

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 16.2

Desistimiento en delito de homicidio: condena por delito de lesiones, siendo incompatible la atenuante de reparación del daño

Segundo. Como hemos dicho, en los motivos segundo y tercero del recurso, incorrectamente residenciados en el artículo 849.2.º LECrM, se impugna la inferencia del Tribunal de instancia en cuya virtud se atribuye al procesado el ánimo de dar muerte a su esposa, impugnación que debe ser entendida como denuncia de aplicación indebida del artículo 138 CP y solicitud de que el hecho declarado probado sea considerado delito de lesiones. Recordemos que, según la declaración de hechos probados, lo acontecido el día de autos, en síntesis, fue que el procesado, en el curso de una discusión con su esposa, sacó del bolsillo una navaja de doce centímetros de hoja clavándosela en el cuello y que «a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida, salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil». La agresión del procesado, que produjo la gravísima herida descrita en el «factum» de la Sentencia recurrida, ha sido calificada en la misma como un delito de homicidio en grado de tentativa, y ello, en principio, es inobjetable teniendo en cuenta el arma empleada y la zona del cuerpo vulnerada. Una sola cuchillada en el cuello es suficiente para ocasionar la muerte y esto es algo que a cualquiera se le alcanza por lo que, en el presente caso, debe decirse que el procesado quiso o al menos aceptó, en el momento de herir a su esposa, la muerte de ésta. Lo que ocurre es que la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y pidiendo auxilio a los vecinos, demuestra que su dolo homicida, tan evidente como súbito e instantáneo, desapareció tan pronto advirtió la posibilidad de que la muerte efectivamente se produjese. El Tribunal de instancia considera que las frases proferidas por el procesado mientras esperaba la llegada de la ambulancia –«la he matado», «no te mueras»– confirman su «animus necandi», lo que puede completarse diciendo que también revelan la desaparición de tal «animus» en ese momento. Este arrepentimiento no tendría relevancia alguna sobre la tipicidad del hecho –la agresión fue homicida en el momento de realizarse, puesto que la guió el

propósito de matar— si no fuese porque el mismo fue acompañado de actos orientados eficazmente a socorrer a la víctima, lo que equivalía a procurar evitar la producción de la muerte mediante una pronta intervención médica. En la Sentencia recurrida se ha estimado que los hechos constituyen una tentativa de homicidio porque, por fortuna, la atención urgente prestada a la víctima evitó un fatal desenlace. Pero debe tenerse en cuenta que, según el artículo 16.1 CP, un delito queda en grado de tentativa cuando el resultado «no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» y, en el caso enjuiciado, la muerte no se produjo porque la impidió la conducta posterior del procesado, pidiendo auxilio, junto con la víctima, a los vecinos que llamaron a la ambulancia e hicieron posible la inmediata intervención que requería la gravedad de la herida. Quiere esto decir que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada, porque el autor realizó todos los actos que eran precisos para producir la muerte según su representación, pero también ante un supuesto de desistimiento activo definido, por vez primera de forma clara y expresa, en el artículo 16.2 CP/1995. Esta norma ha introducido en nuestro ordenamiento penal una verdadera excusa absolutoria para los casos en que la ejecución del delito se detenga antes de su consumación por el propio y voluntario desistimiento del autor. El desistimiento podrá ser meramente pasivo, dejando de realizar actos de ejecución, en la tentativa inacabada y tendrá que ser activo, llevando a cabo actos impeditivos que eviten la consumación, en la tentativa acabada. Se trata de una excusa absolutoria incompleta, que produce sus efectos en relación con el delito intentado pero no en relación con el delito o falta que pudieran constituir los actos ya ejecutados, inspirada seguramente por una razón de política criminal que sería la conveniencia de estimular, en quien comienza a ejecutar un delito, un comportamiento capaz de evitar la lesión del bien jurídico contra el que iba dirigida la acción. La interpretación de la norma ha de ser, sin duda, exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el «*iter criminis*», pero no se debe perder de vista aquella consideración de política criminal, de forma que no habrá inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen. El hecho enjuiciado, por tanto, debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el artículo 16.2 CP porque el acusado, habiendo realizado ya todos los actos que, en un proceso causal normal hubiesen producido la muerte de la víctima, impidió su causación con una voluntaria actuación obstativa, no directa pero sí indirecta y en todo caso eficaz puesto que, a sus gritos, que se unieron a los de la víctima, acudieron los vecinos que llamaron a la ambulancia y posibilitaron la inmediata asistencia. Procede, en consecuencia, estimar la impugnación de la Sentencia recurrida, deducida en los motivos segundo y tercero del recurso y declarar, de acuerdo con el artículo 16.2 CP, la exención de responsabilidad penal del procesado por el delito de homicidio intentado y condenarle por el delito de lesiones que constituyeron los actos ejecutados por él mismo, sin que sea óbice para la condena por el delito de lesiones el hecho de que la acción que las ocasionó hubiese estado inspirada por el ánimo de matar, toda vez que éste engloba el de lesionar.

El delito de lesiones, finalmente cometido por el procesado, que en principio podría ser castigado con arreglo al artículo 148.1.º CP, por haberse utilizado en la agresión un arma concretamente peligrosa para la vida, debe considerarse comprendido en el artículo 150 del mismo Cuerpo Legal, porque en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida consta que a la víctima le ha quedado, como secuela de la herida, una cicatriz de 2 por 0,5 cm en la cara anterior de la región cervical con retracción de la misma a la deglución. Esta Sala, que no ha visto obvia-

mente dicha cicatriz, no puede afirmar, en virtud del principio «in dubio pro reo», que la misma suponga una deformidad grave, pero no alberga duda alguna sobre el carácter de mera deformidad que tiene una cicatriz en zona visible del cuerpo, que sufre además una retracción cada vez que la persona come o bebe. Procede, pues, que en nuestra segunda Sentencia declaremos que el hecho enjuiciado es constitutivo de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 150 CP.

Tercero. Rectificada la calificación jurídica del hecho enjuiciado, en los términos que han sido expuestos en el fundamento jurídico anterior, es evidente que ya no puede ser estimado el primer motivo del recurso en que se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.5.º CP, esto es, de la circunstancia atenuante que nace cuando el culpable de un hecho delictivo repara o disminuye el daño ocasionado a la víctima. Si la acción impeditiva del homicidio inicialmente intentado ha operado ya el efecto de que se aprecie un desistimiento activo en dicho delito, no puede servir también para que se considere atenuada la responsabilidad penal derivada de los actos ejecutados. Precisamente el Ministerio Fiscal, al apoyar este motivo del recurso, expresó sus dudas sobre la posible conculcación del principio «non bis in idem» que podía significar la apreciación de la atenuante número 5.º del artículo 21 CP en un caso en que el autor, tras haber cometido el hecho, había pedido auxilio a sus vecinos y ayudado a que la víctima fuera asistida médicamente. La infracción del mencionado principio no sería dudosa sino patente en el supuesto de que la atenuante se apreciase tras haberse efectuado la degradación de tipicidad exigida por el artículo 16.2 CP. El procesado, que había querido cometer un delito de homicidio, sólo cometió uno de lesiones porque, cuando ya las había ocasionado y las mismas eran de extrema gravedad, propició la ayuda que evitó la muerte de la víctima y justamente en ello consistió la actividad que disminuyó los efectos de la infracción. Se rechaza, pues, el primer motivo del recurso aunque éste se estima parcialmente, por el acogimiento de los motivos segundo y tercero, dictándose a continuación una segunda Sentencia más ajustada a derecho que la recurrida.

(Sentencia de 1 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 17.1

Conspiración para delinquir: concepto, naturaleza y características

Quinto. Los motivos quinto y sexto contienen prácticamente la misma pretensión y razón de pedir, por lo cual han de tener un tratamiento conjunto. En efecto, ambos, con base procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consideran indebidamente aplicados los artículos 17.1 y 373 del Código Penal respecto al delito de conspiración por el que fue condenado el recurrente.

Respecto a este tipo delictivo, siguiendo una línea jurisprudencial poco discutida, hemos de indicar, primeramente y con carácter general, lo siguiente: 1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica propia», no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal», o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida

a la «ejecución de un delito» y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373). 3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir, entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4.º Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia» cual son, no sólo el carácter previo o «pactum scaeleris» entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o «resolutio finis».

En el supuesto enjuiciado, se aprecian todas las características que definen este delito, pues hubo como mínimo otra persona que se concertó con el ahora recurrente para llevar a cabo la comisión delictiva que se tipifica en los artículos 368 a 372 del Código Penal relativos al tráfico de estupefacientes, como se infiere de la prueba practicada y a que antes nos hemos referido demostrativa de que el acusado y condenado por conspiración habrá estado en contacto con antelación con el coacusado, Vicente, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada pero de cierta importancia, realizando incluso un largo viaje para comprobar la existencia de la droga, su cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, de tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, con lo que no cabe hablar de tentativa, sino de conspiración.

En relación con todo ello, se alega por el recurrente que no pudo desistir del delito en cuanto que no hubo acuerdo entre dos o más personas, ya que el otro sujeto que intervino en tal acuerdo previo después resultó condenado como autor del delito consumado. Ello es cierto, pero ello no supone que inicialmente hubiera ese acuerdo intencional de cometer el delito, no debiéndose entender que si uno de ellos hubiera decidido seguir adelante en la ejecución (como así sucedió) a través de otros individuos diferentes, al otro conspirador (el recurrente) se le pueda exonerar de responsabilidad, como se pretende.

(Sentencia de 18 de junio de 2002)

ARTÍCULO 20.6

No existe miedo insuperable, pues aunque hubieran existido presiones y control por parte de los promotores del tráfico de la droga, no excluye la plena voluntariedad de la participación del patrón del barco en la operación

Tercero. El segundo motivo de recurso, al amparo del artículo 849. 1.º, alega infracción de ley, por no haberse aplicado el artículo 20.6.º del CP/1995, que define la eximente de miedo insuperable.

El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico, y en éste no consta elemento alguno que pueda justificar la alegada exención. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado. En realidad el recurrente se apoya en la argumentación expresada por el Tribunal en la propia fundamentación jurídica, pero dicha argumenta-

ción lo que razona es precisamente que la naturaleza, intensidad y duración de la intervención del recurrente en la compleja, costosa y prolongada operación de tráfico descartan radicalmente la posibilidad de que no actuase de modo voluntario y libre.

Es claro que en una operación de tráfico de cocaína en la que se confía al recurrente el transporte de más de seis mil millones de pesetas en droga pueden existir presiones y control del transportista marítimo por parte de los promotores del tráfico, efectuándose el control normalmente por radio. Pero este control y las presiones que puedan existir para que el patrón del barco, principal responsable del transporte, no desatienda las instrucciones de los promotores sobre el destino de la droga, no excluye en absoluto la plena voluntariedad de la participación del recurrente, desde el primer momento de la importante operación.

(Sentencia de 11 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 21.2

Medidas de seguridad privativas de libertad: internamiento en centro de deshabitación. Aplicación de la medida concurriendo la atenuante muy cualificada de drogadicción

Tercero. Los motivos sexto y octavo se basan en la invocación de los artículos 25.2 y 24.1 CE, lo que también autoriza su tratamiento conjunto. El recurrente sostiene que se debió aplicarle una medida de internamiento que permitiera su rehabilitación social en lugar de la pena que le ha sido impuesta.

Ambos motivos deben ser estimados.

