cuando se actúa violentamente contra Letrado por el asesoramiento recibido pero sin estar directamente vinculado con la intervención en un proceso judicial*

Sexto. El único motivo del recurso interpuesto por la representación de la acusación particular, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega la vulneración por falta de aplicación del artículo 464.2.º del Código Penal. Considera la parte acusadora que la condición del recurrente como Letrado en el procedimiento conyugal previo fue la determinante de la agresión sufrida por parte del acusado, por lo que el hecho debió ser calificado como una actuación realizada «en represalia» de la intervención del recurrente en dicho procedimiento y sancionado como delito del artículo 464.2.º del Código Penal 1995.

La Sala sentenciadora justifica la inaplicación del artículo 464.2.º razonando que:

«En relación con el delito de obstrucción a la Justicia, el artículo 464.2 sanciona cualquier atentado contra la vida, integridad corporal, libertad sexual o bienes de quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo de un procedimiento judicial y como represalia de su actuación en dicho procedimiento. El tipo del delito impone, así pues, no sólo la concurrencia del factor objetivo de la cualidad de la víctima y su participación en un proceso, sino asimismo el subjetivo de que el culpable obre en represalia o venganza por la actuación de alguno de aquéllos en el estricto ámbito de dicho proceso, constituyendo un elemento subjetivo del injusto la finalidad de represaliar (SSTS de 15-3-1990, 26-11-1991 y 21-2-1992). En este caso fue el Letrado que participó en tal condición en el proceso de separación conyugal del acusado, y luego, además, intervino en defensa de los intereses de la esposa y de los hijos comunes promoviendo un incidente a fin de obtener el cumplimiento por el marido de las obligaciones económicas decretadas en Sentencia. Pero el móvil que presidió la conducta ahora enjuiciada no guarda sino una lejana relación con los expresados asuntos judiciales, pues lo que generó la actitud del acusado fue la negativa de don Eugenio, como Abogado asesor de la esposa, a aceptar, promover o facilitar de algún modo su deseo de que los hijos comunes permanecieran con él durante los dos días siguientes. La actuación del Abogado en este caso queda estrictamente definida por haberse remitido a su criterio su cliente al ser consultada al respecto por la madre del acusado, y éste no pretendía de don Eugenio, cuando comunicó con él a través del Procurador, ninguna gestión ante los Tribunales ni la alteración de un régimen de visitas establecido en una resolución judicial, sino su mediación en un problema originado al margen del proceso, pues la negativa de dicho profesional fue el factor desencadenante de los sucesos posteriores. La cualidad de Abogado fue, por cierto, determinante de la comisión del delito, pero en modo alguno estaba vinculada con el proceso judicial precedente, sino que podría entenderse conectada con una más amplia tarea de asesoría o intermediación que también compete a dichos profesionales. La venganza o represalia debe conectarse con tal actuación extraprocésal y no con los trámites sustanciados ante el Juzgado. El delito de referencia trata de salvaguardar el fiel cumplimiento de las competencias o funciones atribuidas legalmente a las personas que cita el precepto por la inseguridad que pue-

de generar el temor a la represalia, y ello con la finalidad de preservar el buen fin del proceso judicial en que intervengan, pues la justicia de las decisiones o medidas que puedan adoptarse en su ámbito, o, dicho de otro modo, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, es el bien jurídico tutelado (SSTS de 1-4-1992 y 29-11-1994), debiendo extraerse de su órbita de aplicación las acciones extrañas a la intervención profesional en un procedimiento judicial pendiente o concluido».

Esta fundamentación debe estimarse correcta y suficiente para la desestimación del motivo.

El principio de taxatividad de los tipos penales impide efectuar una interpretación extensiva que incluya en los mismos comportamientos lindantes con la descripción típica pero en realidad externos a ella. En el supuesto actual es claro que la actuación del recurrente como Letrado en el procedimiento de separación y en la ejecución judicial de lo acordado no determinó actuación de represalia alguna por parte del acusado, y fue una intervención posterior, en una incidencia relacionada con el proceso pero en realidad ajena a ella (la solicitud de la madre del acusado para que, con independencia de lo acordado judicialmente, pudiese éste pasar la nochebuena con sus hijos, después de varios años en que los menores habían pasado dicha festividad con la madre), la que suscitó en realidad la injustificada reacción violenta contra el recurrente, en quien la madre de los menores había delegado la decisión que fue negativa.

El artículo 464 del Código Penal de 1995 acoge un régimen de específica tutela de los partícipes en un proceso jurisdiccional que no puede extenderse, sin forzar el principio de legalidad, a todos los supuestos de asesoramiento letrado no directamente vinculados con la intervención en un proceso.

Aun cuando el supuesto actual se encuentre en el límite, se estima procedente, por las razones expuestas por el Tribunal sentenciador, mantener el criterio de la Sentencia impugnada por no extender excesivamente el tipo más allá de sus límites específicos.

(Sentencia de 11 de diciembre de 2000)

## ARTÍCULO 467

*Deslealtad profesional de Abogado de oficio que no presenta a tiempo escrito de acusación: falta de un perjuicio manifiesto Elementos del delito*

Segundo. Por el cauce casacional previsto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 360 del CP 1973, reprochando el recurrente en un breve escrito de formalización del motivo –al que tenemos de atenarnos por exigencias de técnica casacional– que se ha producido en el caso enjuiciado un manifiesto perjuicio, ya que aunque la acusación pública existió efectivamente en el juicio de referencia, el Abogado acusado «no cumplió diligentemente con su obligación, sino que fue negligente en su actividad profesional, ya que si no la figura del acusador particular desaparecería en cuanto

que el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar las acciones penales, salvo las que se reserven exclusivamente a la querrela privada». Es evidente, pues, que el recurrente no ha precisado el concreto perjuicio que le ha sido causado a su cliente con la inactividad ocasionada por el Letrado acusado. Y tal perjuicio debe venir explicitado en la Sentencia recurrida, por evidentes exigencias de dicha técnica casacional, dada la vía elegida por el autor del recurso, en razón a la naturaleza extraordinaria de esta impugnación. Como quiera que tal perjuicio es, en todo caso, una inferencia interpretativa, nosotros consideramos que efectivamente se ha causado un perjuicio a la parte recurrente, aunque debemos analizar si tal perjuicio satisface las exigencias del tipo penal por el que fue acusado el hoy recurrido.

