

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Internacional de la Rioja

ARTÍCULO 22.1 Y 22.2

Compatibilidad entre las circunstancias agravantes de Alevosía y de aprovechamiento del lugar. Características de la agravante y compatibilidad con la alevosía.

En relación a la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias del lugar con la agravante de alevosía, es evidente que su compatibilidad es problemática, pues ambas inciden en un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad –fin alternativo de todas las circunstancias del párrafo 2 del artículo 22– que está ausente de la estructura de la alevosía en la medida que en esta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios, modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/ aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundadamente la sentencia sometida al presente control casacional.

Un repaso a la Jurisprudencia de la Sala nos permite verificar que esta es oscilante en la medida que se pueden contabilizar sentencias en el doble sentido de estimar la compatibilidad –en la mayoría de los casos–, pero también existen devoluciones que estiman su improcedencia. En todo caso, y una vez más, el criterio diferenciador

para optar por una u otra decisión debe situarse en el estudio en profundidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya que en definitiva, como ya se ha dicho por esta Sala el enjuiciamiento es una actividad valorativa esencialmente individualizable.

Entre las sentencias que estiman la compatibilidad entre la alevosía y el aprovechamiento del lugar se pueden citar las SSTS 2047/2001 de 4 de Febrero, 843/2002 de 13 de Mayo, disparo efectuado a un taxista para robarle, que precisamente y a instancias del agresor había solicitado que le condujeran a un paraje apartado del término de Paracuellos donde ejecutó el hecho, o la 700/2003 de 24 de mayo, o las más antiguas de 23 de marzo 1998 y 17 de noviembre 1998.

Entre las sentencias que se oponen a la compatibilidad se pueden citar la de 8 de Junio 1986 y la 803/2002 de 7 de Mayo, así como la 510/2004 de 27 de Abril, si bien la razón de su no aplicación se centró a que la sentencia no explicitó con el suficiente detalle la descripción del lugar.

Consecuentemente, será cada hecho declarado probado el que nos permita señalar, en cada supuesto, la concurrencia de ambas agravaciones y constatar la compatibilidad de los supuestos en concurrencia. En el presente caso, verificamos en este control casacional que tanto en el hecho como en la motivación se describe con detalle el lugar, así como el aprovechamiento de esta circunstancia por el acusado, además de neutralizar la defensa de la víctima, lo que incluiría el hecho en la agravación de alevosía, la de favorecer la impunidad, toda vez que, se declara probado, el acusado, tras los hechos, abandonó al cadáver en el lugar y no fue hallado hasta que compareció en comisaría. La sentencia objeto de la casación afirma que esa búsqueda de la impunidad no parece compatible con la posterior confesión, pero es preciso situar los hechos en el contexto fáctico y jurídico. La confesión es una atenuación debida a un comportamiento posterior al hecho delictivo, en tanto que la agravación de aprovechamiento de lugar se refiere a la ejecución de la acción, dos momentos distintos en la realización de la conducta declarada probada.

Existió una acción claramente alevosa y además una acción tendente a lograr la impunidad de la acción por la conjunción del escenario aprovechado para la impunidad, de la que se arrepintió y dio lugar, con la expresión de esa conducta posterior, a la declaración de concurrencia de la atenuación de confesión.

(Sentencia núm. 647/2013, de 16 de julio)

ARTÍCULOS 139, 173.1, 454 Y 526

Asesinato. Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima. Encubrimiento. Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes. Profanación de cadáveres: respeto a la memoria de los difuntos. Elementos típicos. Modalidades. Diferencias con el autoencubrimiento impune. Integridad moral: trato degradante, afección a la dignidad humana. Doctrina. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ).

Ex artículo 22.1.^a del Código Penal, existe alevosía cuando el sujeto emplea en la ejecución del delito «medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a

asegurarle, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Interpretando su contenido, esta Sala viene destacando el carácter mixto de esta agravación (por todas, SSTS núm. 425/2010, de 15 de marzo, 464/2005, de 13 de abril, o 155/2005, de 15 de febrero). En tal sentido, hemos subrayado en infinidad de ocasiones que, aunque la alevosía presenta una dimensión predominantemente objetiva, incorpora también un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, y que no es otro que el propósito inequívoco del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta.

Con esa doble dimensión, extensible a la circunstancia que en este caso cualifica el delito de asesinato (artículo 139.1ª CP) frente a la modalidad básica de homicidio, el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos (objetivo y subjetivo) estriba en la indefensión de la víctima, es decir, en la anulación deliberada de la defensa que pudiere provenir del agredido (SSTS núm. 472/2002, 14 de febrero, o 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que bien tiende objetiva y directamente a la eliminación de esa defensa, bien aprovecha una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (SSTS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; o 1265/2004, de 29 de noviembre, entre otras muchas). No es por ello imprescindible que, de antemano, el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, siendo suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone para lograr el resultado (SSTS núm. 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; o 1378/2004, de 29 de noviembre).

De las tres modalidades que admite la alevosía, aprecia en este caso el Tribunal de instancia la forma «sorpresa», consistente en una actuación súbita y repentina que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en acometimientos rápidos, sin previo aviso (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; o 1265/2004, de 2 de noviembre), en los que se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión. La modalidad sorpresiva es la forma más tradicional del ataque alevoso, constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca (STS núm. 382/2001, de 13 de marzo, y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión a traición lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con otras palabras, se encuentra indefenso frente al ataque. Aunque su esencia radica en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, en modo alguno podía ser racionalmente esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre).

(...)

Ni la previa confrontación verbal que afirman los hechos, ni la circunstancia de que se encontraran frente a frente impide apreciar en este caso la alevosía, que efecti-

vamente concurre en la acción desplegada por el recurrente, como a tenor de los hechos pasamos a comprobar. El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores). Con mayor motivo, cuando ni siquiera se trata de una «riña» previa (término que la Real Academia de la Lengua Española define como «pendencia»), sino de una simple «discusión verbal» desarrollada en términos que pudiéramos considerar normales, consustanciales a un simple enfrentamiento oral como el aquí descrito, puede entenderse desaparecido o encubierto el carácter sorpresivo de la acción en la que uno de los contendientes, de forma súbita, inopinada y desproporcionada, reacciona frente a su antagonista con una agresión inesperada que impide o anula toda capacidad de reacción o defensa por parte de este último (STS de 2 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004). Menos aún cuando se dirige directamente, sin previo aviso físico o verbal, a una región corporal con escasa resistencia a los golpes, como es la sien, cercana al cráneo y con tan poca proporción de hueso craneal que resulta particularmente sensible frente a impactos de entidad como el que aquí se describe. La idoneidad del instrumento empleado por el recurrente y del golpe asestado está fuera de toda duda, pues el hecho probado afirma que Luz Marina cayó automáticamente al suelo y que su muerte fue instantánea, sin solución de continuidad. Por ello, más allá del dolo de dar muerte que admite el recurrente, ha de estimarse concurrente en su acción –tal y como entendió la Sala de instancia– el dolo específico de coger desprevenida a la víctima.

Como antes apuntábamos, se aprecia la alevosía cuando, aun mediando entre los implicados algún tipo de desavenencia o conflicto, el carácter de éste experimenta una radical inflexión debida al inopinado y drástico cambio en la actividad de uno de ellos, que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma en perjuicio del otro (STS de 25 de octubre de 2006). En este sentido se pronunciaban las ya antiguas SSTS de 23 de diciembre de 1998 y de 12 de julio de 2002, que compatibilizaban la discusión previa y la violencia verbalizada con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente oral, se desliza hacia una agresión desproporcionada que la coja por sorpresa.

Es obvio que de la confrontación verbal que pudiere haber preexistido entre Luz Marina y Nazario Javier, de cuya entidad no da más detalles el relato fáctico, no podía aquélla deducir un ataque tan repentino, directo y certero hacia su sien como el que sufrió. Al igual que en el caso que resolvía la antes citada STS núm. 425/2010, examinando una confrontación verbal habida entre dos conductores que previamente habían discutido por un irrelevante incidente de tráfico, lo que acabó con la muerte de uno de ellos al ser apuñalado por el otro, la discusión que analizamos no se combinó con enfrentamiento físico alguno entre ambos del que Luz Marina pudiera prever una agresión mayor. Tampoco se refiere ningún acaloramiento especial en el seno de la discusión, ni nada anterior al golpe propinado con el cenicero que pudiera alertar a la víctima sobre el cariz que inmediatamente iba a tomar la situación y, por ello mismo, sobre el peligro que corría.

Pretende el recurrente que, ante el hecho de tomar el cenicero con su mano izquierda y pasarlo hacia su mano derecha para golpear a Luz Marina seguidamente en la sien (mecánica que ciertamente es compatible con la narración fáctica) se deduzca que se encontraban frente a frente y que, por tal razón, existían posibilidades de defensa. Sin embargo, nada de esto último se dice en el presente caso, sino que para describir el ataque el Tribunal ha escogido los adjetivos «repentino, rápido y

brusco». Esta Sala, por otra parte, ha admitido repetidamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), e incluso en algunos supuestos en los que haya mediado forcejeo entre víctima y agresor si existe una desproporción de fuerzas. Ningún forcejeo ni reacción instintiva de protección llegó siquiera a haber en este caso.