Las medidas curativas de internamiento están previstas para los casos que subsunibles bajo los supuestos de los artículos 101 y 104 CP. En el primer caso, cuando el autor obró siendo incapaz de culpabilidad, la medida opera reemplazando a la pena. En el segundo, la medida completa la pena del que obró sólo con una disminución de su capacidad de culpabilidad. Ello nos impide aceptar la interpretación propuesta por el recurrente, dado que se basa en una identificación de las consecuencias jurídicas previstas para dos tipos de autores que la Ley ha querido diferenciar. El sistema de medidas previsto en el Código no permite que, en los casos de imputabilidad o capacidad disminuida, la pena pueda ser reemplazada totalmente por la medida. El texto de los artículos 99 y 104 CP es claro en este sentido.

Sin embargo, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 21,2.^ª CP, aplicado por la Audiencia, no se diferencia en nada del contenido en el artículo 20,2.^ª, en relación al 21,1.^ª CP, pues en ambos casos la reducción de la pena obedece a idéntica razón: la existencia de una perturbación de la conciencia proveniente de la drogodependencia del autor, que es insuficiente para excluir la capacidad de culpabilidad. Consecuentemente, dada la identidad del supuesto de hecho y la identidad de la consecuencia respecto de la amplitud de la atenuación de la pena (cuando la atenuante del artículo 21,2.^ª se aprecia como muy cualificada), carecería de toda justificación una diversidad de consecuencias que excluyera la aplicación de una medida de seguridad. Por lo tanto, debemos afirmar la identidad de la finalidad de la medida en tales casos y admitir que, cuando la atenuante del artículo 21,2.^ª se estima muy cualificada, es también de aplicación el artículo 104 CP, interpretación que se apoya en la analogía «in bonam partem».

Por todo ello es claro que en este caso cabía pensar en la posible aplicación de los artículos 104 y 99 CP y que la Audiencia debió plantear a las partes la tesis en el

sentido del artículo 733 CP, dado que la Acusación no lo había solicitado y la Defensa, que solicitó la absolución, no estaba obligada a conclusiones alternativas.
(Sentencia de 23 de septiembre de 2002)

ARTÍCULO 21.6

Atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo: requisitos. Inexistencia: confesión realizada en la declaración indagatoria y reconocimiento de los hechos en el acto del juicio oral: irrelevancia para la investigación

Primero. (...) 3.º Con relación a la atenuante de análoga significación al arrepentimiento espontáneo, designa las declaraciones del acusado en la instrucción de la causa y en el juicio oral admitiendo su participación en los hechos.

Esta Sala ha acogido como circunstancia analógica la realización de actos de colaboración con los fines de la Justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos en relación con el acusado y éste lo sabe (sentencias de 20 de octubre de 1997, 16 y 30 de noviembre de 1996, 22 de abril de 1999, 17 de septiembre de 1999, entre otras). La aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma «ratio» atenuatoria (STS 28-6-1999). En las atenuantes «ex post facto» el fundamento de la atenuación se encuentra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la Justicia en el concreto supuesto del artículo 21.4.º del Código Penal. Consecuentemente, no existe ningún problema para admitir la atenuante que se postula siempre y cuando concurren en los hechos los presupuestos que lo permiten, basados, como se dijo, en fundamentos de política criminal cuando un actuar posterior al hecho realizado por el culpable de un hecho delictivo reveladores de un comportamiento activo que suponga un reconocimiento de la vigencia de la norma infringida y permita la realización de la justicia.

En el supuesto enjuiciado no concurre el presupuesto necesario para afirmar la concurrencia de la atenuación. Se trata de una confesión que realiza el recurrente en su declaración indagatoria y en el juicio oral reconociendo los hechos por los que había sido procesado con anterioridad a esa confesión y respecto a los que ya se habían declarado indicios racionales de criminalidad. Su confesión no es, en este sentido, relevante para la investigación de los hechos, limitándose a confesar lo que ya estaba indiciariamente acreditado.

(Sentencia de 6 de febrero de 2002)

Atenuante analógica de estado de necesidad: requisitos. Apreciación en caso de tráfico de drogas en que concurren condiciones de pobreza de la acusada y dificultades para el pago de deudas, así como hijo gravemente enfermo

Segundo. (...) La atenuante analógica apreciada por el Tribunal se construye, en primer lugar, sobre un presupuesto fáctico probado que se describe en el relato his-

tórico: «La detenida fue trasladada al Hospital Gregorio Marañón donde expulsó parte de los cuerpos cilíndricos, si bien uno de ellos —quizá más de uno— se abrió en el intestino por lo que la procesada hubo de ser intervenida con urgencia el día 26 de agosto ante el riesgo de una intoxicación letal. En el postoperatorio se produjo una infección por fallo en la sutura anterior que dio lugar a la peritonitis fecaloidea lo que obligó a una segunda intervención quirúrgica y a un fuerte tratamiento con antibióticos. A la paciente se le practicó una sigmoplastomía (extirpación de la zona final del intestino grueso) y aún es portadora de un estoma (ano contra natura) si bien aprendió pronto a cambiar la bolsa y la higiene del estoma. Es inminente la cirugía reparadora que elimine el estoma».

A partir de esta base fáctica, la sentencia sostiene que estos sufrimientos han de valorarse como un «castigo inicialmente metajurídico (que) reducen la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria», afirmando que esos hechos posteriores al delito menguan o compensan la culpabilidad inicial y operan como un «castigo extrapenal, una pena natural nacida de la propia conducta típica de la procesada». que deben incidir sobre la medida de la pena.

En realidad, el Tribunal «a quo» recupera una tesis doctrinal que, partiendo de que la analogía o afinidad a que se refiere el artículo 9.10 CP de 1973 (hoy, artículo 21.6 CP vigente) se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, ni a la identidad de significado externo, sino a la semejanza de valor o de sentido, llega a afirmar que la «análoga significación» se ha de establecer a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto global, y en algún caso se ha sostenido que la analogía podría basarse en la totalidad del Ordenamiento Jurídico o, incluso, en el Derecho natural. Sin embargo, esta corriente ha quedado superada por la actual y mayoritaria doctrina de esta Sala, que requiere para la apreciación de la atenuante analógica, la confrontación de los hechos de análogo, parecida o semejante significación al contenido de las atenuantes que, como típicas, se contienen en el texto penal, puesto que la analogía, parecido o similitud ha de tener un término comparativo que excluya la creación de una figura de atenuante incompleta «extra legem», máxime cuando, en la ejecución de la acción delictiva por la acusada no se observan razones objetivas o subjetivas generadas por una conducta post delictiva de aquélla para apreciar en la misma una disminución de su responsabilidad que propiciara una minoración de la sanción a imponer, conforme a la Ley, en atribución moderadora e individualizadora de la pena, para acomodar ésta a la «culpabilidad del hecho delictivo» (véanse, SSTS de 9 de febrero, 14 de mayo y 21 de julio de 1993, y 4 de marzo de 1994).

Este criterio ha sido posteriormente desarrollado y ratificado en numerosas resoluciones de esta Sala, declarándose en la STS de 8 de noviembre de 1995 que la atenuante analógica exige para su apreciación, como primer requisito, una menor culpabilidad en la conducta del sujeto, a la normal al delito cometido, que tenga relación con las circunstancias atenuantes «específicas», debiendo aparecer probados unos hechos de análoga o parecida significación a los que como típicos se contienen en el texto legal, debiendo efectuarse la comparación con especial flexibilidad, pues un extremado rigor conduciría a la inefectividad, ya que lo que el legislador pretende es evitar los inconvenientes del sistema cerrado, procurando un ensanchamiento de la atenuación a través de una adecuada integración de los elementos que informan las circunstancias que pueden denominarse típicas.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 1999, entre otras, es exponente de esta corriente doctrinal, ya definitiva y pacíficamente asentada, y, tras señalar que la naturaleza, concepto y contenido de la atenuante analógica han sido objeto de estudio y preocupación por parte del Tribunal Supremo, sin duda por la importancia que para la

responsabilidad criminal ha de tener una circunstancia «abierta», reitera la necesidad de la semejanza «con alguna de las atenuantes del texto legal», de suerte que ante la invocación de una circunstancia atenuante analógica, deberá comprobarse si existe una verdadera semejanza o parecido entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado «y las que se exigen con carácter específico en el apartado correlativo a cada una de las atenuantes del texto legal», de forma que la invocación de una circunstancia atenuante analógica, deberá comprobarse si existe una verdadera semejanza o parecido entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado «y las que se exigen con carácter específico en el apartado correlativo a cada una de las atenuantes específicamente definidas en el artículo 21 CP» (STS de 4 de abril de 2000), toda vez que los términos de la comparación a los que debe atenderse son «los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada» de las que figuran enumeradas en el texto legal (STS de 18 de octubre de 1999). En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SSTs de 10 de mayo de 2000 y 27 de febrero de 2001.

La única posible excepción al criterio jurisprudencial que exige la correlación con alguna de las atenuantes típicas para aplicar la analogía del artículo 21.6 CP, es la que establece esta misma Sala en los casos de las dilaciones indebidas del procedimiento no imputables al acusado que, además de la pena por el delito cometido, debe sufrir los males injustificados producidos por un proceso penal irregular que vulnera el derecho constitucional de aquél a ser juzgado sin indebidas dilaciones que consagra el artículo 24 CE. En estos supuestos –en los que la doctrina no deja de apreciar una relación de analogía con las atenuantes específicas 4.ª y 5.ª del artículo 21 CP (véase, STS de 8 de junio de 1999)–, se trataría también de circunstancias posteriores a la comisión del delito, pero aquí empieza y acaba la similitud con el caso analizado, porque, como es patente, los males generados por las dilaciones indebidas provienen de la lesión de un derecho fundamental del autor del ilícito que es atribuible al órgano jurisdiccional, de suerte que, constituyendo la pena una pérdida de esos derechos, la doctrina más moderna estima que las lesiones de derechos constitucionales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso que concluye con la imposición de la pena, deben ser abonadas a ésta como compensación reparadora del derecho constitucional infringido y soportado por el autor del hecho.

En el caso de autos, la circunstancia post delictiva que se quiere presentar como analógica por el Tribunal de instancia no guarda ninguna similitud con estos supuestos, puesto que los padecimientos físicos de la acusada no traen causa de la violación de algún derecho de ésta que hubiera sido quebrantado por los órganos judiciales que instruyeron y enjuiciaron el proceso y que, según lo dicho, pudieran ser reparados con una minoración de la responsabilidad criminal en que incurrió la autora del delito. El infortunio de ésta, provocado por la ruptura de alguna de las cápsulas que llevaba en el interior de su organismo (por cierto, nada imprevisible o excepcional a tenor de la relativa frecuencia de esta clase de episodios), aparece, así, ajeno a toda realidad o situación jurídica con eventual incidencia en la culpabilidad en el artículo 21. 4.º y 5.º CP, ni a la provocada por las dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento.

En el caso presente, la atenuante analógica apreciada por el Tribunal sentenciador no la relaciona con ninguna de las atenuantes típicas previstas en el artículo 21 CP, por lo que no cabe establecer siquiera comparación de semejanza ni verificar la similitud con la idea genérica que informa esa ignorada atenuante específica, que, en su caso, permitiera la apreciación de la analogía. Pero es que el mismo razonamiento de la sentencia impugnada excluye esa posibilidad, porque los sufrimientos físicos producidos a la acusada como consecuencia directa e inmediata de su propia acción delictiva, en modo alguno disminuyen la culpabilidad de la misma en la ejecución de la conducta típica, de manera que ese «castigo extrapenal» y «metajurídico», como lo califica la

Audiencia, no guarda semejanza alguna con ninguna de las atenuantes legalmente tipificadas en el precepto penal aplicado, pues, por una parte, los padecimientos que reseña la sentencia son sucesos posteriores al delito ajenos a la voluntad de la acusada que no pueden ser equiparables a las circunstancias post delictivas legalmente previstas que implican un reconocimiento por parte del agente de la vigencia de la norma violada o el propósito eficaz de remediar el daño causado, compensado así, al menos en parte, la culpabilidad del autor o la antijuridicidad de la acción, y que se establecen como atenuantes en el artículo 21.4.º y 5.º CP; y, por otra, esos acaecimientos infortunados no afectan a la forma dolosa, consciente y voluntaria en que se realizó la conducta delictiva, por lo que ninguna incidencia tienen en la culpabilidad del autor del hecho punible ni en el desvalor de éste.