Tercero. El artículo 360 del CP 1973 castigaba al Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión. El artículo 467.2 del CP 1995, más favorable por restrictivo, y de obligada observancia por consiguiente, sanciona penalmente al Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, añadiendo también el tipo culposo por imprudencia grave. Como dice la Sentencia de esta Sala, de 31 de mayo de 1999, en el CP 1995 el descubrimiento de secretos realizado por un profesional ha pasado a ser un tipo autónomo definido en el artículo 199.2 que se incluye, en el Título X, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en tanto el hecho de perjudicar, de cualquier otro modo, al cliente por un abogado o procurador se ha convertido en un delito de deslealtad profesional, previsto en el artículo 467.2, que forma parte de los delitos contra la administración de justicia a los que está dedicado el Título XX. A su vez, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del artículo 467.2 que establecen penas distintas para la modalidad dolosa y la culposa. Cabe añadir que, siendo la definición del delito en cuestión que ofrece el artículo 467.2 más precisa y respetuosa con el principio de legalidad que la del artículo 360, aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo. Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un Abogado o Procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, previsto en el artículo 360 CP 1973, que el agente, «por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados». Éste es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional.

El tipo penal, pues, requiere como elementos integradores: *a)* que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano; *b)* desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; *c)* como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y *d)* desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, según se expone en la Sentencia citada anteriormente, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional (en el caso, art. 39 RD 2090/1982, Estatuto General de la Abogacía), bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del artículo 360 del CP 1973 la mención «perjudique de forma manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese *plus* en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos. Y eso es precisamente lo que no ocurre en el caso de autos, al menos en la forma en que viene narrado en el relato histórico de la Sentencia recurrida, intangible en esta vía casacional, dado el cauce elegido por el recurrente. Ni se produjo perjuicio por falta proposición de alguna prueba, ya que éstas se propusieron por el Ministerio Fiscal, ni por la penalidad impuesta, ya que el Tribunal condenó al autor del hecho, en la forma que el Derecho lo permitía, ni los perjuicios morales de la agresión se produjeron a la menor como consecuencia de la actuación del abogado acusado, sino del condenado en el juicio penal. Cierto es que hubo una actuación omisiva, que fue la falta de presentación de los escritos citados, y su misma inactividad profesional, pero ello constituye el primer elemento del tipo; ahora bien, tal omisión no es suficiente para su integración penal, si no concurren los elementos objetivos y subjetivos que se exigen en el mismo. Y si es cierto que hubo un perjuicio para los intereses de la defensa que tenía encomendada, tal perjuicio, en el caso sometido a nuestra consideración, en razón de que fueron satisfechos tales intereses por un órgano público, como es el Ministerio Fiscal, no resulta manifiesto, interpretado en el sentido de palpable, patente, palmario, u ostensible, ya que ese perjuicio manifiesto justifica la intervención del Derecho penal para corregir la desatención profesional del acusado, abriéndose otras vías reparadoras en caso contrario. Ningún perjuicio se ha determinado en el escrito de interposición de este recurso, como hemos transcrito más arriba, sino que no cumplió diligentemente con su obligación profesional. El perjuicio, que ordinariamente es patrimonial o puede tener una traducción en este orden, y así se recoge en la jurisprudencia de esta Sala, puede también ser moral (Sentencia de 17 de diciembre de 1997, con cita de las de 4 de julio de 1968, 3 de abril de 1974 y 11 de abril de 1977). En este caso así sucedería, ya que no hay perjuicios patrimoniales acreditados derivados de tal comportamiento, y los morales, dado que se cumplió la satisfacción judicial de los intereses de la recurrente, por la vía del Ministerio fiscal, obteniéndose una Sentencia conforme a derecho, a través de los Tribunales del orden jurisdiccional penal, no puede decirse que adquiriesen el carácter de la norma penal como palpables o manifiestos, por lo que, conforme ha interesado también el Ministerio fiscal en esta instancia y en la anterior, hemos de desestimar el recurso, sin perjuicio de que se ponga en conocimiento esta resolución por el tribunal *a quo* del Colegio de Abogados de Barcelona, a los efectos que procedan.

(Sentencia de 14 julio 2000)

## ARTÍCULO 550

*Atentado: delimitación frente a resistencia. Acometimiento contra agentes de policía con vehículo con el que se pretende huir*

Sexto. (...) 1. En síntesis sostiene que está indebidamente aplicada la figura del delito de atentado, ya que, a su juicio, los hechos debieron ser calificados como un simple delito de resistencia grave a la autoridad. Recuerda cuáles son los requisitos jurisprudenciales exigidos para la existencia del delito de atentado y considera que no existe el dolo específico de menospreciar el principio de autoridad. Hace especial hincapié en el contenido del fundamento de derecho cuarto, en el que se reconoce que «aun cuando el acusado no tuviera la intención de atropellar a ningún policía, pues su evidente finalidad era escapar del cerco policial» lo que evidencia, a su juicio, la inexistencia del ánimo de acometer y que su verdadera intención era la huida.

Resalta que el único policía que manifiesta que tuvo que tirarse al suelo a fin de evitar ser alcanzado por el vehículo es el que realiza, acto seguido, dos disparos contra el vehículo conducido por el recurrente, lo que demuestra, a su juicio, que pudo disparar con puntería muy certera.

2. La modalidad casacional elegida nos lleva, de manera estricta y limitada, al contenido del relato de hechos probados. En él se dice que los policías se identificaron convenientemente mediante la exhibición de sus placas y que, cuando se dirigían hacia el vehículo para proceder a la detención de sus ocupantes el conductor, que era el acusado, «realizó un brusco giro para intentar escapar teniéndose que apartar los agentes para no ser arrollados». Después de describir una serie de maniobras de evasión, sigue diciendo el hecho probado, que un agente tuvo que apartarse para no ser embestido.

3. Conviene advertir que la figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal, cuya aplicación pretende el recurrente, queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que la resistencia típica, consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad a sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal. También existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes.