Por otro lado, la zona elegida por el procesado para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar asimismo concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. El acometimiento descrito y el instrumento empleado en su ejecución resultaron igualmente idóneos para lograr el más fácil resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Luz Marina, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse.

En suma, hay en la acción atribuida a Nazario Javier un salto cualitativo inesperado por la víctima, e igualmente inesperable por cualquiera. La redacción fáctica es, pues, compatible con la alevosía sorpresiva, en tanto fundada en el carácter súbito e imprevisible de la acción desplegada consciente y deliberadamente por Nazario Javier (STS núm. 671/2007, con cita de las SSTs núm. 357/2005, de 22 de marzo, y 49/2004, de 22 de enero). Resulta innegable que el paso de las simples desavenencias verbales a una fase distinta, con utilización de un contundente instrumento dirigido directamente sobre el rostro de la oponente y hacia un punto tan concreto como es la sien, proporciona al que lo esgrime una clara situación de ventaja. Las posibilidades de defensa de la víctima estaban eliminadas desde el momento inicial, al recibir en ese punto el primer y único golpe, causante directo de la muerte.

A mayor abundamiento, el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad. Esta conclusión se extrae de la narración histórica cuando afirma que mantenían «desde hacía tiempo una relación de amistad» (apartado 1, inciso 1º) y que el origen de la discusión se sitúa en «la relación sentimental que mantuvieron en su día» (apartado 2º, inciso 1º). La fluidez de su amistad dimana del conjunto fáctico cuando también mantiene que pocas horas antes del suceso Nazario Javier había ido a buscar a Luz Marina a su casa. Juntos y en solitario –siguiendo de nuevo los hechos probados– se habían desplazado aquella misma tarde por diversos lugares de la ciudad, en los que solían quedar con su grupo de amigos. Se describe a Luz Marina confiando siempre en Nazario Javier para realizar esos desplazamientos, a bordo del ciclomotor de este último, modo en el que igualmente llegaron a la vivienda que había sido el domicilio en el que Nazario Javier residiera con su hermano Isaac Ovidio hasta irse el primero a vivir a Camas unos meses antes del suceso y en la que, ello no obstante, continuaba teniendo dormitorio propio. Nada de lo sucedido con anterioridad aquella tarde podía, por tanto, poner tampoco sobre alerta a Luz Marina anticipadamente.

(...)

El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales –también en menores– el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado

cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (pp. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquélla. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial (arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

El invocado artículo 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que «[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo». Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces *a quibus* destacan que ese doble enjuiciamiento no solo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16 de diciembre de 2008, según el cual «la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse *de lege ferenda*, pero en ningún caso *de lege data*, siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex artículo 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un

enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13 de agosto de 2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

No puede compartirse este último argumento de instancia que atribuye a las partes acusadoras el distanciamiento temporal entre ambos juicios por el hecho de haber interpuesto diferentes recursos frente al citado auto. En primer lugar, porque con tal proceder las acusaciones estaban ejercitando su legítimo derecho al recurso. A mayor abundamiento, el auto en sí evidencia que la clarificación del tipo de procedimiento a seguir no resultó sino después de ciertos vaivenes, optando finalmente la Sala de instancia por aplicar las reglas del procedimiento ordinario tras haberle planteado tres defensas lo inadecuado del que hasta entonces se seguía, como ya hemos visto. El propio Tribunal tomaba la decisión siendo consciente de la fecha vacacional en que resolvía, primando en su rápida decisión circunstancias procesales ponderables como la situación de privación de libertad de algunos implicados, pero sin dar los oportunos traslados a las partes acusadoras, tal y como reflejó después el TSJ al resolver en apelación, según hemos visto. La situación habría sido, pues, de clara indefensión para las acusaciones de no haber existido esa capacidad de recurso. En ningún modo puede compartirse que su uso en este caso representara un abuso procesal por parte de las acusaciones, sino muy por el contrario el legítimo ejercicio de sus derechos procesales, con independencia de la final desestimación de ambas apelaciones.

Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el artículo 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).

Decíamos además en las SSTs núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal solo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que «cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, solo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho». En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que «nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica».

También las recientes SSTs núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter

positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del artículo 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio *non bis in idem* y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE) y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, *ex* artículo 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTs núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no solo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre,

24/1984), de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, o 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que «[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no solo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo».

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): «(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: “(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción”. Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección».

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que solo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos procesales y materiales inde-

seados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos –menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos– hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediatez, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública.

No se estima inconveniente, por ello, una solución legislativa que resuelva disyuntivas procesales como la presente, compatibilizando un enjuiciamiento conjunto en sede de adultos en el que también se vele por los fines tuitivos y por las demás garantías que al menor reconoce la LORPM.

(...)

Con las SSTS núm. 598/2011, de 17 de junio, y 1216/2002, de 28 de junio, hemos de afirmar que el encubrimiento exige dos requisitos previos, uno de carácter positivo y otro de índole negativa. Por el primero, es preciso que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito; por el segundo, no debe haber participado o intervenido en el mismo como autor o como cómplice, siendo los tres posibles componentes delictivos que sanciona el tipo posteriores a la comisión criminal. El conocimiento por el sujeto activo supone la noticia o percepción que se tiene de una cosa. Es un estado anímico de certeza, por lo que el encubridor debe conocer la trasgresión punible cometida, aunque no es necesario que sea de forma absolutamente precisa en sus circunstancias. No bastan simples sospechas o presunciones, sino que habrá de tener conocimiento de un acto ilícito anterior y, en concreto, de que se trata de un delito. En cuanto al momento del conocimiento, ha de ser previo a la realización de su propia conducta, planteándose algunos problemas cuando al tiempo de realizar su actividad el encubridor desconoce la comisión anterior de un delito que averigua después. Si en el primer momento tal acción sería impune, una vez que, enterado del delito, continúe su actividad desarrollará un encubrimiento. La conducta típica precisa así de una activa colaboración, es decir, de una ayuda o favorecimiento eficaces, consumándose mediante ella dicho ilícito siempre que el agente tenga la finalidad o motivación de poner obstáculos a la investigación y de tratar de auxiliar al autor de la imputación delictiva (STS núm. 1074/2010, de 21 de diciembre).

El artículo 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento. En palabras de la STS núm. 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: *a)* la comisión previa de un delito; *b)* un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son

conductas postdelictuales impunes; y c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero.

La forma de encubrimiento a la que debe entenderse que la parte recurrente reconduce estos hechos es la prevista en el artículo 451.2.º CP (conocida doctrinalmente como «favorecimiento real» frente al «favorecimiento personal» del apartado 3.º), según la cual será castigado quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervenga con posterioridad a su ejecución «ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento». El término «ocultar», que sería el aquí aplicable, es interpretado en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa. La acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del delito, y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión.

Es oportuno recordar, en cualquier caso, que el artículo 454 CP exime de pena a los encubridores que lo sean de determinados parientes y, entre ellos, de sus ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados, erigiéndose como única «excepción a la excepción» la del encubrimiento comprendido en el artículo 451.1.º CP. La excusa absolutoria del artículo 454, que conlleva la exención de responsabilidad penal para el pariente en estos términos, no es en cambio comunicable al ajeno a la familia, respecto del cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento (SSTS núm. 624/2004, de 17 de mayo, y 475/2002, de 15 de marzo).

(...)

Sanciona el artículo 526 CP a quien «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos», estableciendo para ello penas de tres a cinco meses de prisión o bien multa de seis a diez meses. El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables. Por su parte, el verbo «deshorrar» admite entre sus varias acepciones las de quitar la honra, injuriar y escarnecer o despreciar a alguien con ademanes o actos ofensivos e indecentes. Finalmente, por «ultrajar» se entiende tanto el hecho de injuriar como el de despreciar o tratar con desvío a alguien, entre otras opciones semánticas.

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían

arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar «con ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de» o «con el conocimiento de».

Volviendo a la perspectiva genérica de la acción típica, aclara la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, que, de las diferentes conductas que contempla el precepto, dos de ellas aparecen íntimamente enlazadas, como son la violación de sepulturas y la profanación de cadáveres, para las cuales se precisa faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, mientras que la tercera consistirá en la destrucción, alteración o daño de otros objetos funerarios, precisándose solo en este caso un ánimo de ultraje.