En conclusión, la circunstancia atenuante analógica apreciada por el Tribunal de instancia carece de fundamento legal que le dé cobertura, por lo que la indebida aplicación del artículo 21.6 CP supone infracción de la Ley Penal. No obstante, lo cual, la falta de practicidad del motivo para modificar la respuesta penológica contenida en el fallo de la sentencia impugnada, según resulta de las consideraciones que seguidamente se exponen, conlleva la desestimación de esta censura casacional.

Tercero. Los razonamientos anteriores destruyen la estructura elaborada por el Tribunal «a quo» para aplicar el artículo 66. 4.º CP y efectuar la degradación penológica en dos tramos respecto a la señalada por la Ley al delito apreciado. En efecto, si la sentencia recurrida aplica el mencionado precepto es porque ha estimado la concurrencia de dos atenuantes analógicas, de manera que, rechazada una de ellas conforme a lo hasta aquí expuesto, quedaría solamente otra, pero en tal caso ya no sería aplicable la regla 4.ª del artículo 66 CP, sino la 2.ª, que únicamente proscribe imponer la pena señalada al delito en su mitad superior, pero no permite reducir la sanción en uno o dos grados.

Llegados a este punto, deben destacarse dos consideraciones. En primer lugar que, como acertadamente subraya el representante procesal de la acusada en su escrito de impugnación al recurso, la pena a imponer no debe establecerse en función de la del subtipo agravado del artículo 369.3 –que sanciona el tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia–, toda vez que el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de octubre de 2001 resolvió que la aplicación de dicho subtipo sólo era procedente cuando, tratándose de cocaína, la cantidad objeto del tráfico supera los 750 gramos de sustancia pura, siendo así que en el caso enjuiciado, la droga incautada que transportaba la acusada en el interior de su organismo era de 296,5 gramos de sustancia pura, según el Hecho Probado. Deberá castigarse la acción de la acusada de acuerdo con el tipo básico del artículo 368, que establece una pena de tres a seis años de prisión.

Y, en segundo lugar, y ya sin posibilidad legal de aplicar la degradación penológica que impone la regla 4.ª del artículo 66, según las consideraciones precedentes, habrá que determinar si procede legalmente la apreciación de la atenuante «análoga a las eximentes incompletas de estado de necesidad» a que alude la sentencia de instancia, ya que, en caso afirmativo, exigiría que la pena a imponer no superara la mitad de la prevista en el citado artículo 368, quedando ésta entre tres y seis años de prisión, de acuerdo con el artículo 66.2.º CP, y pudiendo fijarla en toda su extensión en caso contrario, según el artículo 66.1.º

Los requisitos para apreciar el estado de necesidad como eximente son los siguientes: A) *pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción puede apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo;*

B) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; C) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; D) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionalmente tal situación y, E) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual (STS de 15 de diciembre de 2000).

Cuando se trata de considerar la situación de estado de necesidad no como circunstancia eximente completa, ni incompleta, sino como atenuante analógica habrá de verificarse que el supuesto enjuiciado tenga parecido o similitud intrínseca, en el sentido de que la situación de hecho pueda ser considerada como semejante o asimilable a la que se describe en el tipo básico (STS de 10 de mayo de 2000), teniendo en cuenta, como ya se vio, que los términos de la comparación son los del fundamento nuclear de la atenuante concretamente invocada, que puede responder a una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad a consideraciones de política criminal vinculadas a la punibilidad. De modo que si esa misma «ratio» atenuatoria es apreciable en el caso concreto que se contempla, será posible estimar la «análoga significación» a que se refiere el texto legal sin asentarla en la identidad parcial de los elementos morfológicamente definitorios de la atenuante típica (STS de 18 de octubre de 1999).

En nuestro caso, la sentencia declara probado que la acusada «de 46 años de edad, sin antecedentes penales, separada y con tres hijos. El menor estaba gravemente enfermo con una seria dolencia ósea y bronquitis crónica con necesidad de cuidados en casa aunque tenía tratamiento ambulatorio. La penada tenía graves dificultades para ocuparse de su hijo y, al tiempo, trabajar por lo que tenía deudas por el alquiler de la vivienda y con las compañías de agua y electricidad que habían advertido que cortarían el suministro. Carecía de bienes para hacer frente a esas deudas lo que suponía el corte de agua y luz en septiembre del año 2000 y un probable desahucio posterior. En estas condiciones de pobreza, y buscando un mejor tratamiento médico al hijo menor enfermo, aceptó la propuesta que le fue hecha por personas desconocidas del Tribunal de llevar cocaína a Italia».

En atención a la doctrina expuesta, la situación que refiere el hecho probado es susceptible de ser calificada jurídicamente como atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de estado de necesidad, pues, aunque la acción delictiva no encuentra en esa situación una causa de justificación ni completa ni incompleta, no es menos cierto que la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada por la acusada no lo es con la misma y máxima energía que si esa situación no hubiera existido.

Confirmada, pues, la corrección legal de la aplicación del artículo 21.6 CP, entra en juego la regla 2.ª del artículo 66 para la determinación de la pena a imponer, referida, según se ha visto, al tipo básico del artículo 368 CP y, por ello, deberá fijarse aquélla entre los tres y los seis años de prisión. El Tribunal sentenciador ha establecido la sanción en tres años, es decir, dentro del marco legal que resulta aplicable y que, además, se considera proporcionada a la gravedad del hecho considerando que la cantidad de droga transportada –296,5 g– no es de especial relevancia, por lo que la privación de libertad por tres años se estima acorde y proporcionada a la entidad del hecho delictivo.

Por todo lo cual, el recurso debe ser desestimado.

(Sentencia de 30 de abril de 2002)

ARTÍCULO 22.4

Agravante de actuar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación: los acusados se dirigieron a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales y dijeron a la víctima de las lesiones que les daba asco por esa razón. Indiferente que la víctima fuera o no realmente homosexual

Quinto. El restante motivo del recurso, tercero en el orden de su formulación, denuncia infracción de Ley con apoyo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que se refiere a los artículos 22.2 y 4 y 112 y 113 del Código Penal. Dice el recurrente que no debió aplicarse la agravante de comisión del delito por motivos relacionados con la orientación de la víctima, toda vez que no se ha probado la homosexualidad del lesionado ni le fue atribuido tal carácter, añadiendo que esa agravación refleja una sobreprotección de algunos sectores sociales y, en cuanto a la aplicación de los otros artículos del Código Penal, la argumentación se refiere no a los citados, sino al artículo 116 cuya indebida aplicación se explica por no haberse determinado causalmente la incapacidad de la víctima sólo por las lesiones sino también por la incidencia en dos ocasiones de TCE durante el proceso curativo que no ha sido tenida en consideración por el tribunal de instancia.

No se argumenta en el motivo contra la aplicación, no obstante afirmarse indebida, del número 2.º del artículo 22, pero patente es que el ataque conjunto de cuatro personas jóvenes contra una sola ha sido correctamente considerada como un caso de abuso de superioridad. En cuanto a la otra agravante cuestionada en el motivo, ha de señalarse que los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual, se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo.

(Sentencia de 17 de junio de 2002)

ARTÍCULO 22.5

Ensañamiento: Una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios que exige la apreciación de esta agravante.

Primero. En el primer motivo del recurso, que se ampara en el artículo 5.4 LOPJ y en el 849.1.º LECrm, se reprocha a la Sentencia recurrida una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto, según se dice, atendida la prueba practicada en juicio, carece de base razonable apreciar la circunstancia de ensañamiento, por lo que se supone que a juicio de la parte recurrente, el Tribunal Superior de Justicia —que es en este recurso el tribunal «a quo»— debió revocar la Sentencia del Jurado en este particular. Invoca, pues, la parte recurrente el último inciso del artículo 24.2 CE porque estima que no quedaron probados en el juicio

oral los hechos que integran la circunstancia agravante de ensañamiento, lo que nos obliga a recordar, por lo pronto, que el ámbito en que desenvuelve sus efectos la presunción de inocencia es el de los hechos exteriores que son directamente susceptibles de prueba. Significa esto que lo que debe ser comprobado, frente a una denuncia de vulneración del citado derecho fundamental en relación con la apreciación del ensañamiento en un delito contra la vida, es tan sólo si quedó debidamente acreditado en el juicio oral, por una parte, que en la ejecución del hecho se causaron padecimientos innecesarios que aumentaron el dolor del ofendido y, por otra, que el autor de este «lujo» de males fue el propio homicida. En el veredicto en que se pronunció el juicio sobre los hechos que están en el origen del recurso se dijo que, de las 26 puñaladas que asestó el procesado a su víctima, 19 las recibió ésta en vida, causándole padecimientos innecesarios para la producción de la muerte. Esta declaración no fue hecha por el Jurado sin base en prueba alguna sino tras oír el dictamen de los médicos forenses y valorar en conciencia las explicaciones de los mismos, por lo que, no careciendo de «toda base razonable» –artículo 846 bis c) motivo e) LECr–, su censura le está vedada a esta Sala. El hecho de que la muerte le sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un «shock» hipovolémico no convierte en irrazonable aquella declaración porque una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios si, durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas como ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento.

La concurrencia del elemento subjetivo del ensañamiento, que consiste en la deliberación e inhumanidad con que el agresor aumenta el sufrimiento de la víctima, no puede ser cuestionada mediante un recurso de casación en que se denuncia una infracción del derecho a la presunción de inocencia, por ser tal elemento un hecho de conciencia, no susceptible de prueba, sino deducible de datos externos plenamente acreditados, si bien puede ser impugnada denunciando la infracción de ley que se pretenda producida con la apreciación de la agravante. No ve esta Sala mayor inconveniente en entender que la voluntad impugnativa expresada en el motivo que analizamos alcanza también a la inferencia que llevó al Tribunal del Jurado a considerar existente, en el ánimo que tuvo el acusado en la ocasión de autos, el elemento subjetivo del ensañamiento; pero tampoco en esto podemos dar la razón al recurrente. Conviene aclarar que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno ni con la frialdad que se sea capaz de sentir provocando ese sufrimiento, pues con tal confusión se corre el riesgo de confinar en personalidades anómalas la posible aplicación de la agravante de ensañamiento. El empleo acumulativo y gramaticalmente expresivo de los dos adverbios «deliberada e inhumanamente» en la definición legal de la circunstancia no debe hacernos perder de vista que, por lo general, siempre que el agresor aumenta deliberadamente, es decir, con conciencia y voluntad de hacerlo, los padecimientos de la víctima, actúa de forma inhumana. O quizá sería más exacto decir «de forma especialmente inhumana» porque quien obra así revela un singular y mayor desprecio a los sentimientos y a la dignidad humana del agredido, bienes jurídicos que en el crimen con ensañamiento resultan vulnerados al mismo tiempo que la vida o la integridad física. Esta actitud especialmente reprochable fue imputada con toda seguridad al procesado, hoy recurrente, por el hecho de haber añadido, a las siete puñaladas de índole mortal que asestó a la víctima, 19 más que eran meramente lesivas y, por consiguiente, innecesarias para la producción de la muerte, no siendo aventurado pensar que el Jurado atribuyó estas otras puñaladas al único propósito de aumentar

el sufrimiento, porque tuvo en cuenta no sólo que la víctima las recibió estando viva sino que la mayoría de las heridas, como hicieron constar los médicos forenses, no eran incisivas sino cortantes, modo de herir con arma blanca que puede revelar, en quien ha causado ya o se propone causar heridas mortales, el deseo de hacer sufrir, en tanto la víctima aliente, antes de que llegue el fatal desenlace. No se estima, en consecuencia, que la apreciación del ensañamiento en el hecho cometido por el procesado haya supuesto una vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni tampoco una infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.3.º CP. El primer motivo del recurso queda, con ello, rechazado.