La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada) con la utilización de medios agresivos materiales, como por supuesto el disparo con arma de fuego y además el intento de atropellamiento mediante un vehículo, como sucede en el caso presente ya que su peligrosidad es evidente y no sólo se pone en riesgo la integridad física de los agentes de la autoridad, sino que se trata de evitar las órdenes de detención que ostensiblemente se reali-

zaron. En el caso presente, se desprende del relato de hechos probados, que el acusado dirigió el vehículo contra los agentes con objeto de procurarse la huida y que éstos tuvieron que apartarse para no ser arrollados. Además se relata un segundo episodio en el que otro agente tiene que apartarse para no resultar embestido, con lo que se perfila nítidamente el acometimiento o empleo de fuerza que constituye la esencia del atentado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 marzo 2000)

### *Atentado versus resistencia: criterios*

Tercero. Ya por rigurosa infracción de ley sustantiva se acusa indebida aplicación del artículo 551.1 en relación con el 550, ambos CP, y correlativa falta de aplicación del 556 del mismo Texto, todo ello referido al delito de atentado a agentes de la autoridad por el que también se condena al recurrente a la pena de un año de prisión.

En el desarrollo del motivo se argumenta que en todo caso los hechos deberían ser calificados con arreglo al tipo de resistencia simple o no grave (art. 556 CP), no desprendiéndose «que concurra elemento subjetivo suficiente y la existencia de un dolo específico de menoscabar el principio de autoridad», extendiéndose en consideraciones fuera de lugar sobre los hechos, por cuanto *ex* artículo 884.3 LECrim, habida cuenta la vía casacional elegida, el respeto a los declarados probados por la Sala debe ser absoluto.

A propósito de la cuestión planteada, como ha señalado la STS de 21-12-1995, no puede ocultarse la dificultad de llegar a conclusiones firmes pues ambos delitos, atentado y resistencia, responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica. La distinción entre uno y otro tipo delictivo (antiguos arts. 231.2 y 237 CP 1973), siendo residual el segundo (hoy 556) respecto del primero, se ha basado desde siempre en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el tipo de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad (STS de 23-3-1995 y las citadas en la misma), criterio reforzado desde la publicación del Código Penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el artículo 556, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 y 11-3-1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando entrada en el tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento” propiamente dicho».

La reciente STS de 18-3-2000 se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 CP. Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. También debemos señalar, frente a la alegación del recurrente, que el ánimo o propósito específico de la ofensa exigido por la Jurisprudencia, es aplicable en ambos tipos penales.

Los hechos probados relativos a la presente infracción se refieren a que estando el acusado «detenido en la Comandancia de la Guardia Civil de Totana por los referidos hechos (se refiere al robo), aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia, dio un tirón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo donde fue reducido por varios agentes mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones». Pues bien, de dicho relato se deduce como calificación más apropiada la correspondiente al tipo previsto en el artículo 556 CP constitutivo de la resistencia pasiva: *a)* en primer lugar, por cuanto la acción descrita se concreta en la acción de desasirse del agente, previo tirón, una vez liberado de los grilletes, lo que no conlleva propiamente acometimiento. Es cierto que a continuación se afirma «... e intentó golpearle...», pero ello no es dissociable de lo anterior, formando una sola acción con relevancia jurídica cuya finalidad es sustraerse al control de los agentes; *b)* el segundo inciso, «... tirándose al suelo...», tampoco constituye un supuesto de resistencia activa de contornos precisos, reacción abrupta si se quiere, pero por ello subsumible en el artículo 556, inciso primero, CP, pues es preciso un cierto grado de fuerza física para distinguir resistencia y desobediencia grave; y *c)* enlazando ambas secuencias, en su conjunto, la actitud del acusado es predominantemente pasiva.

(Sentencia de 5 junio 2000)

## ARTÍCULO 552

*Atentado: requisitos. Automóvil dirigido contra agentes que tienen que apartarse para no ser arrollados. Es autor el conductor, no el copiloto al no acreditarse inducción. No existencia de concurso medial con uso de vehículo y conducción temeraria*

Primero. (...) 4. Como señala acertadamente un sector de la doctrina, la jurisprudencia tradicional ha considerado que el bien jurídico protegido en el delito de atentado, radica en la necesidad que toda sociedad organizada tiene de proteger

la actuación de los agentes públicos, para que éstos puedan cumplir sus funciones de garantes del orden y de la seguridad. En consecuencia derivaba sus conclusiones hacia la existencia, en todo delito de atentado, de un propósito de atacar al principio de autoridad que estos agentes encarnaban.

En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se sentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas.

Proyectando el contenido del hecho probado sobre los elementos necesarios para configurar la existencia del delito de atentado, debemos comprobar si se dan los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para configurar la existencia del delito de atentado:

a) La condición de autoridad, agente o funcionario público de los acometidos. Es incuestionable que en el caso presente el acometido, funcionario de la policía nacional, ostentaba sin lugar a dudas la condición de agente de la autoridad exigido como elemento normativo por el tipo básico de atentado.

b) Acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave. En el supuesto que estamos examinando, existe un acometimiento configurado por el hecho de dirigir el automóvil que conducía, contra el agente de la autoridad que, en el primer caso, tuvo que hacer una maniobra para esquivarlo y evitar el impacto y, en el segundo, tuvo que arrojar al suelo para no ser arrollado. Acometer es tanto como atacar a alguien, dirigiendo físicamente golpes o impactos contra la persona agredida y este requisito se revela, inequívocamente existente, en la acción de dirigir el automóvil contra la persona del agente de la autoridad.

c) Por último se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de evitar o impedir que el agente de la autoridad pueda desempeñar legítimamente y sin trabas las funciones de garantía de la conveniencia social que tiene encomendadas.

Estos tres componentes del tipo básico del atentado confluye en el caso presente, por lo que no existen dudas sobre la correcta aplicación del tipo básico de atentado.

5. Finalmente, abordaremos el tema planteado en torno a la indebida aplicación del tipo agravado, que se contempla en el artículo 552.1 del Código Penal en los casos en que el atentado se realice con armas u otro medio peligroso. Descartando cualquier interpretación extensiva del concepto de armas, no dudamos en declarar que la utilización de un automóvil en marcha para dirigirlo contra una persona, integra un acometimiento incuestionablemente peligroso para el que lo sufre. El medio utilizado significó un peligro potencial y real para la vida y la integridad física del agente de la autoridad. Centrándonos exclusivamente en la valoración de esta circunstancia agravatoria, debemos concluir que un vehículo de motor rodante, por su estructura y composición, se convierte en un medio o instrumento peligroso que agrava la figura básica del atentado.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo. El segundo motivo, también por el recurrente, se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha vulnerado el artículo 77 del Código Penal, por inaplicación al caso presente.