Recordaba esta misma sentencia que las conductas de «violar» y «profanar» tienen en la doctrina un significado jurídico heterogéneo, dada la multiplicidad de usos gramaticales con los que se admiten en el Código Penal. Vulgarmente, por «violar» se entiende «infringir una Ley o precepto», «profanar un lugar sagrado» o «ajar o deslucir una cosa». También la «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar típicos aquellos actos que impliquen violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas. Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación, en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se enterra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo el «sepulcro» como la «obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver» y la «sepultura» como el «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica –profanar un cadáver o sus cenizas– la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo artículo 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material,

siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

La naturaleza de este requisito es controvertida. Siguiendo en este punto a las SSTs núm. 70/2004 y 1036/2007, debemos rechazar, tal y como antes adelantábamos, que se trate de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto ánimo del sujeto activo dirigido a faltar al mentado respeto. Con esta expresión se objetiva, en cambio, un elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

El bien jurídico común a todo el artículo 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social la memoria de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Se ha estimado así que quedan fuera del tipo objetivo conductas como la del depósito colectivo de restos cadavéricos, en fosas comunes, por parte de los servicios públicos encargados de la organización y policía de los cementerios, aun cuando con ello se provocara su mezcla. Sí se han estimado, en cambio, concurrentes los dos elementos objetivos del tipo (profanación y ofensa al sentimiento de respeto que merecen en la comunidad social los seres humanos fallecidos y sus cadáveres, compatible esto último con otros ánimos específicos como el sexual, de venganza o de lucro), en la conservación en los bajos de una funeraria y en el propio domicilio de cajas con restos cadavéricos etiquetados bajo identidades correspondientes a personas cuyas cenizas figuraban como entregadas previamente a sus familiares, así como de cajas con restos de cuerpos esqueléticos etiquetadas con una identidad diferente de la de los restos descubiertos, acreditándose que correspondían a familias distintas, la correspondiente a la del nombre de la caja y las de los restos, y a los que en su día se les entregaron también las cenizas (STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre).

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Rechazaba asimismo este ilícito, en su formulación anterior del artículo 340 del CP de 1973, la STS de 19/11/1991 (rec. núm. 699/1990), al faltar la específica voluntad de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima y de violentar así el respeto debido a la memoria de los muertos, pues la conducta allí ejecutada consistió en desvestir el cuerpo y, tras hacer el autor lo propio consigo mismo, colocarse sobre aquél con otros fines, lúbricos y auto-lesivos, no consiguiendo este último propósito el autor a pesar de intentarlo varias veces.

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos «a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada» (art. 612.7 CP). En similar forma proscribe el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no solo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los

fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra (art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite *a priori* lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos –también en el del artículo 526 CP– por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.^a CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudirse al concurso de delitos. En efecto, el artículo 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, o 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en

franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral.

La cuestión que se somete a nuestra consideración debe partir, en cualquier caso, de un punto previo a la tipicidad, en la medida en que ni de los apartados fácticos destacados por la acusación recurrente, ni del restante contenido de los hechos probados es posible extraer en este caso los elementos que han de sustentar el ilícito en cuestión. Ciertamente es que el hecho 2.º afirma en sus incisos 5.º y 6.º que, tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante la situación, Nazario Javier y «Bola» «decidieron hacer desaparecer el cadáver» de Luz Marina junto con todos sus efectos personales, y que entre los dos, contando con ayuda de al menos «un tercero desconocido», sacaron el cuerpo de la menor de la vivienda en la que había fallecido, valiéndose para ello de la silla de ruedas que había pertenecido a la madre de Nazario Javier. Lograron efectivamente su propósito, «haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce». El hecho 6.º da también cuenta de cómo a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de la víctima, llegando a ofrecer varias versiones, todo lo cual ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas».

Aplicando la doctrina que nos ocupa a estos hechos, únicos de los que podría derivarse la consecuencia penal que interesa a la recurrente, no es posible entender concurrentes los elementos objetivos antes citados, es decir, la efectiva profanación unida a la falta del respeto debido a la fallecida Luz Marina y su memoria. Sin perjuicio de que, como señalamos en la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, el tipo penal no exige un dolo específico de ultrajar, siendo suficiente con atentar contra el respeto debido a la memoria de los muertos, lo escueto del pronunciamiento de instancia sobre las acciones efectivamente ejecutadas sobre el cuerpo de la joven y la situación en la que haya podido quedar su cadáver dificultan una aproximación a la figura delictiva del artículo 526 CP por vía de infracción de ley. A tenor del relato fáctico en su conjunto, solo llegamos a conocer que se le dio muerte bruscamente, empleando para ello un cenicero con el que se le propinó un contundente golpe seco en la sien, así como que poco después su cuerpo inerte fue colocado en la silla de ruedas, haciéndolo desaparecer de forma desconocida. De esas solas circunstancias no es viable entender profanado el cuerpo de Luz Marina.

Su sola desaparición no puede integrar el delito interesado, pues el tipo penal del artículo 526 CP precisa la constatación de un acto de profanación sobre el cadáver, debiendo ser dicho acto, por sí mismo deshonroso, indigno o indecoroso, el que conmueve a la sociedad y, por ende, lesiona el respeto exigible.

Tal desaparición, por otro lado, se muestra directamente relacionada en la sentencia con el ejercicio del derecho de defensa por parte de Nazario Javier (art. 24.2 CE),

argumento que maneja la Audiencia para excluir cualquier condena de esta naturaleza. En los hechos probados tampoco se recoge mención alguna de la que extraer respecto de este procesado un dolo, siquiera genérico, de faltar al respeto debido al cuerpo de Luz Marina. Nada se describe que, sobrepasando la mera intencionalidad de ocultarlo con fines de autoencubrimiento, pueda constituir un acto de profanación. A mayor abundamiento, y al hilo de la más reciente doctrina del TEDH sobre revisión en vía de recurso de elementos subjetivos frente a previos pronunciamientos absolutorios, de la que daba cuenta por primera vez nuestra STS núm. 670/2012, no es posible en sede casacional emitir el interesado pronunciamiento de tipicidad, en la medida en que comportaría modificar la valoración de instancia sobre los fines que presidieron la conducta de Nazario Javier, único procesado al que la sentencia combatida hace partícipe de las tareas de ocultación del cadáver de Luz Marina (recordemos que ninguna participación se atribuye a Primitivo Imanol, por lo que la petición típica que asimismo formula la acusación para este acusado excede nuevamente los límites de la infracción de ley). Siendo aquél el reconocido ejecutor de la muerte de la joven, su conducta personal dirigida al posterior ocultamiento del cuerpo y demás elementos de prueba resulta impune a la vista de los hechos declarados probados, al no rebasarse el autoencubrimiento en este caso.

(...)

Los hechos probados reflejan, efectivamente, en su apartado 6º que a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de Luz Marina, «llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo», lo que ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas». El apartado 7.º añade a lo anterior cómo en función de esas cambiantes versiones del procesado «se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir», así como «en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra». Igualmente, a raíz de una declaración de Rocío, que por entonces fuera novia de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina «en unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas», ocasionándose al Estado unos gastos cifrados en su conjunto en 616.319,27 euros. Como después veremos, el apartado 7.º tiene relevancia a la hora de analizar el siguiente motivo por inaplicación del artículo 113 CP, pero no conforma propiamente el sustrato fáctico potencial del delito contra la integridad moral.

El estudio de esta cuestión requiere adentrarse previamente con carácter general en el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho de defensa y el colateral daño psíquico y moral que la conducta, en este caso de Nazario Javier, haya podido acarrear en los familiares directos de la víctima, al referir de forma continuada diferentes versiones sobre dos puntos fundamentales: a) la forma en la que la menor fue agredida, llegando a incluir en su relato en un determinado momento procesal elementos propios de una violación, lo que ya ha valorado esta Sala a efectos de estimar justificada la respuesta punitiva que ha merecido en la instancia el asesinato cometido; y b) el lugar en que se encuentra depositado el cuerpo y la forma en que las personas involucradas en su desaparición y, en particular, este procesado se deshicieron del mismo, cuyo análisis hemos de realizar ahora.

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano (art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado

nuestra jurisprudencia (*vid.* a tal fin STS de 29/09/1994 o SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en «la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva» (STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculpado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el artículo 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

Según destacaba la STS núm. 351/2012, de 7 de mayo, el mismo TEDH ha precisado –también lo ha apuntado nuestro Tribunal Constitucional– que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo del artículo 6 CEDH. Del mismo modo, recordó que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado. Así, al igual que no podría aceptarse el abuso policial o judicial frente al legítimo ejercicio de estos derechos del acusado (STS núm. 178/2006, de 16 de febrero), tampoco cabe entender privado de toda frontera su utilización por aquél.

Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi-absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (*vid.* STEDH de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso *O’Halloran y Francis c. Reino Unido*, entre otras).

Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio, conociendo del recurso de amparo núm. 2406/2006: «Los recurrentes (...) sostienen que, en virtud del derecho fundamental que invocan, y en la conexión que el mismo tiene con el derecho de defensa, tenían derecho a mentir, dado que materialmente tenían la condición de imputados en el procedimiento administrativo, sin que de sus manifestaciones en la comparecencia en la información reservada pudiera derivarse consecuencia negativa alguna. Aluden también –bajo la confusa invocación del artículo 24.1 CE, articulada como tercer motivo de amparo– a que el derecho se ve vulnerado cuando los actos de ejercicio del mismo dan lugar a la imposición de una sanción. En esa misma línea, el Ministerio Fiscal sostiene que las manifestaciones realizadas por los agentes tenían un claro carácter defensivo de su actuación profesional, por lo que quedarían amparadas en el ejercicio del derecho fundamental.

Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

(por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa –al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes– ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables» (en ambos casos el subrayado es nuestro).

Extrapolando este criterio al supuesto de autos, debe disentirse de la opinión de instancia a tenor de la cual la conducta sostenida por Nazario Javier a lo largo del proceso, variando de forma caprichosa y contumaz su versión sobre lo sucedido, encuentra cobertura ilimitada en el derecho de defensa, de forma que es posible traspasar la línea del autoencubrimiento impune aun cuando dicha conducta sea lesiva de derechos de terceros, lesionando su integridad moral y sin que ello sea necesario además en términos de estricta defensa.