(Sentencia de 2 de enero de 2002)

ARTÍCULO 28

Cooperador en delito de estragos: recabar información para lanzar granadas contra refinería de petróleo, con independencia de que no se conozca a los autores materiales de la acción

Segundo. (...) Se cuestiona que hayan sido condenados como cooperadores del delito de estragos, desconociéndose quiénes son los autores materiales, incluso si fueron o no de la organización terrorista ETA.

Al respecto debe señalarse que acreditada la labor de información efectuada por ellos, su calificación como autores por cooperación, de acuerdo con el artículo 28 tiene sustantividad propia con independencia de la identidad de los autores materiales.

En una red clandestina, donde el reparto de cometidos y la opacidad son claras señas de identidad, nada tiene que extrañar.

Finalmente, la atribución a la organización terrorista ETA, sobre ser una máxima de experiencia, dado el objetivo y forma de comisión, lugar y demás circunstancias concurrentes, es algo explícitamente reconocido en las declaraciones de ambos. Un botón de muestra: declaración sumarial de Lander, al folio 2138, textualmente «... preguntado para qué le propuso Asier entrevistarse con las dos personas, antes mencionadas, contesta para que el declarante decidiera si le interesaba colaborar con la organización ETA...».

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 22 de febrero de 2002)

Instigar la comisión del asesinato y comunicar al ejecutor los movimientos de la víctima, le describe el escenario del crimen para su mejor realización y le advierte de las medidas de seguridad: la cooperación necesaria absorbe la inducción anterior

Primero. La primera de las impugnaciones comunes a las dos acusaciones se refieren a la subsunción de los hechos realizados por la acusada, Laura F. N., al entender que su participación en el hecho no sólo es de inducción, sino también de cooperación necesaria, haciéndola responder «por ambos títulos», inductora y cooperadora necesaria.

El motivo debe ser estimado parcialmente, no sin antes señalar que la impugnación carece de la eficacia pretendida, toda vez que con independencia del título, por el que sea condenada, el marco penal no se verá afectado, sin perjuicio que en el ejercicio de la función jurisdiccional en la individualización de la pena pueda ser tenida en cuenta la doble imputación que se pretende en el recurso. La estimación parcial lo es para afirmar que la acusada cumple los dos títulos, si bien, sólo será condenada por uno.

Inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor «dará lugar» a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón se ha dicho que la inducción «es la creación del dolo en el autor principal». Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito.

Lo anteriormente señalado nos permite afirmar, desde este momento, que la conducta de la acusada no es solamente una inducción, pues el relato fáctico al describir la conducta de la acusada refiere no sólo la conducta de instigar la comisión de un hecho antijurídico, sino también la de realizar actos que suponen una aportación esencial a la realización material de la muerte perseguida. Así se relata que la acusada, Laura, con independencia de la instigación, comunica al ejecutor los movimientos puntuales de la víctima, cuándo llegará a la vivienda y el lugar que ocupará en el vehículo: el delantero derecho. Acompaña al ejecutor al lugar donde se podrá realizar la acción, lo que supone la selección, o al menos la participación en la decisión del momento y lugar oportuno y le comunica las condiciones de seguridad de la víctima, concretamente que el conductor del vehículo va armado.

En puridad estos actos son propios de una coautoría. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, caracteriza al coautor el tener el condominio del hecho, el dominio funcional del hecho. Los intervinientes comparten la decisión conjunta a la realización del hecho, en este caso, la muerte de la víctima, y cada uno de ellos realiza un aporte que, por su importancia, se reputa de calificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo.

De no existir legalmente una diferenciación entre coautor y cooperador necesario, quizás artificiosa, no cabría duda de la calificación de coautora de la acusada. Existente la distinción, a los meros efectos de su calificación, pues penológicamente están equiparados, es preciso diferenciar ambas figuras; diferenciación que forzosamente ha de encontrarse en el momento del aporte, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior. La acusada, sin perjuicio de su conducta instigadora, también realiza una aportación material al hecho en un momento anterior a su ejecución, por lo que la calificación de esta conducta es la de cooperadora necesaria en el delito.

Aunque la acusada cumple con los dos títulos, de inductora y cooperadora necesaria, sin embargo, los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior. En el presente caso, teniendo en cuenta la importancia de la contribución al hecho llevado a cabo por la acusada debe considerarse de mayor gravedad la conducta cooperadora a la acción que la inductora, no sólo en un sentido valorativo de las conductas, sino también en el temporal por cuanto la cooperación, como participación, aparece más cercana a la ejecución y con un más claro dominio sobre el hecho del ejecutor.

(Sentencia de 31 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 76.2

El cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad no acumulables no atenta a los fines de reeducación y reinserción de las penas

Segundo. El otro motivo del recurso se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución en cuanto proclaman la prohibición de penas a tratos inhumanos y degradantes y la finalidad de reeducación y reinserción social del condenado a penas privativas de libertad.

No se argumenta ni razona en el motivo en qué forma la no refundición de todas las penas que sobre el recurrente pesan pudiera determinar su conversión en inhumanas y degradantes. En cuanto a la finalidad de recuperación y reinserción social de los sancionados con penas de prisión, que constituye el meollo de la argumentación del motivo, constituye un criterio al que han de atenerse obligatoriamente tanto el legislador, como quien aplica judicialmente a casos concretos esa clase de penas y quienes se encargan de la aplicación directa de las mismas. Por otra parte, no puede concluirse sin más apoyos, que el cumplimiento separados y sucesivo de penas, que no son refundibles según el precepto del número 2 del artículo 76 del Código Penal, promulgado casi veinte años después de la Constitución, se oponga a la finalidad constitucionalmente proclamada de las penas privativas de libertad.

(Sentencia de 26 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 77

Concurso ideal entre homicidio y aborto: estrangular a mujer conociendo su estado de embarazada

Sexto. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el único motivo de impugnación, se denuncia la indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados existió un concurso real y no ideal.

El motivo plantea un tema no siempre fácil de resolver. Según la teoría penal mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal «homogéneo» se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal.

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la

sentencia de 23 abril de 1992 (caso de la Colza), «partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos».

Ciñéndonos pues a aquéllos en que una sola acción constituye dos o más delitos, únicos que pueden tener relación con los hechos de esta causa, debe recordarse la doctrina sentada en la sentencia de 23 abril 1992, vulgarmente conocida como del «síndrome tóxico», ya citada. «En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real, lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados.»

Ello enlaza con la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1909, que estableció que no debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, como son los que ahora nos ocupan, «por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos».

El criterio de la unidad y pluralidad de acciones, por lo demás, se ratificó en la sentencia de 15 marzo de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción, afirmando que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real». La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues «el delito es una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano». Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

Según la sentencia de 11 febrero 1998, si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, previsto pero no directamente perseguido, como sucede en el caso de autos, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de una verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

En conclusión, y contemplando el supuesto desde los datos del hecho probado, la acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la

madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.

(Sentencia de 4 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 120

Responsabilidad civil subsidiaria: contenido. Existencia: titular legítimo de arma de fuego que permite su uso a quien crea el riesgo

Séptimo. En el último motivo de su recurso, exclusivamente referido al responsable civil subsidiario, Basilides V. V., se denuncia la aplicación indebida del artículo 120 del Código Penal, pues entiende que la responsabilidad civil del propietario de las armas no está prevista en el citado precepto que contiene una enumeración taxativa.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo. Entiende que la doctrina de esta Sala ha venido perfilando la cuestión relativa a la responsabilidad civil subsidiaria a través de una interpretación del antiguo artículo 22 de forma cada vez más abierta y flexible, de modo que personas físicas o jurídicas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes indemnizaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes, siendo posible, entonces, declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden, sin embargo, al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada. La regulación del Código vigente es más precisa que la del anterior, pero ello no quiere decir que se impida una interpretación extensiva o incluso analógica, dada la naturaleza civil del precepto.

A pesar de ello, el Fiscal entiende que no es posible salirse absolutamente del marco de la previsión legal. El acusado es mayor de edad, no está incapacitado legalmente ni tiene una incapacidad de hecho, no pudiendo construirse una responsabilidad civil sobre la ausencia de base fáctica que permita establecerla, acomodándola a las exigencias de la norma. Y no puede construirse tampoco la responsabilidad sobre la base de una relación de dependencia hoy perfectamente definida en el Código. Por todo ello, entiende que el motivo debe prosperar.

El Abogado del Estado impugnó el motivo aceptando los razonamientos de la sentencia.

La responsabilidad civil «ex delicto» no viene regulada en el vigente Código Penal con una cláusula general, que establezca los requisitos conforme a los cuales sería posible exigir responsabilidad civil subsidiaria, sino que contiene una enumeración de supuestos cada uno con sus propios requisitos, sin finalizar con una expresión que sirva de cierre. Ello no impide, como señala el Ministerio Fiscal y decíamos en la STS de 26 de marzo de 1997, declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden, sin embargo, al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada.

Los preceptos que regulan la responsabilidad civil, aunque incrustados en el Código Penal, no pierden su naturaleza estrictamente civil, de manera que respecto de ellos no está prohibida una interpretación extensiva (STS de 22 de septiembre de 2000). Esta Sala ha establecido precedentes de esta clase de

interpretación en algunas ocasiones. En las Sentencias de 12 de febrero de 1994 y 4 de junio de 1997 entendió que las previsiones del antiguo artículo 20 del Código Penal, actual artículo 118, en cuanto se referían a la responsabilidad civil subsidiaria en casos de eximente completa por enajenación, eran también aplicables a los supuestos de semienajenación mental, que daban lugar solamente a una eximente incompleta. Siguiendo esa línea jurisprudencial puede afirmarse que las previsiones del artículo 120 no son solamente aplicables a los supuestos expresamente previstos en ellas, sino también a otros análogos en los que se aprecie la misma razón para establecer la obligación de responder civilmente por los daños causados por hechos cometidos por terceros en los que no se ha tenido participación alguna con relevancia penal.

El Código Penal de 1995, después de regular en el artículo 118 la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil en los supuestos de exención de responsabilidad criminal que señala (apartados 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20), establece en el artículo 120 que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente las personas que menciona en los cinco apartados del precepto. El primero se refiere a la responsabilidad civil de los padres y tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. Se está refiriendo este precepto a la responsabilidad civil de los padres y tutores por los hechos cometidos por sus hijos y pupilos, y con meridiania claridad exige varios requisitos para que proceda declarar su responsabilidad. En primer lugar, ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el artículo 171 del Código Civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía, y en cuarto lugar, debe existir por su parte culpa o negligencia. Las previsiones de este número 1.º del artículo 120 no pueden dar lugar a la responsabilidad civil subsidiaria del recurrente, pues no concurre uno de los requisitos cumulativamente exigidos, cual es que se trate de mayores sujetos a la patria potestad. Como señala el Ministerio Fiscal, el autor de los hechos es mayor de edad, no está incapacitado legalmente y no padece enfermedad alguna que pudiera dar lugar a su incapacidad.

De los demás supuestos previstos, resulta claramente inaplicable el apartado segundo, que se refiere muy concretamente a los titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual.