1. Sostiene la parte recurrente que la acción de huir con el vehículo es una acción conexas con la de no obedecer la orden de parada y conducir a gran velocidad, concatenadas ambas, con unidad de propósito, para conseguir el fin último: el lograr no ser detenidos. Añade que al encontramos ante una unidad de acción, procede aplicar las normas del concurso de delitos contenida en el artículo 77 del Código Penal, al ser el delito de conducción temeraria el medio para cometer el de desobediencia por lo que procedería corregir la pena impuesta.

2. El artículo 77 del Código Penal contempla dos posibilidades diferentes, para conseguir una unidad punitiva en los casos en que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. En los casos de unidad naturalística de la acción, se descomponga en un efecto pluriofensivo, nos encontramos ante un solo hecho o comportamiento que recibe dogmáticamente la denominación de concurso ideal. Pero también se contempla, en el precepto citado, la posibilidad de la existencia de una dualidad o pluralidad de acciones que están concatenadas de manera que una de las conductas delictivas, se constituye en medio necesario para cometer otra diferente pero íntimamente relacionada. En estos casos se contempla la posibilidad de concentrar la pena sobre la infracción que sea reputada más grave en función de la pena prevista por la ley, salvo que este mecanismo nos lleve a una pena de más duración que la que resultaría de penar ambas infracciones por separado.

3. En el caso presente nos encontramos ante un supuesto en el que inequívocamente existe una dualidad de acciones (conducción temeraria y atentado), netamente diferenciadas en cuanto a su realización material y bienes jurídicos protegidos y lo que pretende la parte recurrente es que se declare la existencia de un concurso medial al considerar la conducción temeraria como un medio instrumental en cuyo marco se comete también el delito de atentado. En los casos de concurso medial, a diferencia del concurso ideal, no se produce la confluencia de leyes sobre un mismo hecho, sino la diversidad de preceptos penales vulnerados que pueden merecer un reproche unitario desplazando el más grave al de menor intensidad punitiva.

Lo esencial de la conexión delictiva radica en la exigencia de una relación o enlace medial entre las infracciones, de tal manera que una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Si no concurre esta necesidad o ineludibilidad de la comunicación o anclaje entre uno y otro delito, nos encontraremos ante un concurso real, que nos lleva a penar separadamente ambas infracciones. Es evidente que la conducción temeraria tenía como finalidad o propósito huir de la acción de la policía que pretendía detenerles, pero el comportamiento coetáneo o posterior de dirigir el automóvil con la intención de arrollar al agente de la autoridad, es perfectamente escindible y separable del anterior, por lo que no se produce la absorción punitiva que pretende la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Tercero. Los motivos tercero y cuarto que se refieren a José Carlos B. R. los trataremos conjuntamente pues ambos, acogidos al artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, coinciden en plantear que se han aplicado indebidamente los artículos 550, 551.1 y 552.1 así como el artículo 381 del Código Penal, en cuanto que el recurrente no era más que un mero ocupante del vehículo por lo que no participó en las acciones que han sido calificadas como atentado y delito contra la seguridad del tráfico.

1. Sostiene que, por aplicación estricta del principio de culpabilidad, nadie debe responder de los actos de otro y, en consecuencia, las circunstancias en que se

producen los hechos relativos a la conducción temeraria y al delito de atentado son acciones repentinas, sobrevenidas en las que no se dan las circunstancias de concierto previo, mutuo concurso o recíproca colaboración, como sí se daba en las otras acciones conjuntas que le han sido imputadas (sustracción del vehículo de motor y delito de hurto).

Alega que el recurrente no es la persona que no obedeció el orden de parada, limitándose a viajar al lado del conductor y, a la velocidad con que se produjeron los acontecimientos, no podía pedir bajarse del coche o lanzarse a la calzada con grave riesgo de su vida.

2. Así como resulta indiscutible la coparticipación de este recurrente en el delito de robo de uso del vehículo de motor y en las faltas de hurto, en relación con los delitos de atentado y contra la seguridad del tráfico se debe revisar, como plantea el recurrente, si cabe atribuirle algún género de coparticipación en estos últimos delitos. El Código Penal vigente, en su artículo 28, establece las diversas modalidades de autoría distinguiendo entre la autoría directa o mediata y las que tienen su base en la inducción o en la cooperación necesaria. Descartada la autoría directa y la mediata, sólo podemos valorar si el hecho de ir como ocupante en el asiento contiguo al del conductor, constituye la modalidad de autoría derivada de la inducción o de la cooperación necesaria.

3. No existe en la Sentencia ningún dato de carácter fáctico o complementario de éste, que permita construir una modalidad de participación inductiva sobre la base de una actuación intelectual del recurrente que animara o incitara al acusado que conducía el automóvil, a dirigirlo contra el agente de la autoridad o a escapar de la persecución vulnerando todas las normas y señales de tráfico, poniendo en serio riesgo la seguridad del tráfico. La resolución recurrida argumenta en un doble sentido: por un lado apunta la existencia de un acuerdo previo simultáneo, y al mismo tiempo imputándole que asiente a su ejecución no oponiéndose, ni realizando ninguna actividad contraria por la que se exteriorice un desacuerdo con los hechos llevados a cabo por el ejecutor material de los mismos. El pacto previo o consenso criminal sólo puede extenderse, en términos razonables, a la sustracción del vehículo de motor y a las acciones contra la propiedad que habían diseñado, pero no puede ampliarse, sin la constancia de otros datos, al hecho de dirigir el automóvil contra el agente de la autoridad o de huir a través de las calles de la ciudad vulnerando las normas reguladoras del tránsito rodado, ya que no entran en las previsiones iniciales. En un caso como el presente, la decisión de actuar activamente contra determinados bienes jurídicos protegidos que se interponían en su camino hacia la huida, nace del otro acusado que es el que decide, al manejar los mandos, acelerar el vehículo y lanzarlo contra el agente de la autoridad, sin que haya constancia fáctica de que fue incitado por su acompañante y sin que le sea exigible al recurrente y acompañante, una acción impositiva que supusiese un peligro incluso para su integridad física. En lo que respecta al delito contra la seguridad del tráfico, se ha puesto de relieve por la parte recurrente, que no era posible que se tirase en marcha del coche, con el consiguiente riesgo que ello implicaba, por lo que no cabe atribuirle una coparticipación en un hecho que, en principio y sin otros datos complementarios, ciertos y contrastados, supongan que el copartícipe animaba o propiciaba la maniobra evasiva.