Excedió, en cambio, el acusado en este caso los límites de las garantías procesales que le asisten y, en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable para erigirse su conducta en una acción directamente lesiva de la dignidad de los padres de la víctima, sin que ello fuera necesario en términos de estricta defensa. Con el proceder que describen los hechos apuntados por el Fiscal, el único acusado condenado en la instancia ha hecho uso, ciertamente, de su legítimo derecho a declarar, cuantas veces y en la forma que se han estimado oportuno. Pero no se ha limitado a ello, como veremos a continuación.

La sentencia realiza una lacónica exclusión del delito en cuestión, refiriéndose al intangible derecho de defensa. Pero no puede compartirse, en términos de estricta legalidad, la posición exculpatoria mantenida por el Tribunal de instancia, que ciñe tal exculpación al solo ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE), en la medida en que el caso presenta muchos más matices. Reconocido el importante daño psíquico agregado al normalmente derivado de unos hechos de esta naturaleza, hemos de analizar

si ese innecesario sufrimiento subsiguiente al comportamiento de Nazario Javier goza por sí mismo de autonomía penal.

El inciso legal al que se contrae la queja castiga a quien inflija «a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral», que actualmente constituye el primer párrafo del artículo 173.1 CP y que, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, que era la vigente al tiempo de los hechos, conformaba la única figura delictiva en él tipificada. No ha sido, en cualquier caso, objeto de modificación interna alguna.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el artículo 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su artículo 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el artículo 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el Legislador en la regla concursal contenida en el artículo 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del artículo 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del artículo 620.2 CP.

Nuestra más reciente jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, o 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS de 3 de octubre de 2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El artículo 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscrib[e] con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Luz Marina, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron para la localización de Luz Marina, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

Las dificultades iniciales en la recuperación del cadáver siguen a día de hoy vigentes. Por ello resultaba de todo punto innecesario, en términos de defensa, desviar la atención hacia otras ubicaciones, generando mayor dispersión, en la medida en que, exploradas las vías racionales de investigación, la situación del cuerpo de la fallecida sigue siendo una incógnita. La ocultación del cuerpo de Luz Marina y de los restantes vestigios del crimen cometido ya estaba materializada, en forma tan efectiva que, pese a los considerables esfuerzos judiciales y policiales durante estos cuatro años, no se ha dado con su paradero. De modo que, en términos de defensa, resultaba innecesario que Nazario Javier ofreciera, a medida que decaían sus versiones anteriores, continuas «pistas falsas» que provocaron a su vez falsas expectativas, principalmente de cara a la localización del cuerpo y prioritariamente en sus parientes más allegados.

La zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver, queda más allá del derecho de defensa en su modalidad de autoencubrimiento impune. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de los familiares de Luz Marina, con la importante repercusión emocional en sus padres que recoge el Tribunal en el apartado 6.º de los hechos probados, antes transcrito, y que con mayor detalle describe el FJ. 34, a tenor de los informes periciales que señalan las graves secuelas que presentan, y que bien pudieron llevarse al relato fáctico.

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Nazario Javier dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del

delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Nazario Javier se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no solo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, «causando si cabe mayor dolor» al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la sola desaparición, y su efecto en la psique de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todos las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre). La afección última de la dignidad de los familiares de la joven fallecida dimana del vínculo parental mismo con la otrora víctima del delito de asesinato.

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del artículo 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta del procesado, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral *ex* artículo 173.1 CP.

(Sentencia núm. 62/2013, de 29 de enero)

ARTÍCULO 149.2

Lesiones. Mutilación genital femenina. Extirpación del clítoris a menor inmigrante en su país de origen –Senegal– por motivos religiosos y culturales, antes de venir a España. Secuela consistente en una sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal. Error de Prohibición. Incorrecta aplicación del error vencible. En el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ileg-

lidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió y la inaccesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error.

La acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no solo dentro de España, sino fuera de ella.

(...) es evidente que a la recurrente le asiste razón, ya que la única prueba inculminatoria (testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado.

(...)

El testimonio del enfermero, que admite diversas interpretaciones, ninguna de ellas tiene carácter claramente inculminatorio, pues las alternativas son dos: que los padres conocían antes la lesión, o que si se descubrió en el Centro de Salud, es lógico que no sufrieran una reacción adversa y de contrariedad, si como explicó el marido y la Audiencia aceptó constituye una práctica usual y generalizada en las regiones rurales de su país, donde residía la menor, que no califican de ilícita ni ilegal.

Desde el punto de vista de la actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre, si ésta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo.

(...)

Ni siquiera por la vía de la omisión negligente del artículo 11 C.P., se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando *de facto* se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad.

(...)

Tampoco es posible responsabilizarla porque su marido residente varios años en España no le comunicara que en este país la ablación del clítoris es delictiva, pues si no lo hizo, como da a entender la Audiencia, la responsabilidad estaría de parte del marido, a quien afectan las mismas obligaciones derivadas de la patria potestad, y sin embargo, este último en la misma causa ha resultado absuelto, en sentencia dictada por la misma Sección en fecha 24 de julio de 2012.

(...)

No ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió.

Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado.

(Sentencia núm. 939/2013, de 16 de diciembre.)

ARTÍCULO 150

Lesiones. Deformidad. Agresión mutua en el transcurso de la cual el acusado golpeó a la víctima con un vaso de cristal, que se rompió.

Subtipo agravado por uso de instrumento peligroso. Causación de herida inciso contusa en el rostro que precisó para su curación de la aplicación de puntos de sutura como tratamiento médico quirúrgico. Secuela consistente en cicatriz de 3x2 cm. en el rostro, debajo del ojo, que genera perjuicio estético moderado. Subtipo agravado por deformidad, aplicado en segunda sentencia. Concepto de deformidad. No puede confundirse naturaleza valorativa del término con hacer descansar esa valoración en la opinión del sujeto pasivo.

En realidad, como se subraya, la Audiencia no es que discuta que estemos ante un alteración física que reúne todas las cualidades «objetivas» para ser etiquetadas como «deformidad», sino que viene a añadir un requisito más: no basta con que estemos ante una deformidad, sino además sería necesario que el perjudicado (y/o su dirección letrada, habría que apostillar) la considerase como tal. Pero eso es un requisito sin sustento legal que vendría a convertir ese tramo agravado de las lesiones en algo «disponible», es decir, solo perseguible a instancia de parte; y «perdonable» por el lesionado en esa porción de injusto. Lo mismo que las lesiones consistentes en la pérdida de un miembro principal, v. gr., no requieren que el afectado otorgue carácter esencial a ese «órgano» corporal (su opinión es indiferente), la deformidad es noción compatible con que el afectado rechace o no asuma, implícita o explícitamente, esa conceptualización. La afirmación de que es un concepto subjetivo no significa eso, sino que es valorativo, en el sentido de que hay que perfilarlo con valoraciones y estimaciones no exactas o aritméticas, pero no de que exija un «placet» o conformidad por parte del sujeto pasivo del delito. No puede confundirse naturaleza valorativa del término manejado por el legislador, con hacer descansar esa valoración en la opinión ni del sujeto pasivo, ni de su dirección letrada.

En el presente supuesto, además, el momento en que se efectúa la calificación por parte de la Acusación particular, antes de la formulada por el Fiscal; la similitud de las penas solicitadas, pese a la diversidad de tipificación; y la renuncia del afectado en virtud de la indemnización recibida, aunque sea posterior a la sentencia, hacen más que discutible que la interpretación de esa actitud procesal sea la que efectúa la Audiencia. Pero, aunque fuese correcta y el perjudicado rechace que esa secuela constituya deformidad, la aplicación de un precepto penal, salvo en casos excepcionales (injurias señaladamente: no pueden considerarse graves si el afectado la reputa leves), no queda al albur de la voluntad de la víctima, que no puede constituirse en ese sentido como en *dominus litis*, lo que no es compatible con la naturaleza de la ley y del proceso penales.

Es más, si nos sumergimos en el procedimiento (artículo 899) a los únicos efectos de indagar si efectivamente existen elementos que puedan pasar inadvertidos a esta Sala en casación y que pudieran abonar el mantenimiento de la calificación más benigna del Tribunal *a quo*, lejos de ello se confirman esas apreciaciones. En el escrito de la acusación particular se habla de «perjuicio estético tan importante que ha sido cifrado por el Médico Forense en 22 puntos» (folios 205 y 287). Y se solicita una pena de Tres años de prisión. Y en el trámite de informe al explicar esa posición procesal invoca loables razones más bien humanitarias y de compasión hacia quien es una persona joven que se va a ser afectada por una condena, lo que llevó al profesional a «contenerse» al plasmar su petición acusatoria. Es comprensible y perfectamente justificable esa posición: el principio de legalidad no vincula de igual forma a una acusación particular que a la pública. Pero proclama el propio letrado que no tiene duda de que penalmente la catalogación técnicamente más correcta es la que lleva los hechos

al artículo 150 CP y que el propio afectado le ha expresado los perjuicios que le acarrea una cicatriz en ese lugar visible, cuando percibe, o cree percibir, miradas de curiosidad fijas en la cicatriz en las que cree adivinar pensamientos no precisamente positivos, al tratar con otras personas o realizar alguna entrevista de trabajo. Quien asumió la dirección letrada como acusación particular lo dice claramente en el informe: « Existe esa deformidad... se ve...».