Respecto de los demás, conviene antes detenerse en el contenido de la resolución impugnada. La sentencia de instancia se refiere a algunos datos de interés. Así, de los hechos probados se desprende que el lugar es el domicilio tanto del recurrente como de su hijo, el autor de los hechos; que en el mismo hay un molino propiedad de la familia; que la escopeta estaba montada y colgada en una pared de la habitación de su propietario, el recurrente Basilides V., y que la munición empleada, dos cartuchos, estaban en el cajón de una mesilla, ubicada en la misma, según aclara en el Fundamento de Derecho Quinto. Tal disposición del arma vulnera lo previsto en el artículo 144 a) del Reglamento de Armas, tal como razona la sentencia, ya que, según en ella se dice, el recurrente omitió la más mínima diligencia al guardar la escopeta y la munición en el modo que las guardó y facilitó con ello la comisión de un delito como el enjuiciado. Estos datos permiten subsumir el supuesto de hecho en las previsiones del apartado tercero del artículo 120.

En realidad los requisitos exigidos por este apartado quedan limitados a que se trate de un establecimiento y a la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se refiere a ninguna clase de relación personal entre el autor del delito y el titular del establecimiento, por lo cual no se excluye que la relación se establezca entre padre e hijo. En el caso presente, se dice que el acusado se encontraba en su domicilio, que es también el de su padre, el ahora recurrente, y que, en el lugar hay un molino propiedad de la familia, lo que permite considerar al lugar como un establecimiento, precisamente de tipo agrícola en el que trabajan los miembros de la familia, lo que se confirma con el examen de los autos al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y también se deduce de los hechos la omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en la custodia de la escopeta, lo que determinó el acceso del acusado al arma antes de su utilización.

Desde este punto de vista es posible establecer la obligación de responder subsidiariamente.

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

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

La titularidad de un arma de fuego, bien para la caza o bien para otras finalidades, supone la asunción de toda una serie de obligaciones establecidas en el Reglamento de Armas y en otras normas, que se imponen en atención al peligro que puede suponer para terceros una utilización indebida o descuidada de la misma. El peligro inherente al uso de un arma de fuego es evidente, y cuando esa utilización es constitutiva de delito o falta, además de la responsabilidad penal y de la civil directa de quien ejecuta la conducta ilícita, es razonable exigir responsabilidad civil subsidiaria al titular que ha permitido su uso, sobre la base del riesgo creado con la utilización de un objeto de su pertenencia por sus dependientes, representantes o por personas autorizadas. De los hechos contenidos en la sentencia se desprende que el titular legítimo del arma, el recurrente Basilides V. autorizaba a su hijo, Jesús, a utilizar la escopeta de caza, pues compartiendo ambos la misma vivienda familiar y el mismo establecimiento agrícola, tenía la misma, acompañada de la necesaria munición, a la vista y acceso de cualquiera, especialmente de los miembros de su familia al guardarla simplemente colgada de una pared de su habitación. En esas condiciones no puede resultar ajeno a la utilización del arma por parte de su hijo, que, además, la emplea en una mal entendida defensa de la propiedad de la familia.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 14 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 127

Comiso de bienes de sociedades que no han sido parte en el proceso pero que se entienden testafierros de los condenados. Doctrina de levantamiento del velo

Primero. El Código de 1973 incluía el comiso en el Título de las Penas y dentro de Sección 3.^a, que se refería a las penas que llevan consigo otras accesorias. El artículo 48 establecía como consecuencia obligada de la pena, el comiso tanto de los efectos que provinieren del delito, como de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito.

Como puede observarse, el afectado directamente por el comiso era el condenado y, por tanto, con su presencia en el proceso y con la petición expresa de que se llevase a efecto esta consecuencia accesoria de la pena, se cubrían todos los presupuestos y garantías procesales.

El Código Penal de 1995, que según la mayoría de la doctrina se inspira en el Código Alemán, dedica el título VI de su libro I (art. 127 a 129), a las que denomina consecuencias accesorias, sin hacer mayores precisiones, si bien parece que trata de distinguirlas de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil ex delicto. Esta postura legal ha originado un debate doctrinal importante, en torno a su verdadero carácter, manteniéndose diversas posturas y no faltando quienes sostienen que tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad, o bien un carácter administrativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, y según la redacción actual del artículo 127 es necesario que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia o no del comiso. Sólo se debe descartar la medida si se acredita la pertenencia de las cosas a terceros de buena fe, lo cual constituye un elemento del debate procesal que necesariamente debe ser objeto, primero, de alegación y, después, de prueba.

El artículo 128 establece una diferencia sustancial, en relación con la regulación del Código derogado, ya que concede al juzgador la posibilidad de que, valorando las circunstancias del caso y en función del principio de proporcionalidad, pondere la naturaleza o gravedad de la infracción penal, pudiendo, en atención a estas circunstancias, no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, alternativa de la que no se disponía en el Código anterior.

Cuando, como sucede en el caso presente, la decisión de comiso se toma ante la necesidad de evitar que los condenados se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita, la decisión se pudiera enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, que de la responsabilidad penal. En todo caso, es necesario una condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo, en los casos de prescripción, haría inviable el comiso. En los supuestos en que concurra alguna causa de imposibilidad de ejecución de la pena, por ausencia o muerte sobrevenida del reo, no existen en cambio obstáculos para decretar el comiso, ya que la pena formalmente se mantiene.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2000, por tanto, posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita. En otra sentencia posterior de 6 de marzo de 2001 se exige que su planteamiento y debate se haga en el juicio oral, por medio de petición expresa hecha al respecto por alguna de las partes acusadoras en sus escritos de calificación, para que el acusado pueda defenderse también

de esta cuestión. En una sentencia anterior de 20 de enero de 1997 se contempla la posibilidad de que la persona que dice ser titular del bien decomisado y que no haya intervenido como parte en el proceso, se le conceda la opción de ejercitar los recursos pertinentes, como ha sucedido en el caso presente, con objeto de darle oportunidad de ser escuchada.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir, en relación con el presente caso, que nos hallamos ante reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados, lo que permite aplicar también la teoría del levantamiento del velo a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda claramente, que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. En todo caso, y estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades, que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter general y como respuesta a todas las cuestiones que se plantean a continuación, conviene recordar que la institución del comiso, tiene un gran arraigo en todos los sistemas jurídicos. De los instrumentos internacionales, el más importante es el Convenio Europeo 141, relativo al blanqueo, investigación, incautación y comiso de productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. España, si bien lo firmó el 8 de noviembre de 1990, no lo ratificó hasta el año 1998 y no entró en vigor hasta el 1 de diciembre del mencionado año. En el citado convenio, se admitían reservas para limitarlo de manera específica y exclusiva al tráfico de drogas, pero España no ha hecho uso de esta facultad, por lo que se extiende a toda clase de delitos.

En el preámbulo de dicho Convenio se dice que los Estados Miembros del Consejo de Europa, convencidos de la necesidad de una política penal común para proteger a la sociedad en los casos de criminalidad grave, estiman necesario implantar métodos modernos y eficaces para privar al delincuente de los productos de su delito.

En el artículo 1.º se define la confiscación (comiso), como una pena o una medida, ordenada por un Tribunal como consecuencia de un proceso seguido por una infracción penal y que supone la privación permanente de un bien. En el artículo 2, se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas y otras que resulten necesarias para permitirles confiscar los instrumentos y los productos del delito.

Así como las previsiones de carácter sustantivo, aparecen homogéneamente recogidas en la mayor parte de los textos legales, las normas procesales carecen de uniformidad, por lo que deben aplicarse las que están vigentes en cada uno de los países. Ajustándonos a nuestro sistema y valorando en su integridad las disposiciones de carácter constitucional y de legalidad ordinaria, podemos afirmar que no existe indefensión, en los casos en que no hay citación formal de una sociedad al proceso, cuando nos encontramos ante una persona jurídica o mera razón social, cuya única razón de existir es la de encubrir la verdadera titularidad de los bienes.

Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testaferrero no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal.

Por otro lado, y en relación con las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados, ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, además, han tenido la posibilidad de acceder al Recurso de Casación y de reproducir, como podrá verse más adelante, los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia.

En este contexto y para terminar, podríamos mencionar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera e Internacional, del que España forma parte y que está constituido en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y que recomienda a los países, adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso ilícito y abusivo de sociedades manifiestamente ficticias, que no pueden ostentar ningún derecho ni pueden alegar que actúan de buena fe.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 132

Naturaleza jurídica de la prescripción. Existencia de prescripción del delito por transcurso del plazo de cinco años desde la presentación del escrito de acusación y el día en que se dictó el auto de apertura del juicio oral contra el acusado, sin que se interrumpa la prescripción por la petición de la acusación a la Audiencia Provincial para que se dictase el auto de apertura del juicio oral, ni por otras actuaciones procesales carentes de relevancia; Interrupción: cuando el procedimiento se dirige contra el culpable o cuando se dicte, una vez el proceso en marcha, alguna resolución de contenido sustancial

Tercero. La institución de la prescripción, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida largamente por la doctrina, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (v., artículo 130.6.º CP vigente y artículo 112.6.º CP/1973) por el transcurso del tiempo, bien a partir del momento de comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento, bien por la paralización de éste, durante el período de tiempo legalmente establecido (que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos (v., art.131 CP vigente y art. 113 CP/1973), y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (v., SS. de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas).

El plazo de prescripción de los delitos se interrumpe (v., art. 132.2 CP vigente y artículo 114 párrafo segundo CP/1973) desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, y, tratándose del supuesto de paralización del mismo, cuando el órgano judicial dicte alguna resolución que ofrezca un contenido sustancial propio de una puesta en marcha o prosecución del procedimiento, que revelen que la investigación avanza, pues no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción (v., «ad exemplum», S. de 4 de diciembre de 1998).

En el presente caso, nadie cuestiona que el procedimiento se ha dirigido oportunamente contra el acusado ni tampoco el plazo de prescripción del delito imputado al mismo —una estafa— que es de cinco años, tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (v., art. 113 CP/1973), como según se establece en el nuevo Código Penal (v., art. 131). Lo único que se discute es si desde la fecha en que la acusación particular formuló su escrito de acusación contra el señor G. F. —el 9 de marzo de 1992— hasta el día en que el Tribunal dictó el auto acordando la apertura del juicio oral —el 24 de marzo de 1997—, entre cuyas fechas existe un plazo superior a los cinco años, se ha producido alguna actuación procesal relevante con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción en curso.

Pocas dudas pueden ofrecer al respecto la interposición de los recursos de reforma y de apelación instados por la defensa del acusado aquí recurrente contra la providencia de la Audiencia en la que se acordó dar traslado de las actuaciones a la acusación particular, el escrito de la defensa de otro coacusado en el que su Letrado manifestaba la imposibilidad de continuar con su defensa y la providencia en la que se solicitaba un determinado informe del Ministerio Fiscal, pues dichas actuaciones no reúnen notoriamente las características precisas para producir el efecto interruptor del plazo de la prescripción en curso. La parte recurrente pone su acento, fundamentalmente, en el escrito dirigido por la acusación particular a la Audiencia Provincial el 15 de febrero de 1995 interesando se dictase el auto de apertura del juicio oral, mas, para valorarlo a los efectos aquí perseguidos, hemos de tener en cuenta: a) que se trata de un escrito procesalmente atípico; b) que, ante la falta de respuesta por el órgano jurisdiccional, la acusación particular se aquietó definitivamente hasta que la Audiencia dictó, finalmente, el 24 de marzo de 1997, el auto acordando la apertura del juicio oral; c) que el impulso procesal corresponde específicamente a los Jueces y Tribunales, por lo que, en principio, sólo las resoluciones judiciales tienen virtud interruptora de la prescripción, y d) que la jurisprudencia ha venido interpretando el término paralización en términos extensivos «pro reo».