(Sentencia de 4 junio 2000)

## ARTÍCULO 564

*Tenencia ilícita de armas: escopeta de cañones recortados*

Primero. Examinaremos, en primer lugar el recurso formalizado por Ginés S. M. que formula un único motivo al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 564.2.3.ª del Código Penal y aplicación indebida del artículo 563 del mismo Texto Legal.

1. Considera que la cuestión técnico-jurídica a dilucidar en el presente recurso es la relativa a si la modificación realizada por el acusado en las escopetas sustraídas, consistente en serrar los cañones y las culatas de las mismas, debe ser considerada como un ilícito penal del artículo 564.2.3.ª del Código Penal o, por el contrario, entra en el delito del artículo 563 del mismo Texto Legal por el que ha sido condenado.

2. El artículo 563 del vigente Código Penal castiga la tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas. La pena establecida para este supuesto es de uno a tres años de prisión.

Por su parte el artículo 564.2.3.ª del mismo texto legal tipifica la tenencia de armas de fuego reglamentadas, sin licencias o permisos necesarios, imponiendo la pena de uno a dos años cuando haya sido transformada, modificando sus características originales.

Es evidente que no merece el mismo reproche penal la modificación sustancial de las características de fabricación, que la modificación de las características originales.

Al mismo tiempo, se debe distinguir entre los dos tipos penales, la referencia al objeto de la tenencia o posesión, que en el caso del artículo 563 se refiere a armas prohibidas y armas reglamentadas, mientras que en el artículo 564 la tenencia recae sobre armas de fuego reglamentadas.

3. En el caso presente la tenencia y posesión se ejerce sobre dos escopetas de caza, por lo que su condición era la de armas reglamentadas, lo que nos lleva necesariamente a establecer la distinción entre los dos tipos aplicables, en función de la naturaleza que atribuyamos a la modificación realizada al serrar sus cañones y sus culatas.

Para ello tenemos que posicionarnos en torno a lo que significa modificación sustancial de un arma y a lo que se puede entender como modificación de sus características originales. Modificación sustancial es la que actúa sobre elementos fundamentales y esenciales de tal naturaleza que varían totalmente las características y composición del arma originaria convirtiéndola en un instrumento distinto del que inicialmente estaba configurado. Así sucede en los casos en que se toma una pistola o arma de fuego y se manipula colocándole, instalándole o adaptándole un mecanismo, que la habilite para disparar munición y fuego real. En este caso se puede comprobar que el arma varía radicalmente de capacidad y de forma de utilización, convirtiéndola en una verdadera arma letal.

En el caso de las escopetas de caza, se parte de un arma que está dotada de una serie de características en cuanto a la munición que se utiliza y el mecanismo de disparo, que actúa por percusión sobre los cartuchos. Pues bien, en el caso de que se recorten sus cañones y culata, tanto la capacidad de disparar como el mecanis-

mo de percusión permanecen inalterados, por lo que la modificación sólo afecta a alguna de sus características originales sin que podamos sostener que la modificación ha sido sustancial.

(Sentencia de 2 diciembre 2000)

## ARTÍCULO 568

### *Concurso ideal de delito de depósito de armas con el de colaboración con banda armada*

Cuarto. El restante motivo de este recurrente ha sido formalizado por el cauce de los artículos 849.1 y 2 LECrim. En él se alega la infracción de los artículos 257 y 258 CP 1973 y 71 del mismo Código. La Defensa extiende sus razonamientos a los artículos 568, 573 y 77 CP. Básicamente se sostiene en el recurso que la conducta que se imputa en los hechos privados al acusado recurrente no corresponde a la de autoría del delito de depósito de armas. Entiende, en este sentido que la autoría del delito presupone la «disponibilidad» o «detentación» de las armas de guerra. Asimismo, la Defensa cuestiona la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo del delito con argumentos similares a los ya expuestos en el fundamento jurídico anterior.

El motivo debe ser estimado parcialmente.

La acción típica en torno a la cual se estructuran los tipos penales del artículo 257 CP 1973 o del artículo 568 CP es idéntica. La definición de depósito, del antiguo artículo 258 CP 1973 sigue teniendo validez en la actualidad. Por lo tanto, la autoría del depósito de armas requiere la tenencia de las mismas dentro de un ámbito de dominio del sujeto. Este ámbito de dominio se debe tener por acreditado cuando las armas se encuentran en un lugar en el que el agente tiene la posibilidad fáctica de decidir sobre su permanencia en el mismo. Estos elementos son de apreciar en el presente caso, dado que el recurrente, por su profesión de enterrador, tenía el dominio del panteón en el que escondían las armas. Su posición, por lo tanto, le permitía decidir desde cuándo y hasta cuándo las armas podían ser almacenadas clandestinamente en ese lugar. La circunstancia de que el recurrente no realizara estas acciones en beneficio propio sino para prestar ayuda a otros, no elimina la tipicidad del hecho. En efecto, el depósito de armas es, por regla, un delito de cooperación con otros delitos y, consecuentemente, se puede considerar como un tipo de cooperación punible como autoría en forma autónoma. Por tales razones, es evidente que cuando es realizado por una persona ajena a la organización terrorista se debe plantear la cuestión de cómo concurren el delito de depósito de armas con el de colaboración con banda armada, especialmente en aquellos casos en los que el depósito es la única forma probada de cooperación. En tales casos la unidad de acción es evidente y por lo tanto será necesario plantearse la cuestión de si se deben aplicar las reglas del concurso ideal o si la aplicación de los dos tipos resulta excluida por alguna de las reglas del artículo 8 CP.

En el presente caso, la unidad de acción vulnera dos bienes jurídicos, pues se trata de un depósito de armas que favorece a una banda armada y, por lo tanto, no

es aplicable ninguno de los criterios de exclusión previstos en el artículo 8.1.º, 2.º y 3.º CP. Consecuentemente se debe aplicar el núm. 4 del artículo 8 CP, pues se trata de un concurso ideal.