En efecto, existe.

(Sentencia núm. 759/2013, de 14 de octubre.)

ARTÍCULOS 172.1 Y 620.2

Coacciones. Revocación de condena por delito y tipificación como falta. Vulneración del principio de proporcionalidad. La conducta de quien, estando ligeramente embriagado, agarra la mano de unos niños en un lugar público, sin que conste que realizase sobre ellos ninguna maniobra de contenido lúbrico, ni tampoco que intentase desplazarlos o llevárselos consigo, limitándose a retenerlos por un breve espacio temporal, debe ser calificada como coacción leve. Escasa intensidad de la violencia ejercitada e irrelevancia del resultado ocasionado, atendiendo a la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes.

El delito de coacciones consiste en compeler, imponer o constreñir a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar, señalando la doctrina de esta Sala que la acción típica debe revestir la necesaria intensidad para diferenciarla de la coacción leve (SSTS 167/2007 de 27 de febrero y 632/2013, de 17 de julio).

La diferencia entre el delito de coacciones del artículo 172.1, incluida la modalidad atenuada del último párrafo, y la coacción leve constitutiva de falta del artículo 620.2, debe centrarse en la valoración de la gravedad de la acción coactiva (intensidad de la violencia ejercitada y entidad del resultado ocasionado), teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo, sus capacidades intelectivas y los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción (SSTS 1367/2002 de 18 de julio, 731/2006 de 3 de julio y 632/2013, de 17 de julio).

Por tanto, la diferencia entre una y otra infracción punible estriba esencialmente en el grado de intensidad de la violencia y de la repercusión o incidencia en la libertad de decisión del sujeto pasivo. Su nota distintiva será fundamentalmente cuantitativa, pues en el fondo y desde una óptica cualitativa siempre debe concurrir en el hecho, nos hallemos ante un delito o una falta, una presión o coerción ejercida por el sujeto agente y una restricción de la libertad de obrar padecida por el sujeto pasivo (STS 843/2005 de 29 de junio y 632/2013, de 17 de julio).

En el caso actual, tomando en consideración que se trata de la conducta de un hombre ligeramente embriagado, realizada en pleno día, en un lugar público, que tiene una escasa duración temporal y se limita a agarrar a unos menores de la mano, e impedirles soltarse, cesando en su actuación inmediatamente por la intervención de la madre de uno de ellos, ha de considerarse que tanto valorando la mínima intensidad

de la fuerza empleada, como la escasa entidad del resultado producido, la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes, la coacción debe ser valorada como leve y sancionada como falta.

(Sentencia núm. 1005/2013, de 27 de diciembre.)

ARTÍCULO 174

Delito de Torturas. Cometidas por varios guardias urbanos y un «mosso d'Esquadra». Agresión, insultos y vejaciones a dos jóvenes en la estación de RENFE detenidos por error, que presuntamente habían agredido a un policía local, haciendo uso desproporcionado de la fuerza en represalia por tal hecho. Extralimitación en su actuación como agentes, más allá de un uso excesivo de fuerza, concurriendo un ánimo subjetivo de denigrar a los detenidos, realizando conductas vejatorias y humillantes—simulación de arrojar a la víctima bajo las ruedas del tren, amenazas y agresiones— subsumibles en el tipo del artículo 174.1 CP. Torturas en comisión por omisión. Dimensión puramente omisiva (no impedir) y positiva (dar consentimiento). Vertientes doctrinales. Revocación de condena para dos agentes, condenados en la instancia por el tipo omisivo del artículo 176 CP. No ostentaban ninguna posición de mando respecto del resto de los acusados, encontrándose en una situación de plena igualdad jerárquica. No consta de qué modo podrían haber evitado los excesos imprevistos de sus compañeros.

La argumentación básica de dichos motivos de recurso consiste en afirmar que los hechos declarados probados no integran un delito del artículo 174 CP, por no revestir los elementos configuradores de dicho tipo delictivo, y en su caso deberían subsumirse en el artículo 175 del mismo texto legal. Consideran que el relato fáctico no pone de relieve un trato que implique un menoscabo grave de la dignidad de las personas afectadas, distinto del menoscabo que para la integridad física y síquica de éstas se consigna en la sentencia, y que la violencia ejercida por los acusados no tiene la entidad suficiente para constituir un delito contra la integridad moral en su modalidad de torturas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS 27 de noviembre de 2012, núm. 985/2012, entre otras) han destacado que la diferencia entre el tipo penal de tortura del artículo 174 CP 95 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público, «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior», del artículo 175 CP, no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico —«con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún

tipo de discriminación»— que exige el artículo 174, adecuadamente aplicado en el caso actual.

Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 174 se incluye de forma expresa la sumisión de las víctimas a condiciones o procedimientos... que, de cualquier modo, «atenten contra su integridad moral», por lo que ha considerarse que cuando la autoridad o sus agentes someten a los particulares a condiciones o procedimientos (como malos tratos, insultos o vejaciones) que integran un atentado contra la integridad moral, tanto si el atentado es grave como si no lo es, la única manera de diferenciar dicho comportamiento del sancionado como atentado contra la integridad moral en el artículo 175, viene establecida por el elemento teleológico, que se exige en el primero de dichos tipos penales (174), pero no en el segundo (175).

Es cierto que este sistema de tipificación determina, como ha destacado la doctrina, que el concepto de tortura en nuestro ordenamiento penal positivo sea más amplio, en lo que se refiere a la entidad de la acción comisiva, que el prevenido en el artículo 1.º de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, pues prescinde de la exigencia de gravedad, que se contiene en dicho precepto internacional. En efecto, nuestro ordenamiento positivo no diferencia entre tratos degradantes y torturas por razón de su intensidad o gravedad, sino que todos ellos se califican de tortura, en el artículo 174, cuando son infligidos con abuso de su oficio por autoridades o funcionarios, con las finalidades previstas en dicho precepto.

En consecuencia, la gravedad del atentado constituye una circunstancia determinante de la aplicación de una modalidad agravada, sancionada con una pena superior («el culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuese grave y de prisión de uno a tres años si no lo es»). Pero, aún en los supuestos en los que el Tribunal sentenciador considera que concurre un atentado a la integridad de las víctimas que no sea grave, como sucede en el caso actual, la acción será igualmente tipificada como tortura del artículo 174 (no grave), siempre que concurra el elemento teleológico que es lo que caracteriza a este precepto.

Es posible que pueda considerarse contradictorio calificar una acción como tortura cuando el atentado a la integridad moral de la víctima no sea grave. Pero cualquier intento, basado en apriorismos, de corregir al Legislador en esta materia, vaciaría de contenido el supuesto legal, expresamente prevenido en el tipo, de torturas no graves, y conduciría a una ruptura del modelo legislativo, pues la diferenciación entre el tipo prevenido en el artículo 174 y en el 175 no puede fundamentarse en la gravedad del atentado (ambos contienen expresamente dos modalidades de sanción, una para atentados graves y otra para los que no los son), sino en su finalidad.

En el caso actual, la finalidad de represalia o castigo es manifiesta. Los agentes policiales acusados sometieron a sus víctimas a malos tratos y vejaciones, con abuso de un cargo que se les ha conferido para la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y no para que lo utilicen con el fin de agredirles y maltratarlos, precisamente como represalia o castigo por que creían, erróneamente, que eran los responsables de haber golpeado a un compañero. Es claro que los acusados no trataron de la forma violenta y vejatoria que se relata en los hechos probados a cualquier persona sospechosa de haber cometido un hecho delictivo, sino a quienes consideraban responsables de haber agredido a un compañero de la policía local de Barcelona, cuerpo policial al que los acusados también pertenecían. Es decir, a quienes pretendían castigar y escarmentar, *manu militari*, por haberse atrevido a golpear a otro agente.

El Legislador, con buen criterio, ha querido sancionar de modo expreso como tortura, los malos tratos policiales empleados no solo para obtener una confesión, sino también como represalia o castigo. La tutela de la seguridad y de la integridad física y

moral de los ciudadanos, en un Estado de Derecho social y democrático como el que afortunadamente tenemos en España, exige necesariamente que los abusos policiales sean reprimidos severamente, tanto cuando van dirigidos a obtener confesiones como cuando se ejercen como represalia o castigo, a través de una violencia incontrolada que impone miedo, genera impunidad y determina represión, pues son precisamente quienes deben proteger a los ciudadanos los que les agreden. Tomándose, además, la justicia por su mano en un malentendido acto de compañerismo, que en este caso les condujo a maltratar a pacíficos ciudadanos, una chica menor de edad y el joven que la acompañaba, que no tenían nada que ver con la agresión sufrida por su compañero.

Jóvenes a los que detuvieron en una estación de tren, mientras esperaban para volver a sus domicilios en los alrededores de Barcelona, y golpearon, insultaron, arrastraron, amenazaron, amedrentaron hasta el extremo de simular arrojar al joven bajo las ruedas del tren, patearon y vejaron, mientras la chica gritaba que era menor y por favor llamaran a su padre, como se establece en el relato fáctico. Actuando los agentes municipales condenados de un modo absolutamente intolerable e incompatible con el ejercicio de la función policial en un Estado de Derecho, que tiene entre sus funciones esenciales velar por el respeto de la integridad física y moral de sus ciudadanos. Todo ello hasta que los acusados condujeron finalmente a los aterrados jóvenes ante el compañero golpeado y el agente negó que hubiesen tenido nada que ver con su agresión.