Por todo lo anteriormente expuesto, hemos de reconocer que, en el presente caso, no es posible reconocer efectos interruptores de la prescripción del delito imputado a Ramón G. F. A ninguna de las actuaciones procesales practicadas en la causa a que se refiere este recurso desde la formulación del escrito de acusación de la acusación particular, que tuvo lugar el 9 de marzo de 1992, hasta el auto en el que se acordó la apertura del juicio oral, dictado por la Audiencia el 24 de marzo de 1997, por lo que, al mediar más de cinco años entre ambas fechas, es preciso reconocer también que transcurrió el correspondiente plazo de prescripción y, por ende, que la resolución judicial en que así se ha declarado es ajustada a Derecho, por lo que no puede apreciarse la infracción legal denunciada.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 12 de febrero de 2002)

La prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirigió contra el acusado con la deducción de testimonio de particulares y no con la citación formal para declarar en calidad de imputado

Cuarto. El quinto motivo alega infracción de ley por no haberse apreciado por el Tribunal de instancia la prescripción de las infracciones penales objeto de enjuiciamiento y condena. Alega el recurrente que entre la comisión de las infracciones y el momento en que se le recibió declaración en calidad de imputado transcurrieron más de cinco años, dado que por error su primera declaración en la causa seguida contra él se produjo en calidad de testigo, por lo que todas las infracciones se encontrarían prescritas.

La fundamentación del recurso parte del error de considerar que el «dies ad quem» para el cómputo del plazo de prescripción es el de la declaración en calidad de imputado, criterio descartado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Es cierto que la determinación del momento interruptivo de la prescripción constituye una cuestión polémica por la defectuosa técnica de la expresión legal con la que se determinaba dicho momento interruptivo en el Código Penal anterior («desde que el procedimiento se dirija contra el culpable», artículo 114.2 del Código Penal 73). Técnica defectuosa no subsanada en el Código Penal de 1995 (artículo 132.2) que utiliza prácticamente la misma expresión.

La doctrina tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estimaba que el plazo de prescripción debía extenderse desde el día en que se cometió el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución, pues a eso equivale la frase dirigirse el procedimiento contra el culpable, entendiendo por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa (Sentencias 6 de junio de 1967, 25 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1989, 23 de marzo de 1990, 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, 13 de junio de 1997, etc.). De acuerdo con este criterio para la interrupción de la prescripción del delito «basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores» (Sentencia de 13 de junio de 1997).

Una posición más matizada estima que considerar la mera incoación de un procedimiento dirigido genéricamente a la investigación del hecho como necesariamente equivalente a dirigir el procedimiento contra todos los que finalmente resulten responsables, constituye una interpretación poco respetuosa con la redacción del precepto, por lo que es necesaria una valoración flexible de cada caso en concreto (Sentencias de 6 de julio de 1990 y 25 de enero de 1994, entre otras), siendo necesaria la individualización de la persona contra la que se dirige el procedimiento.

Lo que ha sido descartado por la doctrina jurisprudencial constante es la posibilidad de acoger la tercera posición, defendida por el recurrente, que exige para entender dirigido el procedimiento contra el culpable el auto de procesamiento o la citación formal y declaración como imputado, prescindiendo totalmente de las actuaciones anteriores que ya materialmente están dirigiendo el proceso penal hacia unos determinados denunciados, querrellados o meramente implicados.

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

prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas (doctrina acogida sustancialmente en las sentencias de 25 de enero de 1994, de 3 de febrero y 1 de marzo de 1995, de 14 de abril, 30 de septiembre, 3 de octubre y 11 de noviembre de 1997, de 25 de enero de 1999, 6 de noviembre de 2000 y 27 de marzo de 2001, entre otras muchas).

Siendo así que en el caso actual el procedimiento se incoó nominalmente contra el recurrente, por deducción de testimonio de particulares acordado por el órgano enjuiciador del procedimiento penal seguido como consecuencia de la denuncia falsa por él formulada, y en dicho testimonio se identificaba perfectamente al hoy condenado, dirigiéndose contra él el procedimiento, es claro que la fecha de deducción de dicho testimonio ha de considerarse como de interrupción de la prescripción. Dado que el testimonio se dedujo en febrero de 1988, es decir, año y medio después de ocurridos los hechos, resulta manifiesto que no ha transcurrido el período de cinco años, ni siquiera el de tres, que pudiera fundamentar, en el caso más favorable, la alegación de prescripción de los delitos perseguidos y enjuiciados.

Ahora bien, por la misma razón procede estimar parcialmente el recurso en lo que se refiere a la condena por falta de lesiones, pues como acertadamente informa el Ministerio Fiscal, cuando se acordó la deducción del testimonio la referida falta ya se encontraba prescrita, al ser el plazo de prescripción de dos meses en el CP anterior, que era el que se encontraba vigente cuando ocurrieron los hechos.

(Sentencia de 17 de mayo de 2002)

Prescripción en los supuestos en que un delito es instrumento para cometer otro: prescripción conjunta de los delitos, comenzando el plazo de prescripción cuando se comete el segundo de ellos. Delito de falsedad para cometer estafa procesal: la no prescripción de la estafa motiva que tampoco prescriba la falsedad al hallarse vinculados de modo inseparable

Sexto. El Fiscal articula sobre un único motivo su Recurso con base en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 130.5.º y 131, en relación con el 392 y 74 del Código Penal, toda vez que considera que debe condenarse por el delito de Falsedad documental, ya que no se ha producido la prescripción del mismo. Procede la estimación del Recurso.

En efecto. La Audiencia considera que, acreditada la comisión de las Falsedades como se describe en los Hechos Probados y con sobrado fundamento se motiva, la responsabilidad derivada de las mismas se encuentra extinguida por prescripción (art. 130.5.º CP), al haber transcurrido en exceso el término previsto legalmente para ello, dada la gravedad de la infracción (art. 131.1 parr. 5.º CP).

Frente a ello, dos son los argumentos que esgrime el Ministerio Público en su Recurso. De una parte, la disconformidad en relación con el «dies a quo» determinado por la Audiencia para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de tres años, que fue el de la presentación de las fotocopias de las cartas cuya firma se falsificó, acompañando a las demandas interpuestas ante el Juzgado civil (21 de abril y 6 de

junio de 1993), cuando el Fiscal considera que ese comienzo de plazo ha de fijarse en el momento posterior en el que se aportaron, al procedimiento ya abierto, los originales de referidos documentos (26 de junio de 1995), de modo que, de optarse por este segundo criterio y al retrasarse ese punto de partida, al tiempo de interposición de la Querrela (10 de julio de 1996) el delito no había prescrito.

Y, como segundo argumento, el de que, hallándonos ante dos infracciones conexas, en relación de concurso instrumental, ideadas y ejecutadas con un único designio común, cuales son las falsedades documentales cuya exclusiva finalidad es urdir el engaño para la consecuente acción defraudatoria lucrativa, el término para la prescripción de ambas, según la reiterada interpretación de la doctrina jurisprudencial, no puede comenzar sino hasta el momento en que el conjunto complejo delictivo se comete en su totalidad. Lo que, en el presente caso, llevaría a la imposibilidad de la prescripción de la Falsedad documental independientemente de la Estafa, con la que forma un conjunto indivisible en su comprensión.

Y en tanto pudiera ser objeto de mayor discusión y dudas interpretativas el primero de tales razonamientos esgrimido por el Fiscal en apoyo de su tesis de la inexistencia de la prescripción, lo que no ofrece oscuridad alguna es la procedencia de la segunda alegación, pues es lo cierto que, como tiene dicho esta Sala en reiteradas ocasiones: «Como recuerdan las Sentencias de 16 de diciembre de 1997 y 25 de enero de 1999, entre otras, la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal: Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio. En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Como destaca la Sentencia de 29 de julio de 1998, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal»

(STS de 21 de diciembre de 1999, a semejanza de otras varias como la de 12 de mayo de 1999, por ejemplo, además de las ya mencionadas en esta misma cita).

De modo que, en el supuesto que nos ocupa, no habiéndose producido la prescripción de la Estafa, no cabe tener por prescrito el delito de Falsedad que a aquella se vincula de modo inseparable.

Por consiguiente, como ya se adelantó, el Recurso merece prosperar, procediendo seguidamente al dictado de la oportuna Segunda Sentencia, en la que se acjan las consecuencias de esta estimación.

(Sentencia de 3 de julio de 2002)

Prescripción: unidad natural de acción. Las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen su cómputo. En los supuestos de delitos cometidos por personas jurídicas u organizaciones la investigación criminal interrumpe la prescripción respecto de todas las personas vinculadas orgánica o funcionalmente a la persona u organización, aunque la persecución individualizada frente a ellos no se concrete hasta tiempo después

Segundo. El motivo segundo se formaliza, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 74 del vigente Código Penal.

1. El Ministerio Fiscal discrepa de la calificación efectuada por el juzgador, que excluye la continuidad delictiva en el hecho relativo a la disposición de trescientos millones de pesetas. Combate las afirmaciones deslizadas en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, cuando sienta que Mario C. no tomó dos decisiones de acción, sino una sola y que la pluralidad de actos en que se concretó la disposición patrimonial, no es sino la ejecución fraccionada de una sola voluntad.

Mantiene que nos encontramos ante dos conductas, que se corresponden con dos acciones típicas, antijurídicas y culpables, llevadas a cabo por el mismo sujeto, siguiendo los designios de un plan previo y preconcebido que recae sobre preceptos de idéntica naturaleza y que ocasionan un perjuicio patrimonial a un único sujeto. Señala que la distancia temporal entre los dos hechos superó los dos meses, lo que constituye un factor cronológico que, en modo alguno, se ajusta a la denominada unidad natural de la acción. Precisa que el desconocimiento del destino final de los fondos ilícitamente distraídos refuerza la tesis de la continuidad delictiva.

Termina sosteniendo que, la concurrencia de todos los requisitos del delito continuado, habrá que penarla según el actual artículo 74 del Código Penal.

2. La Sala sentenciadora estima que Mario C. no toma dos decisiones de acción, por lo que sólo existe un hecho, sin que tenga relevancia jurídica la circunstancia de que se materialice la decisión en dos acciones separadas, desde el punto de vista naturalístico.

Considera, no obstante, que ha existido un perjuicio patrimonial, ya que ha salido del patrimonio del Banco una cantidad de trescientos millones de pesetas y no se ha acreditado que de ello haya resultado un beneficio para la entidad. Tampoco estima acreditado que la disposición de dichos fondos produjera resultados satisfactorios para la entidad bancaria Banesto, derivados de la ruptura del proyecto de fusión con el Banco Central en la que estaba inmersa. La sentencia declara que los hechos que

han quedado probados son subsumibles en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1973.

La sentencia maneja como alternativas, la inclusión de los hechos en el actual artículo 252 del Código Penal (apropiación indebida) y asimismo en el artículo 295 (administración desleal). Después de valorar las diversas posibilidades y teniendo en cuenta que las acusaciones han apreciado las circunstancias de agravación contenida en el núm. 7.º del artículo 529 del Código de 1973 y en los números 6.º y 7.º del artículo 250 del Código vigente, se inclina por considerar más favorable el Código de 1973, calificando los hechos conforme al artículo 535 en relación con el 528 y 529.7.ª del mismo texto legal. La afirmación que se hace en la sentencia en el sentido de que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario C. de 300 millones de pesetas se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de don Adolfo S. ante el Gobernador del Banco de España, para que éste autorizara la defusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes del ejercicio de 1988, elimina cualquier posibilidad de valorar una hipotética existencia de un delito de administración desleal.

El Ministerio Fiscal no discute, en este punto, la calificación jurídica de los hechos, sino la consideración de los mismos como un solo delito y no como un delito continuado, que es la tesis que mantiene en el presente motivo.