(Sentencia de 12 junio 2000)

## ARTÍCULO 576

*Actos de colaboración con banda armada: suministrar datos personales y números de matrículas de vehículos de policías a ETA sin que sea necesario un resultado delictivo concreto*

Segundo. El segundo motivo se formaliza, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 (576 CP 1995), según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo.

Alega el recurrente que el delito de colaboración con banda armada exige que la colaboración sea eficaz y además la efectiva posibilidad de que la relación con banda armada se haya producido. Y que en este caso no existen elementos que permitan asociar al acusado con una banda armada, sin que su voluntad de hacerlo sea suficiente porque la voluntad no delinque; ni tampoco que permitan apreciar en su comportamiento una colaboración que pueda considerarse eficaz.

El motivo debe desestimarse: en primer lugar porque no cabe en este cauce casacional prescindir o contrariar el relato histórico de la Sentencia, sino combatir las calificaciones jurídicas que de tales hechos haga la Sentencia recurrida. En este caso la relación de colaboración viene descrita al relatar un comportamiento consistente en la localización de personas y números de matrículas de vehículos de las Fuerzas de Seguridad, y la remisión a ETA de los datos obtenidos. No puede, pues, negarse la relación con ésta, sin contradecir el hecho probado, lo que constituye un supuesto de inadmisión que en este trámite lo es ya de desestimación.

En segundo lugar la eficacia de la colaboración prestada resulta de la propia naturaleza de los datos suministrados, de indudable interés para los objetivos de la banda terrorista. Si lo que se pretende decir es que no consta que esos datos fueran utilizados de hecho para la comisión de alguna acción concreta el alegato no puede prosperar. En efecto, el tipo penal del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 denominado de «colaboración en actividades terroristas y rebeldes» constituye como señala la Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1994 un tipo penal de simple actividad (Sentencia de 26 de mayo de 1992) y de peligro abstracto (Sentencia de 24 de enero de 1992), en el que el legislador por razones de política criminal fácilmente perceptibles ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los antelativos y adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se trata de salvaguardar (Sentencia de 26 de mayo de 1992), y solamente podrá ser aplicado cuando la actividad de colaboración tenga entidad autónoma e independiente de cualquier otra modalidad delictiva a la que haya contribuido (Sentencia de 17 de marzo de 1992), de tal

modo que este tipo penal exige que los actos que lo integren no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto ya que, realizado éste y probada la conexión del favorecimiento con el delito cometido, entra la conducta en el área de la participación criminal que absorbería la colaboración en el caso de estar aquella más gravemente penada (Sentencia de 26 de enero de 1993). Por lo expuesto el motivo se desestima.

(Sentencia de 11 febrero 2000)

*Es colaboración la puesta a disposición de un lugar de acogida, aunque no se llegue a utilizar por el miembro de la banda armada*

Octavo. (...) En los hechos probados consta que aceptó acoger a Juan Carlos R. sabiendo de su pertenencia a ETA. El Tribunal *a quo* tuvo asimismo por probado que «Juan Carlos Rojo no llegó a esconderse en el domicilio de José M.<sup>a</sup> A. en Bermeo, pese a haber quedado con él por teléfono, porque fue detenido». La cuestión planteada consiste, por lo tanto, en establecer si este hecho constituye un mero acto preparatorio de colaboración o si, por el contrario, cumple con los requisitos del comienzo de ejecución o de la consumación del delito del artículo 174 bis *a*) CP 1973.

La argumentación de la Defensa se basa en afirmar que la promesa de ocultar no puede ser punible a la luz del texto del artículo 174 bis *a*) CP 1973 (*idem* art. 576.2 CP). La ocultación de personas integradas o vinculadas a bandas armadas es una de las conductas de colaboración descrita en el párrafo 2 del artículo 174 bis *a*) CP 1973. En este sentido, es correcto sostener que el comienzo de ejecución de esta ocultación requiere, al menos que la persona que va ser ocultada se encuentre al menos muy próxima a la entrada del lugar en el que se la va a ocultar y que éste esté ya dispuesto para un acogimiento inmediato. La simple promesa de ocultar, por lo tanto, no cumpliría estas exigencias, toda vez que el autor, a través de esa promesa, no se encuentra en la situación de inmediatez, respecto de la ejecución del hecho típico, en la que se manifiesta que ya prácticamente no cabe la posibilidad de desistir o en la que tal posibilidad ya no puede ser tomada en serio.

De todos modos, es preciso considerar que el pasaje final del párrafo 2 del artículo 174 bis *a*) CP 1973 (*idem*, art. 576.2 CP) tiene una cláusula de extensión analógica, mediante la cual el legislador autoriza a los Tribunales a considerar subsumibles bajo el tipo del delito otros comportamientos de «cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género con las citadas bandas o elementos». A partir de esta premisa cabe preguntarse si la promesa de ocultación de un miembro de banda armada puede ser considerada análoga a las demás acciones de colaboración específicamente descritas en el 2.º párrafo del artículo 174 bis *a*) CP 1973. La respuesta debe ser negativa. En efecto, si se tiene en cuenta que las acciones punibles deben favorecer la realización de actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de sus miembros, la promesa de ocultación no alcanzaría el grado de intensidad que es propio de las demás conductas que, ejemplificativamente, integran el catálogo del 2.º párrafo del artículo 174 bis *a*) CP 1973. Por otra

parte, es preciso tener en cuenta que la cláusula de extensión analógica de dicha disposición no puede ser entendida como un fundamento para criminalizar actos preparatorios, pues éstos, por su propia naturaleza de actos en sí mismos no punibles, no son análogos a los punibles que requieren siempre, al menos, un comienzo de ejecución.

Pero, si bien es cierto que la cláusula final del artículo 174 bis 2 CP 1973 y del artículo 576.2 CP, entendidas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, no permiten considerar equivalentes los actos preparatorios y los de ejecución, lo cierto es que el tipo penal penaliza autónomamente actos preparatorios de la ocultación cuando se refieren a la «cesión de alojamientos». Esta alternativa típica se consuma precisamente con la «puesta a disposición de un lugar de acogida», pues, como tal, importa ya un refugio con el que la banda armada puede contar para la planificación de sus actividades. En el presente caso, consta como hecho probado que el acusado V. tenía encomendada la tarea de asegurar alojamientos y que, en el cumplimiento de la misma, consiguió la promesa de A. Carece de relevancia si esa promesa llegó a vincularse a una persona concreta o no. En todo caso, constituye la puesta a disposición de un alojamiento.