Los agentes policiales no pueden tomarse la justicia por su mano. El Legislador, con buen criterio, ha reservado a los Jueces la sanción de los comportamientos delictivos, y ha previsto expresamente que los atentados contra la integridad moral de los ciudadanos, graves o no, sean calificados como tortura cuando se realizan por la autoridad o sus agentes, abusando de su cargo, si lo hacen con la finalidad de «castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o que se sospeche que haya cometido». Este comportamiento íntegro, en nuestro ordenamiento, un delito del artículo 174 CP, tal y como acertadamente ha apreciado la Audiencia Provincial de Barcelona, por lo que los referidos motivos de recurso deben ser desestimados y la sentencia impugnada confirmada.

(Sentencia núm. 601/2013, de 11 de julio.)

ARTÍCULO 242.4

Robo con Intimidación. Actuación coordinada de dos Mossos d'Esquadra que se apropiaron del dinero que portaban unos transeúntes extranjeros a los que pararon para exigirles su identificación. Intimidación. Entrega del dinero conminados por el temor de que los agentes pudieran extender su acción abusiva, habida cuenta su situación de marginalidad y desarraigo, para evitar ser denunciados. Aprovechamiento de la condición de extranjeros sin trabajo de las víctimas, provocando el apoderamiento forzado por la velada alusión a la apertura de diligencias policiales. Subtipo atenuado del artículo 242.4 CP. Parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto.

Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 242.4 CP los parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto según el precepto se reducen a dos:

- a) La mayor o menor entidad de la violencia e intimidación.
- b) Restantes circunstancias del hecho.

La sentencia explica que los sujetos pasivos tuvieron que someterse a una fuerte compulsión al intuir o percibir que cualquier reacción contra los agentes les podría generar severos inconvenientes, con posibilidad de que extendieran su abusiva actuación. No obstante hemos de admitir que la amenaza no fue directa, sino sugerida o velada y que tampoco existía una concreción anunciando gravísimos y determinados males, pues ello dependía de la subjetividad e interpretación por parte del sujeto. Ciertamente que con ello es suficiente para llenar la presión o coactividad que la ley exige para la comisión del delito.

La Audiencia por su parte hace referencia a tres circunstancias para descartar la aplicación del subtipo atenuado:

- a) Aprovechamiento por parte de los acusados de las facultades que el Estado les otorga para perseguir delitos.
- b) Desacreditan y comprometen ante los ciudadanos la credibilidad de las instituciones policiales creadas para el amparo de sus derechos.
- c) La sustracción del dinero la efectuaron a sujetos marginados, con desarraigo social, lo que no presagiaba que pudiera ser objeto de denuncias por parte de los expoliados.

Dicho lo anterior y analizando la decisión del Tribunal de origen es oportuno hacer las siguientes manifestaciones:

- a) La configuración de este subtipo atenuado es sucinta y elemental y el legislador la hace depender de dos parámetros valorativos en cuya determinación la competencia la ostenta la Audiencia Provincial. Esta Sala ejerce el control evitando el apartamiento de esos parámetros o la arbitrariedad o irracionalidad de los criterios utilizados como base de la decisión. Con todo ello queremos significar que esta Sala ha de partir del respeto inicial a la resolución del Tribunal de instancia.
- b) El hecho destacado por el recurrente de que existe jurisprudencia de la Sala Segunda, según la cual un criterio que inevitablemente ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias a valorar para la aplicación del artículo 242.4.º CP es la cuantía de la sustracción como dato esencial, aunque ello no nos debe inducir a alzaprimar ese elemento, ya que en el robo violento e intimidatorio el legislador posterga el monto de lo apropiado al castigar con la misma pena la sustracción de un euro que la de un millón, por poner un ejemplo. El componente de mayor grado de antijuridicidad en el tipo es la violencia e intimidación. En cualquier caso los acusados pretendían sustraer todo el dinero que portaran los registrados, sin ningún límite.

De acuerdo con lo manifestado es indudable que el acto de despojo objetivamente ponderado, sin atender a la condición del autor, no reviste una especial gravedad y habría que situarlo en los estadios mínimos de los actos violentos e intimidatorios de despojo de la propiedad ajena. Sin embargo, el Tribunal sentenciador, certeramente ha venido a destacar unas circunstancias que dotan de una indudable gravedad al hecho, provocando inseguridad y desconcierto en la sociedad con daño de la seguridad pública y desprestigio de las personas (agentes de la autoridad) precisamente encargadas de perseguir delitos y mantener el orden constitucional. Desde esta pers-

pectiva la reprochabilidad del hecho adquiere proporciones superiores a las que la conducta enjuiciada, desconectada de su autor merecería, en tanto produce un grave daño a la credibilidad de la institución policial. Prueba de ello es que nuestro Código Penal en el artículo 22.7.º, establece como circunstancia de agravación el «prevalerse del carácter público que tenga el culpable» para la comisión del hecho, cuya aplicación nadie propugnó.

(Sentencia núm. 67/2013, de 30 de enero.)

ARTÍCULO 250.1.6.

Apropiación indebida. Administrador único de sociedad que ordena una transferencia desde la cuenta de ésta a la suya personal para la satisfacción de necesidades propias ajenas a la entidad. Subtipo agravado por abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador del artículo 250.1.6.º (7.º antes de la reforma de 2010). Criterio restrictivo de aplicación. Doctrina jurisprudencial. Es consustancial al delito del artículo 252 CP quebrar la lealtad que se debe por la previa confianza con el autor.

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del artículo 250.1.6.º en los delitos de estafa para exigir «algo más» y soslayar el grave riesgo de incurrir en un *bis in idem*. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como «dos» confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor. Razona así la STS 371/2008, de 19 de junio, aunque refiriéndose a la agravante genérica: «Hemos mencionado la posibilidad de apreciar la agravante del artículo 22.6 CP cuando el autor del delito de estafa se aprovecha de la especial relación de confianza que le vincula a la víctima y perjudicada por la acción delictiva. Y lo hacemos a sabiendas de que un sector de la doctrina sostiene que dicha agravante no cabe en el delito de estafa porque se encuentra ínsita en el mismo. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es así, al menos siempre. No puede hablarse de relación de confianza entre autor y víctima (y mucho menos de “especial relación de confianza”) cuando entre ambos no existe, o es muy limitado ese vínculo anímico. Tal sucede en numerosas modalidades de la estafa: tocomucho, “la estampita”, hurto de cheque a persona a quien no se conoce y se utiliza como instrumento de la defraudación patrimonial, etc. Es obvio que en estos casos no existe una relación de confianza inherente al delito de estafa. Pero cuando efectivamente concurra y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, repítese, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad

y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del artículo 22.6 CP. Dicho en pocas palabras: no es lo mismo estafar a un amigo que a un desconocido, y esa diferencia debe ser considerada por el derecho punitivo, como así lo hace el legislador al agravar estas conductas en el artículo 250.7.^a CP, bajo el concepto de “abuso de relaciones personales”».

Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación.

Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de administrador y el de amistad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesta de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración...).

La reciente STS 37/2013, de 30 de enero recalca en la excepcionalidad de la aplicación del artículo 250.1.7.^a a los delitos de apropiación indebida, haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: «La agravación prevista en el artículo 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse –se dice en STS 368/2007 de 9 de mayo– con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre).

El artículo 250.7.^o recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos.

Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el «abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional», caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS 1218/2001, de 20 de junio, precisa que la agravación específica aparece caracterizados «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

En igual sentido las SSTS 785/2005, de 14 de junio, y 383/2004, de 24 de marzo, 626/2002, de 11 de abril, recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza

genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS 2549/2001, de 4 de enero de 2002, 1753/2000, de 8 de noviembre).

En STS 1090/2010, de 27 de noviembre, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del artículo 250.1.7.º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas –abuso de relaciones personales–, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda –abuso de la credibilidad empresarial o profesional–, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril y 813/2009, de 7 de julio).

Por ello la STS 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7.ª del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en «...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2 de julio).

De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8 de noviembre; 2549/2001, de 4 de enero; 626/2002, de 11 de abril; 890/2003, de 383/2004, de 24 de marzo; 813/2009, de 13 de julio; y 1084/2009, de 29 de octubre).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio).

Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30 de noviembre; 785/2005, de 14 de junio; y 9/2008, de 18 de enero).

Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible pero la presunción es la de incompatibilidad) en este caso se entiende que no se da ese plus por cuanto las dos características que quieren diferenciarse (era administrador de la Sociedad y por otra parte era amigo de las víctimas) vienen a superponerse y a confundirse: en una sociedad limitada con tan reducido número de socios algún tipo de cercanía es justamente la que mueve ordinariamente a designar al administrador. No se detecta un «aliud» suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. No se detalla qué nivel de amistad existía. Dentro del genérico concepto de amistad caben muchos grados. Sociológicamente la palabra «amigo» se usa para designar muy distintos niveles de relación.