3. Como es sabido uno de los elementos generales del tipo es la acción, que se proyecta en una conducta externa que produce normalmente un resultado típico. La determinación del momento consumativo tiene relevancia, en relación con determinadas circunstancias concurrentes, como los grados de participación y la prescripción del delito.

Parte de la doctrina acude a lo que se denomina la concepción natural de la vida, para decidir si ha habido una unidad natural de la acción, que integra un solo hecho delictivo, mientras que otros sectores sostienen que la valoración unitaria de la acción tiene que hacerse desde una perspectiva jurídica y no social.

La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe una unidad natural de la acción, que solo merece un reproche penal, en los casos de agresiones sexuales en los que existiendo más de una penetración vaginal, oral o anal, éstas se producen en un corto lapso de tiempo, durante todo el cual, la víctima ha estado sometida a la acción directa del sujeto activo. Esta misma unidad natural de la acción o concepción naturalística se ha tomado en cuenta en los casos en que existe lo que se denomina progresión delictiva. En estos supuestos, existe una realización de varios hechos delictivos pero en un corto espacio temporal, por lo que se aprecia la existencia de un sólo delito.

La sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2001 recuerda esta doctrina jurisprudencial al decirnos que, el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación), de manera que para un observador imparcial, el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (Cita, además, las sentencias de 15-2-1997; 7-5, 19-6 y 14-7-1999 y 2 y 18 julio de 2000).

4. Ahora bien, una situación distinta, es la que se produce cuando nos encontramos ante una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En estos supuestos no hay unidad natural de la acción, sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción,

como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el artículo 69 bis del Código de 1973 y reiterada en el artículo 74 del Código vigente.

Un ejemplo típico de delito continuado que se utiliza en los manuales es el del cajero de un Banco que se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario, o bien aprovechando circunstancias parecidas.

Primero, la jurisprudencia y ahora el propio Código Penal permiten la construcción del delito continuado sobre la base de la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Un sólo sujeto activo de todas las acciones; b) un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido; c) homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido; d) semejanza del precepto penal violado; e) conexión espacio-temporal.

Es evidente que, en el caso que es objeto de nuestra atención, se dan todos los elementos para calificar los hechos como un delito continuado. Las acciones imputadas al mismo sujeto obedecen a un sólo designio, al decidir «unilateralmente disponer de la suma de trescientos millones de pesetas para fines ajenos al giro de la empresa».

La ejecución del plan preconcebido, que aisladamente considerado integraría dos delitos de apropiación indebida, se ha realizado de forma lo suficientemente separada en el tiempo –más de dos meses–, como para que sea imposible considerarlas integradas en una sola acción delictiva. Por el contrario, el diverso modo de proceder y la forma de disposición del dinero, en dos fracciones de ciento cincuenta millones de pesetas, podría llevarnos a un concurso real, si no hubiera existido el plan preconcebido o un sólo designio, del que nos habla el hecho probado, de cuyo contenido no podemos apartarnos.

Ese dolo inicial, plasmado en dos complicadas operaciones distanciadas en el tiempo, es lo que inevitablemente nos lleva a estimar la concurrencia de un delito continuado.

5. La alegación efectuada por la representación del acusado, sobre la unidad de acción, manteniendo que la ejecución fraccionada de su decisión fue tomada unilateralmente por el Director General de la Banca Comercial, no encuentra su apoyo en el hecho probado, ya que se afirma tajantemente que, «la disposición efectiva de la suma de 300 millones de pesetas, una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una».

En todo momento el acusado, en su condición de Presidente de la entidad financiera, conoció y ordenó el diseño de la operación. Asimismo, decidió la confidencialidad de la entrega del dinero, resultando indiferente que las precauciones materiales para enmascarar las dos cantidades las tomaran sus subordinados. Resulta evidente que era más fácil realizar lo acordado si se actuaba en dos momentos distintos y a través de sucursales diferentes. El dominio pleno y total del acto correspondió al acusado Mario C. y a él se debe imputar la forma de realizar el hecho delictivo, sin que pueda sostenerse que los colaboradores hubieran actuado por su cuenta y absolutamente desligados de su principal.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

Tercero. El motivo tercero se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 113 del Código Penal de 1973.

1. El Ministerio Fiscal parte de lo que considera un error de derecho, al no aplicar la figura del delito continuado, por lo que estima que existe un nuevo error sustantivo, al decidir, indebidamente, la prescripción del delito. Sostiene que, tanto en el caso de que se aplique el derogado como el nuevo texto penal, entre el hecho delictivo y la interposición de la querrela, no ha transcurrido el plazo previsto para la extinción de la responsabilidad criminal.

Señala que la pena que se podía imponer conforme al artículo 69 bis del anterior Código, podría llegar hasta la prisión mayor por lo que, conforme al artículo 113.2 de dicho texto, el plazo de prescripción sería de diez años. Cita en su amparo el acuerdo de la Sala General de esta Sala de 29 de abril de 1997. En principio sostiene que se llega a idéntica solución, aplicando el actual artículo 74, ya que por aplicación de los artículos 248, 249 y 250.6 del nuevo Código Penal nos llevaría a una pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa. La aplicación del artículo 74.2 del Código Penal permitiría superar el límite máximo de seis años de prisión, relacionando esta pena con los artículos 131.1 y 33 del Código Penal nos llevaría nuevamente a un plazo de diez años.

2. Establecida en el motivo anterior la existencia de un delito continuado, procede ahora examinar si, esta nueva valoración, tiene influencia sobre la prescripción del delito acordada por la Sala sentenciadora.

Este punto fue planteado como cuestión previa y rechazado por resolución de 9 de marzo de 1998, para su decisión en la sentencia definitiva. La resolución recurrida después de hacer unas profundas consideraciones dogmáticas termina afirmando que si se es coherente con la idea de que el delito continuado es un caso de unidad jurídica de la acción, que no siempre debe favorecer al reo, debe reconocerse que las acciones que se integran en la relación de continuidad pierden, por este hecho, su sustantividad propia. Considera la sentencia que el delito ha prescrito porque desde la fecha de su comisión (abril de 1989), hasta la interposición de la querrela, en noviembre de 1994, ha transcurrido el plazo establecido en la ley vigente, al momento de la comisión de los hechos delictivos. Conforme al artículo 113 del Código derogado, prescriben a los cinco años los delitos cuya pena no exceda de seis años. Estima que no concurre la circunstancia agravatoria del artículo 529.8.ª del anterior Código, ya que, en su opinión, no ha quedado demostrada la relación directa entre la apropiación de trescientos millones, que pertenecen al patrimonio de un Banco, y la producción de un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas.

No obstante, señala que la solución hubiera sido otra de aplicarse el Código vigente, porque el plazo para la prescripción que establece el artículo 131 del Código Penal, para delitos castigados con pena que excede de cinco años de prisión, como aquí acontece (prisión de uno a seis años de multa) no había transcurrido, pero no se puede aplicar retroactivamente, en perjuicio del reo, una legislación más desfavorable.

3. Ateniéndonos a lo anteriormente expuesto, debemos examinar, si al amparo de la legislación derogada y teniendo en cuenta las previsiones y posibilidades punitivas que ofrecía el artículo 69 bis del Código Penal de 1973, que regula el delito continuado, se ha producido el transcurso de los plazos de prescripción que establecía el anterior artículo 113 del Código Penal.

Con carácter general, se ha dicho por esta Sala, y así ha quedado plasmado en un Acuerdo General de 29 de abril de 1997, que para computar los plazos de prescripción de los delitos se deben tomar en consideración las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que se nos presentan en cada caso concreto.

El artículo 69 bis del Código Penal de 1973 establecía que los responsables de un delito o falta continuado, serían castigados con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. El mismo precepto, contempla una serie de previsiones específicas, para los delitos contra el patrimonio, estableciendo la imposición de la pena, tomando en cuenta el perjuicio total causado.

La sentencia califica los hechos, como ya se ha dicho, integrándolos en un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1973 en relación con la circunstancia 7.ª del artículo 529, que estima como muy cualificada a los efectos de penalidad lo que nos sitúa, según el artículo 528, en una pena de prisión menor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código derogado, permitía llegar hasta el grado medio de la pena de prisión mayor, es decir, hasta los diez años de prisión mayor.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 párrafo tercero del Código de 1973, el plazo de prescripción es de diez años, que no habían transcurrido desde la comisión de los hechos, hasta la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal.

4. El antiguo artículo 113 del Código Penal, para computar los plazos de la prescripción, parte de la pena que la ley señalare, lo que ratifica la postura de considerar la pena en abstracto. En relación con el delito continuado, existen numerosas sentencias de esta Sala, en las que se establece que la pena a considerar, sería la que resultara de la posibilidad de aumentarla hasta el grado medio de la pena superior (STS de 13 de marzo de 1996).

Como se ha señalado por la doctrina de esta Sala, entre otras muchas, la sentencia de 31 de marzo de 1997, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta no es ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establezca la propia ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto (señalado por la ley) es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la «seguridad jurídica». Este mismo criterio se ha seguido en otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de octubre de 2001, que reproduce la anterior doctrina.

En consecuencia y descartada la posibilidad de aplicar el artículo 74 del Código Vigente (que tampoco autorizaría la prescripción), la estimación del delito de apropiación indebida como continuado por la vía del artículo 69 bis del Código de 1973, impide la entrada en juego de los plazos extintivos de la responsabilidad criminal.

Eliminada la prescripción, reaparece la figura del delito de apropiación indebida del artículo 535, en relación con los artículos 528 y 529.7.º del Código Penal de 1973, solución por la que se decanta la sentencia recurrida, después de ponderar la aplicación alternativa del Código vigente en su modalidad de apropiación indebida e, incluso, de administración desleal. Asumiendo dicha calificación y teniendo en cuenta la existencia de un delito continuado, determinaremos en la segunda sentencia la pena que corresponda debidamente individualizada.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

Cuarto. El motivo cuarto se interpone al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 113 del Código Penal de 1973. El motivo afecta solamente a Jacobo H. M. en relación con el delito referido a Carburos Metálicos.

1. El Ministerio Fiscal pone de relieve que la sentencia recurrida, después de calificar los hechos y la conducta del acusado como constitutiva de un delito de apropiación indebida de los artículos 535 en relación con los artículos 528 y 529.7 del Código Penal de 1973, parte de la fecha de comisión del hecho (6 de abril de 1990) y en base a que la primera declaración de Jacobo H., como imputado, tuvo lugar el 10 de noviembre de 1995, declara la extinción de la responsabilidad criminal, por prescripción, al haber transcurrido más de cinco años.

Como datos para sostener su postura, destaca y señala que la querrela del Fiscal de 14 de noviembre de 1994 hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, aunque sin conocer su identidad. Destaca que uno de los querellados, Arturo R., al declarar como imputado, el 14 de diciembre de 1994, menciona de manera expresa la intervención directa de Jacobo H. Asimismo, existen las manifestaciones de Mario C. (19 de diciembre de 1994) y Rafael P. E. (4 de enero de 1995). En esta última se afirma que, a juicio del declarante, el pago debió corresponder al ajuste que pudieran haber efectuado Air Products con el Grupo Hachuel. A la vista de estas manifestaciones se cita como testigo a Jacobo H. (31 de enero de 1995).

Ante las diversas posiciones jurisprudenciales, el Ministerio Fiscal mantiene que para computar los plazos de la prescripción, no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión, cuando éste se dirige contra personas inconcretas o diferentes, de las que después se pueden ver afectadas por la extinción de la responsabilidad, pero tampoco es exigible que se formalice judicialmente la imputación.