(Sentencia de 16 mayo 2000)

*Constituye acto de colaboración el transportar en automóvil a comando hasta el lugar donde se coloca la bomba; proporcionalidad de la pena de cinco años impuesta*

Primero. (...) Para dilucidar esta cuestión es imprescindible acudir al relato de hechos probados en los que se declara que, en el año 1995, sin hacer más precisiones sobre el día o mes, dos de los acusados deciden integrarse en la organización terrorista ETA. También durante el año 1995 deciden buscar un tercer miembro para el comando y proponen al tercer recurrente que se integre en la banda, propuesta a la que éste se niega pero manifiesta su disposición para ayudarles, si era necesario. En el mes de mayo de 1996, sin precisar día, los dos integrantes de la organización reciben instrucciones de pasar a la acción y colocar explosivos en determinadas entidades comerciales (hechos que se persiguen en otra causa). También, sin especificar los datos cronológicos, se afirma que el tercer recurrente, al que se considera colaborador, les ayuda a desplazarse para cometer estas acciones. Por último entre junio y agosto de 1996 se dice en el hecho probado que la policía localizó la existencia del escondite que utilizaban para comunicarse, detectándose la presencia de los tres en sus alrededores y al advertir que estaban vigilados, rompieron todo contacto con la banda y cesaron en su actividad.

3. La integración en banda armada constituye una categoría de delitos de los que se denominan permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica. Los delitos permanentes tienen, como es lógico, una

continuidad en el tiempo, por lo que no es extraño que, como sucede en el caso presente, el espacio temporal que abarca la totalidad de la acción, se desarrolle en el ámbito de vigencia de diferentes legislaciones, cronológicamente sucesivas, por lo que es necesario optar por una u otra en función del momento consumativo. Como se ha dicho, la consumación termina en el momento en que el sujeto activo decide poner fin a la situación antijurídica, abandonando la banda armada, como sucede en el caso presente. Ello nos sitúa en una fase en la que ya estaba vigente el nuevo Código Penal, por lo que el tramo de conductas realizado a partir de su vigencia atrae hacia sí las consecuencias punitivas derivadas de la aplicación de sus previsiones, sin que sea posible descomponer la figura delictiva en dos tramos diferenciados, a los que le sería aplicable los diversos Códigos vigentes durante todo el espacio temporal que ha durado la situación de permanencia delictiva.

4. En relación con el delito de colaboración con banda armada, su consumación puede producirse con un solo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, su consideración, a efectos punitivos, puede llevarnos a integrar esta conducta en una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de sus actividades de colaboración que venía prestando. En este caso nos encontramos ante una situación análoga a la anteriormente abordada, por lo que la solución sobre la legislación aplicable debe ser la misma.

En definitiva, la especial naturaleza de los hechos que se someten a nuestro análisis nos lleva a considerar ajustada a derecho la solución dada por la Sala de instancia al aplicar el nuevo Código Penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo. El motivo segundo afecta exclusivamente al condenado Jesús María G. E., y se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.

1. Advierte el recurrente que la Sentencia recurrida proyecta todo su apoyo argumental para considerarle como autor de un delito de colaboración con banda armada, en la declaración obtenida de los imputados en el atestado policial durante el tiempo de su detención incomunicada y en la ratificación, por dos de ellos, tras pasar a disposición judicial. Alega que no se ha apreciado vulneración alguna de sus derechos y que no se han atendido a sus reiteradas denuncias, de que tal declaración autoinculpatoria, fue de origen involuntario y de contenido falso.

No obstante reconoce que es cierto, que los otros dos acusados le propusieron integrarse o colaborar con ETA, si bien él siempre se negó aunque en alguna ocasión les prestó su vehículo en su condición de amigos y sin tener idea de la finalidad a la que iba a ser destinado, puesto que nunca se lo dijeron y nunca les acompañó.

Entrando en el fondo de la calificación jurídica, sostiene que el hecho que le atribuye la Sentencia de facilitar el transporte en su coche, de los otros dos acusados, sabiendo que constituían un comando de ETA, no constituye un delito de colaboración con banda armada ya que, en su opinión, dicha actividad no tiene encaje en las recogidas y calificadas en el artículo 576 del nuevo Código Penal.

Plantea, por último, que esta simple actividad no puede ser castigada con una pena privativa de libertad de cinco años, ya que resulta desproporcionada según se desprende de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que lleva fecha de 20 de julio de 1999.

2. La Sentencia recurrida descarta que se hayan utilizado medios violentos o coactivos para obtener las declaraciones prestadas en la fase de investigación policial, basándose en las razones que expone en el fundamento de derecho primero. No disponemos de datos adicionales que puedan fundamentar las alegaciones de la parte recurrente.

En el acto del juicio oral, los dos acusados que fueron condenados como autores de un delito de pertenencia a banda armada, reconocen este hecho y afirman que es cierto que intentaron captar al recurrente y que éste se negó. También sostienen que cuando les dejó el coche, no sabía para qué lo necesitaban. Estas manifestaciones, en buena lógica, tal como se pone de relieve en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia recurrida, no se consideran verosímiles, pues consta que el acusado conocía en ese momento su pertenencia a una banda armada y su oferta de integrarse en la misma.

Por otro lado, el órgano juzgador dispuso de las manifestaciones del recurrente en el juicio oral, poniéndolas en relación con lo declarado ante la policía y con su ratificación ante el Juez de Instrucción, en la que admitió haber llevado a los otros dos al lugar donde tenían el escondite y de haberles transportado cuando fueron a poner los explosivos. Estas manifestaciones son, por sí mismas y sin necesidad de cualquier otra apoyatura probatoria, suficientes para enervar los efectos protectores de la presunción de inocencia, ya que no existe una radical contradicción entre lo manifestado en el juicio oral y lo declarado con anterioridad, lo que permite una valoración conjunta de todo el acervo probatorio.

3. Plantea, con carácter independiente, el tema de la proporcionalidad de la pena estimando que la prisión de cinco años resulta desproporcionada a la luz de la doctrina establecida en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 20 de julio de 1999 (caso de la Mesa de Herri Batasuna).