Es casi redundante, «predeterminante» e insuficiente referirse de manera genérica a la «confianza» que existía entre ellos. Hablar genéricamente de «relaciones personales de amistad y confianza» es descripción muy parca y ambigua para rellenar ese plus que exige el subtipo, lo que no obsta para retomar esas relaciones como elemento individualizador de la pena que además es expresamente mencionado por el artículo 249 CP (relaciones entre autor y víctima).

(Sentencia núm. 295/2013, de 1 de marzo.)

ARTÍCULO 368.

Delito contra la salud pública. El acusado, con anuencia de la camarera de un bar, vende la sustancia ilícita a los clientes del establecimiento. La reticencia del comprador a identificar a la persona que suministra la sustancia no desvirtúa los elementos de cargo que fundan la condena. La mera tolerancia de la camarera-encargada del bar, la cual sirve de marco para la comercialización por su marido de la sustancia, no entraña en sí misma asunción propia de la actividad de venta, ni consta concierto con el vendedor, de modo que no puede tildarse de contribución relevante en orden a colmar las exigencias del tipo de autoría.

Con toda corrección la sentencia de instancia toma como punto de partida de la valoración jurídica de la conducta de la acusada la jurisprudencia, luego alegada también por la recurrente, a tenor de la cual la mera convivencia –y consiguiente conocimiento de su actividad– con quien se dedica a comercializar drogas no convierte en partícipe del delito al conviviente (Por todas, SSTS 1227/2006, de 15 de diciembre, 904/2008, de 12 de diciembre, 901/2009, de 24 de septiembre, o 446/2008, de 9 de julio). Abstenerse de denunciar esos hechos no solo no está elevado a la categoría de delito (*vid.* art. 450 CP), sino que además tratándose del cónyuge (o por analogía, persona ligada por una relación de afectividad equiparable a la matrimonial) concuerda con la exención del deber genérico de denunciar los delitos públicos

(art. 261 LECrim). No solo cuando existe una manifestada oposición a esa actividad del cónyuge «traficante» la conducta será atípica.

Tampoco adquiere relieve penal cuando se detecta tolerancia, o incluso cierta connivencia o beneplácito. Hace falta algo más: un consorcio delictivo, una colaboración con la actividad del conviviente mediante acciones que supongan esa facilitación de su ilícito negocio o cooperación con el mismo. Más aún, incluso acciones que objetivamente contribuyen a esas tareas pero que pueden ser catalogadas como «neutras» quedarán fuera del campo de lo punible (repostar el vehículo común aún sabiendo que va a ser utilizado para distribuir la droga; comprar papel de aluminio para uso doméstico, aún con conciencia de que será aprovechado también para preparar las dosis por el conviviente; tareas de limpieza de la vivienda compartida donde se lleva a cabo la labor de venta; abrir la puerta ocasional y esporádicamente a algún comprador, sin más implicación en su atención...). Es necesario un plus, la prueba que demuestre que se ha dado el salto de un consorcio meramente afectivo a un consorcio criminal.

La Audiencia arranca de esa premisa pero cree encontrar ese elemento adicional en el hecho de que la acusada era la camarera-encargada del bar. Desde ahí construye una comisión por omisión en construcción que el Fiscal arguye también en casación para defender la condena.

Tal planteamiento, aún siendo inteligente y sugerente, no puede aceptarse. Descartada la aplicación del tipo agravado por considerarse que no se aprovechaba propiamente la condición de establecimiento abierto al público, y no siendo la acusada ni la única empleada, ni la titular del negocio, se desmoronan los ya de por sí frágiles fundamentos que podrían sostener esa imputación de un delito del artículo 368 en comisión por omisión.

No existe un deber de garante residenciado en los camareros de un establecimiento que los eleve a categoría de coautores por omisión de los delitos contra la salud pública que se puedan perpetrar en el local. Ni siquiera cuando se ostente un rango superior al de simple empleado y por tanto con mayores responsabilidades.

Es indudable que tienen un deber de denunciar esos hechos. Incluso desde la perspectiva de su relación laboral. Pero esa omisión no es equivalente en el sentido del artículo 11 CP a la actividad de venta de sustancias estupefacientes. Es más, en el caso de quien mantiene una relación marital con el traficante ese deber de denunciar se desvanece en virtud del principio de no exigibilidad (que inspira también la exención del art. 454 CP).

La indicación de que le «permitía» desarrollar esa actividad en el bar es insuficiente para concluir que se trataba de una actuación conjunta, en la que la acusada se sintiera concernida e implicada. Para la condena sería necesario que los hechos afirmasen eso con apoyo en datos expresos que avalasen esa estimación. El bagaje probatorio solo permite llegar a una sospecha fundada, pero insuficiente, de su implicación efectiva, más allá del mero conocimiento y tolerancia, en el negocio ilícito. No es baladí a ese respecto que no fuese la única que atendía en el local. No se duda de que tuviera conocimiento de los hechos que desarrollaba el acusado. Y su actitud, según se deduce, dista mucho de la propia de alguien que los rechaza. Pero de ahí a actos de autoría propia subsiste todavía un trecho que ni siquiera se colmaría con un nivel de complacencia superior a la mera tolerancia. Sería necesario acreditar esa asunción de la actividad como algo propio, sin perjuicio de quién fuese el encargado de la efectiva venta. La sentencia no ofrece datos para dar ese salto.

Lo mismo que la tolerancia por parte de un empleado de un local de esa actividad por algunos clientes no lo convierte en coautor; ni el empleo de la vivienda común por uno de los moradores para la actividad más o menos regular de venta de droga, arras-

tra a todos los moradores a la coautoría por el mero hecho de tolerarla, la actuación que de la acusada se describe en la sentencia no llega a alcanzar relieve penal. No es posible objetivar racionalmente una conducta esperada y exigible penalmente de la acusada que hubiere evitado los hechos y en cuya omisión podría basarse la aplicación del artículo 11 CP: ¿denunciar al coacusado? ¿amenazarle con romper la relación si proseguía con su actividad? ¿impedirle la entrada al bar? ¿de qué forma? No puede subsumirse la actitud resignada o tolerante o complaciente (es indiferente) de la acusada en el artículo 368 del Código Penal lo que deberá llevar a un pronunciamiento absolutorio tras la casación de la sentencia en este particular.

(Sentencia núm. 163/2013, de 23 de enero.)

ARTÍCULO 368.2.

Tráfico de drogas. Actos efectivos de venta de cocaína. Subtipo atenuado de escasa entidad. Procedencia. Pequeña cantidad objeto de tráfico, junto a las circunstancias del reo. Es posible su aplicación a pesar de la agravante de reincidencia, teniendo en cuenta el lapso temporal existente entre los primeros hechos y los que ahora se enjuician, de modo que no puede deducirse racionalmente que el acusado haya hecho de la venta de drogas su forma de vida.

En recientes sentencias de esta Sala 132/2011, de 25 de enero, 242/2011, de 6 de abril; 292/2011, de 12 de abril; 1339/2011, de 15 de diciembre, y 506/2012, de 11 de junio, se argumenta que el precepto artículo 368.2, vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente bastando una de las alternativas –o menor antijuricidad, o menor culpabilidad–, y no la concurrencia de ambas. El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones –escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable–, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad –escasa entidad–; el otro referido más bien a la culpabilidad –circunstancias personales–). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación, siendo éstas todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas y a aquellas situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, 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 (STS 1230/2011, de 16 de noviembre).

Circunstancias personales que no se limitan a las condenas penales previas, que pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia. En este sentido no faltan sentencias de esta Sala, por ejemplo núm. 1359/2011, de 15 de diciembre, que precisan que: «la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuadora. Dis-

tinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la «escasa entidad». En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado.

Por lo demás, la agravante de reincidencia seguirá operando, pero no en el ámbito del tipo penal básico, sino en el del atenuado, con lo cual se evitará que se active dos veces en perjuicio del reo: bloqueando la aplicación del subtipo y exacerbando la pena del párrafo primero del artículo 368 del C. Penal».

En esta misma dirección en STS 244/2012, de 20 de marzo, hemos dicho: «A la vista de lo anterior, los hechos relatados revelan escasa entidad en atención a la droga incautada, que se trata de una única papelina. Al margen de lo anterior, no constan otras circunstancias personales que obsten o impidan la aplicación del artículo 368.2.º del Código Penal. Es cierto que se apreció la circunstancia agravante de reincidencia. Esto no obstante, tiene señalada la jurisprudencia de esta Sala que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se dice así en la STS 103/2011, 17 de febrero, que se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del artículo 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior (STS 600/2011, de 9 de junio, 244/2012, de 20 de marzo).

En el caso presente la Sala sentenciadora analiza la posible aplicación del subtipo atenuado, y no la estima viable pues aunque la cantidad de droga con la que se traficó es ciertamente escasa (0,43 gramos de cocaína con una pureza del 36,4%), y al acusado se le aprecia una circunstancia atenuante analógica de drogodependencia, de la hoja histórico penal aportada se desprende que el acusado, ha hecho del tráfico de drogas casi un modo de vida que no puede justificar en modo alguno la apreciación del tipo delictivo, destinando como especialmente llamativo en este sentido el hecho de que el delito objeto de este procedimiento fue cometido en fecha 26.1.2010, solo tres meses y medio después de que el acusado se le notificase (el 7 de abril de 2010) la suspensión de la ejecución de otra condena por delito de tráfico de drogas.