Efectivamente, en la Sentencia dictada, se suscita el tema de si resulta desproporcionada una pena de seis años y un día mínimo hasta doce años que establecía el anterior artículo 174 bis *a*) del Código Penal de 1973, al tipificar el delito de colaboración con banda armada. Planteándose el juicio estricto de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional establece que la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, no guardan, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas. Remitiéndose siempre al anterior artículo 174 bis *a*) del Código Penal de 1973, razona que lo que es constitucionalmente objetable, no es la fórmula abierta empleada para cerrar el tipo de la colaboración con banda armada (cualquier acto de colaboración), sino la ausencia en el precepto, de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el que examinaba, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo.

Ahora bien, no se puede perder de vista, que todos estos razonamientos estaban en relación con la conducta allí enjuiciada, que no era otra que la remisión a los medios de comunicación por la Mesa de Herri Batasuna de cintas y vídeos de un mensaje de la organización terrorista ETA, para ser emitido en espacios electorales, abriendo la posibilidad de que la pena sólo resultase desproporcionada, cuando de su aplicación resultaba un coste fáctico para los valores constitucionales concernidos, como eran los derechos de libertad de expresión e información, pero no así

cualquier otra forma de colaboración que no colisionasen con derechos de estas características y naturaleza.

4. Todos estos razonamientos tenemos que trasladarlos al nuevo Código Penal de 1995, donde la figura de la colaboración con banda armada permanece y se acoge al artículo 576, en el que se castiga con la pena de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses a los que colaboren en las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. Después de describir una serie de conductas que integran el delito de colaboración con banda armada, cierra la enumeración con una cláusula general abierta en la que se integran las conductas que constituyen cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas.

La pena mínima, cinco años de prisión, se equipara, según el cuadro de equivalencias que se contiene en la disposición transitoria 11.<sup>a</sup>, a la antigua pena de prisión mayor, por lo que podemos declarar que la medida de la respuesta punitiva se mantiene, por este lado, en franjas equivalentes. Desde otra perspectiva la cota máxima de la pena actual —diez años de prisión— se equipara a la pena de reclusión menor, aunque no en toda su extensión, por lo que se deduce que la respuesta punitiva es semejante a la que se contenía en el derogado Código Penal, con la salvedad de que las penas actuales no pueden ser redimidas por el trabajo.

La conducta enjuiciada constituye un acto material de colaboración que entra de lleno en las previsiones directas del artículo 576 del nuevo Código Penal, sin necesidad de acudir a la cláusula generalizadora. En este caso y con la legislación actualmente vigente no podemos estimar que una pena de cinco años de prisión (la mínima prevista por el legislador) constituya una respuesta desproporcionada a una conducta de colaboración que consistió, según el hecho probado, al que tenemos necesariamente que ajustarnos, en transportar a los integrantes de la banda armada con su automóvil hasta el lugar donde fueron a colocar los artefactos explosivos, esperándoles en las inmediaciones. También se le imputa la realización de actividades de lanzadera para avisar de la existencia de controles policiales y la presencia del recurrente en un escondite donde se recibían mensajes de la organización para el comando. Todo este cúmulo de actividades denotan un alto grado de colaboración con la banda armada, por lo que la respuesta efectiva, fijada en este caso en cinco años de prisión, no se considera desproporcionada superando favorablemente el juicio o análisis crítico de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 noviembre 2000)

## DISPOSICIÓN TRANSITORIA 12.<sup>a</sup>

### *El informe del Equipo Técnico puede ser emitido en fase de ejecución de la Sentencia*

Primero. El motivo primero se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> del Código Penal vigente.

1. Considera la parte recurrente que la Sentencia recurrida vulnera, por inaplicación, la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprueba el nuevo Código Penal, ya que no se solicitó el preceptivo informe pericial, siendo el imputado menor de 18 años, cuando sucedieron los hechos. Advierte que no se realizó dicho examen o informe, a pesar de que fue solicitado por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y sin tener en cuenta que tal prueba fue declarada pertinente.

Por todo ello, estima que la Sentencia recurrida es nula de pleno derecho y debe ser revocada retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al juicio oral.

2. La disposición transitoria 12.<sup>a</sup> del nuevo Código Penal establece que, hasta que se aprueba la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa.

La finalidad de este informe no es otra que determinar su grado de imputabilidad y suministrar todos los datos necesarios para una mejor individualización de la pena permitiendo optar por medidas alternativas a la prisión en el supuesto de que se estime que ésta es la mejor solución para el caso examinado.

3. Según se desprende del texto de la Sentencia, nos encontramos ante un menor conflictivo y con cierta predisposición a la comisión de actos violentos de carácter depredatorio. Se estima su minoría de edad por aplicación de la disposición derogatoria única que mantiene la vigencia de los artículos 9.3 y 65 del Código Penal de 1973 hasta la entrada en vigor de la nueva Ley del Menor (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero).

De la lectura del apartado 3 de la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida, se desprende que el órgano juzgador ha tenido en cuenta la disminución de la imputabilidad que supone la minoría de edad y contempla la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados o la sustitución por internamiento en Centro de Menores. Al mismo tiempo valorando las circunstancias individualizadoras y los datos que se desprenden de las actuaciones, pondera su carácter conflictivo y llega a la conclusión de que lo precedente es rebajar la pena en un grado, sin perjuicio de poder acordarse la suspensión de la ejecución después de realizar una evaluación en el momento en que la resolución alcance firmeza.

4. En consecuencia se debe tener en cuenta que lo verdaderamente importante, en un caso de esta naturaleza, es el acierto en la individualización de la cuantía de la pena y en la adecuación del sistema adoptado para su efectivo cumplimiento. Ahora bien, no conviene olvidar que esta finalidad esencial se puede resolver en el trámite de ejecución de Sentencia y así lo ha decidido el órgano juzgador. Por ello no existe dificultad para que el informe técnico al que se refiere la disposición transitoria 12.<sup>a</sup> se pueda solicitar en esta fase posterior y que su contenido sea una base determinante para suspender la ejecución de la pena privativa de libertad y sustituirla por alguna medida alternativa. Esta posibilidad se desprende del contenido del artículo 88 del nuevo Código Penal que

establece la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad, previa audiencia de las partes, en la misma Sentencia o posteriormente en Auto motivando determinadas penas de prisión, no siendo obstáculo para ello, dadas las peculiaridades del caso, que la pena impuesta sea de un año y nueve meses de prisión.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 abril 2000)