Es cierto que esta Sala, en recientes sentencias 873/2012, de 5 de noviembre, ha resumido la doctrina jurisprudencial sobre esta materia –en particular cuando además de la agravante de reincidencia, concurren otras condenas suplementarias por el mismo delito de tráfico de drogas– señalando:

1.º El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2.º Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como «el último escalón del tráfico».

3.º La regulación del artículo 368 2.º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4.º Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5.º Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6.º La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7.º Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

En consecuencia, la primera detención por la venta aislada de una papelina de cocaína, por ejemplo, determinará, si no constan circunstancias desfavorables, una pena mínima de un año y seis meses de prisión por aplicación del subtipo atenuado. La segunda detención por los mismos hechos, con condena previa, determinará la aplicación de una pena mínima de dos años y tres meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia en el ámbito del subtipo atenuado. Y la tercera detención, con previas condenas, una pena mínima de cuatro años y seis meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia dentro del tipo básico.

Ahora bien el caso actual, presenta algunas peculiaridades que permiten modular esta doctrina general.

Así la primera sentencia por el delito contra la salud pública, firme el 20 de diciembre de 2002, se refiere a hechos que sucedieron el 13 de mayo de 2002. La segunda sentencia por este mismo delito firme el 16 de febrero de 2010, a hechos acaecidos e. 17 de febrero de 2008 –casi 6 años después– sentencia en la que no se apreció la reincidencia y sí, dada la pena que le habría sido impuesta, 3 años prisión, y la suspensión de su cumplimiento acordada en base al artículo 87 CP, la atenuante de grave adicción. Por último la presente sentencia se contrae a hechos del 16 de julio de 2010, dos años y cinco meses después de los de la anterior sentencia.

Siendo así el lapso temporal existente entre la 1.ª y 3.ª sentencia, más de ocho años, y la condición de drogadicto a la cocaína con afectación a sus facultades volitivas, permite sostener, no que el acusado haya hecho de la venta de droga su modo de vida, sino una persona que acude al pequeño tráfico del «menudeo» –acción utilizada en el nivel más inferior del comercio ilegal– como fuente de financiación de su propio consumo, dada la situación de objetiva precariedad de medios de vida, y que además

el acusado, al ser detenido, no tenía en su poder ninguna otra dosis y tampoco dinero que no fuera el de la venta que acababa de efectuar. Finalidad que aunque no desactiva el carácter delictivo de la conducta, se puede ser valorada junto con la escasa entidad del hecho desde el punto de vista objetivo, para la aplicación del subtipo atenuado.

(Sentencia núm. 94/2013, de 14 de febrero.)

ARTÍCULO 436

Malversación de caudales públicos. En concurso con prevaricación. Trama para empobrecer al erario público municipal a través del libramiento de facturas irregulares e improcedentes. Designación de letrados externos de forma arbitraria, con exceso en el ejercicio de funciones y prescindiendo del procedimiento establecido, para llevar a cabo servicios de asesoría y asistencia jurídica innecesarios, por los que se cobraban minutas exorbitantes e injustificadas. Facilitación de tales actuaciones a través de sociedades municipales que propiciaban una situación de opacidad y falta de transparencia de la gestión. Correcta aplicación del subtipo agravado de especial gravedad por simultaneidad de la importancia del valor de lo sustraído y el daño a la causa pública. Compatibilidad de la cualificación con la continuidad delictiva. Revocación de condena por fraude al entender subsumido el ilícito en el de malversación. Todos los actos de concierto estaban dirigidos única y exclusivamente a malversar. La mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado, excluye la aplicación del delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, siendo la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) de progresión cuantitativa.

El recurrente que se limita a atacar la existencia del concierto delictivo, que se ha demostrado existió, sin embargo dentro del juicio de subsunción del delito de fraude en el artículo 436 CP, es posible acudir a un argumento, estrictamente jurídico, no invocado por este recurrente, pero sí por otros que se hallan en la misma o análoga situación.

Nos referimos a la absorción o consunción del delito o delitos de fraude, cuando todos los actos de concierto están dirigidos única y exclusivamente al delito de malversación de caudales públicos, que a su vez, se perfecciona y lleva a cabo, exponiendo las arcas del Ayuntamiento de Marbella.

La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el

estado previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:

1) STS 566/1995, de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

2) La STS número 1537/2002, de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.

3) La STS núm. 257/2003, de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2002.

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.

En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada.

(Sentencia núm. 841/2013, de 18 de noviembre.)

DOCTRINA PAROT. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. TEDH

Se interpone este recurso de casación frente al Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 22 de noviembre de 2012, que estimaba el recurso de súplica deducido por el Ministerio Fiscal frente al Auto de 23 de febrero de 2012, que acordaba no haber lugar a descontar los días sufridos por la penada en concepto de prisión preventiva del tiempo total de cumplimiento de la pena, que lo es de treinta años, en aplicación de la STS 197/2006, de 28 de febrero.

El recurso se formaliza en tres motivos de contenido casacional, y en suma, se solicita a esta Sala que se rectifique la liquidación de condena mandando computar

los abonos de privación de libertad preventiva y las reducciones de pena por el trabajo sin atenerse a la doctrina del Tribunal Supremo en sus SSTs 197/2006 y 208/2011, o subsidiariamente, validando la de 3 de mayo de 2011 y fijando el inicio del cómputo de los 30 años como el límite de cumplimiento, que comenzaría entonces el 28 de enero de 1998, finalizando conforme a tal límite, sin que puedan añadirse otros cuatro años más, hasta llegar a 34 años de cumplimiento penitenciario como se acuerda en la resolución judicial recurrida. En suma, se solicita que se abonen los 1.484 días de prisión preventiva al límite de los 30 años establecidos en la doctrina resultante de la STS 197/2006. También se solicita que no se aplique tal modo de cómputo sucesivo de las diversas penas a las que fue condenada la recurrente, en aplicación de la reciente doctrina del TEDH.

El recurso ha de ser estimado.

En lo que hace a la censura casacional relativa al abono de la prisión preventiva al total de cumplimiento, resulta tal operación de la propia STS 197/2006, en donde ya se decía que el límite de treinta años de prisión es un límite al cumplimiento efectivo; y de esta expresión –efectivo– que se consigna en la denominada doctrina Parot se deduce que es infranqueable, sin que pueda ser traspasado de forma alguna por los mecanismos de abono de la prisión preventiva en las diversas penas que se van cumpliendo sucesivamente. De este modo, hemos dicho ya en nuestra STS 1060/2011, de 21 de octubre, que el límite de treinta años, ha de ser intangible cualquiera que sean las vicisitudes que haya atravesado el finalmente penado (encontrarse, o no, en situación de prisión provisional), de manera que tal cómputo que es un límite infranqueable, no pueda ser traspasado como consecuencia de las circunstancias o avatares procesales del caso, por lo que el tiempo sufrido en prisión por las distintas causas en donde se proceda a la determinación de tal límite máximo de cumplimiento no sea desigual para unos o para otros, en función de las diversas prisiones provisionales a que se hayan visto sometidos, por lo que, al transcurso del mismo, se ha de proceder al licenciamiento definitivo del penado, pudiendo en estos casos computarse el día del ingreso en prisión preventiva como fecha de inicio del cumplimiento de la pena, pues a todos los efectos se le abona con tal finalidad.

Esta doctrina resulta también de las Sentencias 202/2012, de 20 de marzo, y 345/2012, de 16 de mayo, entre otras muchas.

En consecuencia, estimamos esta queja casacional.

Con respecto a la aplicación de la doctrina del TEDH, hemos de remitirnos a nuestro Acuerdo Plenario de 12 de noviembre de 2013, que señala lo siguiente:

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las reducciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero.

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

En lo que se refiere al cauce procesal, punto 2 del acuerdo plenario referido, el Pleno consideró, en primer lugar, que el TEDH, en la sentencia mencionada, viene a declarar que se produce una vulneración de los artículos 7 y 5 del Convenio Europeo con la aplicación del criterio al que se venía ajustando el cómputo de la redención de penas por el trabajo desde la STS núm. 197/2006, en lo que se refiere a penas ya impuestas, y que estén ejecutándose conforme al Código Penal derogado de 1973. Se trata, por lo tanto, de una decisión que impide continuar con la aplicación de tal criterio respecto de casos similares al contemplado en aquella sentencia del TEDH.

En segundo lugar, que, como se ha dicho, respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo.

El Pleno tuvo en consideración que no se trata de un supuesto de rectificación de una condena para acordar la absolución o para imponer una pena más leve, lo que obligaría a acudir al recurso de revisión de sentencias firmes. Incluso en el caso de que, en una causa en concreto, lo que no ocurre en la presente, existiera alguna sentencia firme acerca de la pertinencia de la aplicación del criterio establecido en la STS núm. 197/2006, no se trataría de una decisión sobre el fondo jurídico penal del asunto, sino, más limitadamente, sobre la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo durante la ejecución de la sentencia según un criterio que, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, se ha revelado como incorrecto en cuanto vulnera derechos reconocidos en los artículos 7 y 5 del Convenio.

(Sentencia núm. 922/2013, de 2 de diciembre.)