También resalta que en el curso de la investigación judicial, el Fondo de Garantías de Depósitos interpuso recurso de queja contra la denegación, por parte del instructor, de que Jacobo H. declarase como imputado y que la Sala de la Audiencia Nacional lo estima.

2. El Ministerio Fiscal pone de relieve que las posturas jurisprudenciales, sobre la determinación del momento en que se entiende que un procedimiento penal va dirigido contra una determinada persona, han sufrido oscilaciones en las últimas décadas. Cita como representativas de las tesis contrapuestas, la Sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1999, en la que se concede efecto interruptivo de la prescripción a la simple referencia a los posibles autores, aún innominada, en la denuncia o la querrela y el Auto de 19 de julio de 1997, en el que se exigía una declaración formal de procesamiento para entender que el procedimiento se dirigía contra una persona.

El Fiscal mantiene una posición intermedia, y considera que no es suficiente para interrumpir la prescripción, la apertura de un procedimiento contra personas inconcretas o personas diferentes de a quienes afecte la prescripción, pero tampoco es exigible una imputación formal de carácter judicial. Estima que, en este caso, desde el inicio de la investigación judicial, aparecían indicios suficientes para que se le hubiese tomado declaración como imputado.

3. No es posible, ni acertado, desde una correcta y actualizada política criminal aplicar los criterios de la prescripción de los delitos individuales (robo, violaciones, hurtos) a los delitos cometidos dentro del complejo entramado de una empresa, valiéndose de las estructuras y de la cobertura que proporciona el funcionamiento interno y el organigrama de una sociedad. El empresario o dirigente pondrá en marcha todos los recursos humanos, materiales y jurídicos para tratar de situarse en un segundo plano y cubrirse de las primeras investigaciones. Por ello, estimamos que, cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica, la orientación de la acción hacia la misma afecta de igual manera a todos los que están en relación

directa con la empresa criminal, teniendo en cuenta que la verdadera responsabilidad no está en la base, sino en el vértice que tiene capacidad de decisión.

Como ha puesto de relieve la doctrina, las modalidades delictivas modernas se desenvuelven principalmente en contextos colectivos, en sistemas sociales. La sociología y la psicología enseñan que las personas que forman un colectivo tienen comportamientos distintos a los que tendrían de actuar en solitario. Los sujetos de la organización son intercambiables y no aparecen o se muestran a primera vista, por lo que estimamos que es suficiente, como hizo el Ministerio Fiscal en su querella, con hacer referencia innominada a un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, para que se entienda que el procedimiento y la investigación se dirige contra la persona que aparece enmascarada detrás de toda la trama delictiva.

Resulta además de un valor relevante que la propia querella del Ministerio Fiscal, en el apartado 8 (página 38), se refiere a operaciones anómalas que se pueden haber producido en el grupo Hachuel, lo que evidencia la intervención de la persona a la que se refiere el presente motivo. En este mismo apartado y más adelante se hace referencia a las relaciones del grupo Hachuel con la entidad Banesto y la obtención, por parte de aquél, de importantes financiaciones para la adquisición de sociedades.

4. La Sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1998 analiza detenidamente el significado de la expresión: «cuando el delito se dirija contra el culpable». Entiende que la expresión «culpable» se refiere, por extensión, al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculcado, procesado, acusado, etc., según la fase del procedimiento en que nos encontremos.

La jurisprudencia, tradicionalmente hasta los años 1991 y 1992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable desde el momento en que se inicia para averiguar, tanto el delito como la identidad de los delincuentes, y esta línea jurisprudencial se ha venido manteniendo en Sentencias de 6 de julio de 1994, 1 de marzo de 1995 y 13 de junio de 1997. Dice esta última, citando literalmente otras muchas, que «la prescripción no necesita para interrumpirse, actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho o de sus posibles autores».

Reconocemos la existencia de otra jurisprudencia, que exige que el culpable aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Ahora bien, insistimos, en que debe mantenerse una postura específica cuando nos encontramos ante delitos atribuidos a una colectividad de personas o cuando se observa la existencia de una organización o entramado, con diversidad de papeles en la actuación delictiva, evitando con ello que los escalones superiores o las personas difuminadas en el seno de una organización empresarial, que es necesario desentrañar a través de una compleja y dificultosa investigación, puedan ampararse en estas circunstancias para gozar de los mismos plazos de prescripción que los delincuentes individuales.

Si se admitiese la igualdad de todos los supuestos, estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas.

5. En el caso presente se da la circunstancia de que la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal, antes de cumplirse el plazo general marcado por la ley, como ya se ha dicho, se hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado. El hecho se fija en el 6 de abril de 1990, y la querella del Fiscal se interpone en noviembre de 1994. Pero sucede además que otro de los querellados en

su declaración de 14 de diciembre de 1994 hace referencia a la intervención de Jacobo H., al que la Sala ha absuelto por prescripción del delito.

Como puede verse, y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, no habían transcurrido los plazos de prescripción exigidos por la ley.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 138

Homicidio. Error en el golpe: supuestos y criterios de solución

Tercero. (...) El supuesto enjuiciado constituye una modalidad de error de tipo denominada «aberratio ictus» o error en el golpe en el que el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

Esta Sala –confrontar Sentencias de 29 de marzo y de 11 de julio de 2001– tiene declarado que el error en el golpe o «aberratio ictus», consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido, señalando la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995 que la Ley determina de modo no individualizado el objeto de protección.

Así las cosas, cumplida la imputación objetiva al haberse verificado que el resultado es la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción del recurrente quien tenía conocimiento y representación del peligro que creaba con su acción, concurrirían, según los hechos que se declaran probados, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito doloso de homicidio y ello plantearía una calificación jurídica que pudiera desfavorecer los intereses del recurrente, lo que no es permitido por el principio que impide la «reformatio in peius».

Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho que nos ocupa.

En los casos de «aberratio ictus» la doctrina coincide en señalar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de idéntica protección y calificación jurídica. Y para una más correcta calificación jurídica se sostiene igualmente, por una parte de la doctrina, que se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable; en este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994. Por el contrario, en aquellos casos en los que no estaba a la vista del autor el objeto sobre el que recayó su acción, la doctrina dominante sostiene que el sujeto debe responder por tentativa de homicidio respecto del objeto determinado sobre el que proyectó la acción, en este caso José B., en concurso ideal con homicidio imprudente respecto al objeto sobre el que recayó su acción, en este caso su esposa María E. G. B., ya que el autor, en este segundo supuesto, no ha tenido un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, deba imputársele a título de dolo.

Y como no consta en los hechos que se declaran probados que cuando el recurrente inició su agresión tuviese a la vista a su esposa, sobre quien recayó el golpe

con la azada, aparece, pues, correcta, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, la calificación jurídica de los hechos realizada por el Tribunal de instancia de homicidio en grado de tentativa respecto a José B. y homicidio imprudente con relación a María E. G. B., ya que la insuficiencia del conocimiento del acusado Germán en el desarrollo del suceso respecto a la ubicación de su mujer no impide la calificación de imprudencia temeraria (Código Penal de 1973) realizada por el Tribunal de instancia, ya que de no haber omitido elementales medidas de precaución y cautela hubiese tenido cabal conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado, que generaba con su acción, con relación a la fallecida.

(Sentencia de 7 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 139

Asesinato. Alevosía: zarandear de forma brutal y violenta a la hija de seis meses de dad, en la forma conocida y descrita en el argot médico como «el latigazo», causándole lesiones muy graves en el cerebelo, que posteriormente produjeron la muerte. Dolo eventual: al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de tal edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos

Cuarto. El último motivo del Recurso, el Cuarto, se refiere, a través del cauce del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal, dada la ausencia de dolo, o ánimo de matar, por parte del recurrente.

El motivo alegado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza, acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad, como ya antes se dijo.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria y la afirmación de concurrencia de un dolo, al menos en forma eventual de matar.

Es más, el Tribunal de instancia llega a esta conclusión, de la presencia de tal categoría del dolo cuando, a nuestro juicio, también hubiere sido perfectamente posible, dadas las circunstancias del caso, afirmar incluso la presencia del dolo directo.

No obstante, en línea con la argumentación de la Sentencia recurrida, la fragilidad de una niña de tan corta edad, realizada por el estado físico previo que presentaba, según se desprende del informe de autopsia, y los violentos movimientos a los que el recurrente, de acuerdo con lo parcialmente reconocido por él mismo, la sometió, hasta el punto de ocasionarle la muerte, revelan la incuestionable presencia en la

mente del autor de la eventualidad del resultado letal de su conducta, a pesar de lo cual prosiguió, con desprecio del mismo, ejecutando tales actos.

En este sentido, y a propósito de la caracterización del dolo eventual y de su perfecto encaje en la descripción de la conducta de Manuel («... zarandea de forma brutal y violenta a la niña, en la forma conocida y descrita en el argot médico como "latigazo", causándole lesiones muy graves en el cerebelo, que entra prácticamente en coma...»), podemos recordar, como ejemplo, la Sentencia de 4 de junio de 2001, que dice:

«Esta Sala ya expresó en nuestra Sentencia de 21-1-1997, que el conocimiento y la voluntad —componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo— son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, mas no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo, efecto clasificatorio que, si bien sirve con eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia (Sentencia de 21-6-1999, que seguimos). Partiendo de tal concepción, que —por su fórmula sincrética— trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción. En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).»

Es, por tanto, de todo punto razonable concluir, coincidiendo con la Audiencia, que, cuando el recurrente ejecuta actos de semejante violencia sobre su hija, es sabedor del alcance que los mismos pueden tener sobre la vida de la niña y, a pesar de ello, los lleva a cabo, con el resultado fatal que conocemos.

Por consiguiente, también este motivo y, con él, el Recurso en su integridad debe ser desestimado.

Noveno. El Ministerio Público incluye un único motivo en su Recurso, interesando, sobre la base del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento, la aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, al considerar el hecho enjuiciado de la muerte de la niña como un delito de Asesinato y no de Homicidio (artículo 138 CP) como, a su juicio incorrectamente, fue calificado por la Audiencia. Pues concurre la agravante, en este caso específica, de alevosía, plenamente compatible, según el Fiscal, con el «dolo eventual» atribuido a Manuel.

La Audiencia, por su parte, consideró incompatible el dolo eventual apreciado en la conducta del autor del hecho con la posible concurrencia de la alevosía.

Y, a este respecto, conviene recordar que ya tiene dicho la doctrina de la Sala que «... la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquel pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela esta del comportamiento alevoso que aparece diáfano en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquel como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia –la del resultado– que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes Sentencias como las de 16 de marzo de 1981, 13 de abril de 1993, 11 de julio de 1994 y 29 de noviembre de 1995, sino que debe desconectarse de la alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1981, 20 de noviembre de 1993 y 21 de enero de 1997, pues la definición legal de la alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima» (STS de 21 de junio de 1999, que recogía doctrina expuesta ya en la anterior, de 21 de enero de 1997, y que sería seguida por la ya mencionada de 4 de junio de 2001).

Criterio que había sido, así mismo, el aplicado, para un supuesto que guarda gran analogía con el que aquí se enjuicia, por la STS de 20 de diciembre de 1993, cuando afirmaba: «... aunque se haya debatido la posibilidad de estimar el delito de asesinato como comisible por dolo eventual, ello ha sido solo en cuanto no cabe admitir la eventualidad o condicionalidad de las circunstancias que conforme el artículo 406 CP cualifican el homicidio, para convertirlo en aquel delito más grave. Pero si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena conciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vide Sentencia de 16 de marzo de 1981). En el supuesto de autos, es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido solo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquel, se produjera esta como se produjera. Y sabido es que la condición infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por sí misma una indefensión, constituye una de las modalidades de la alevosía, recogida ya en nuestro Derecho histórico por la circunstancia 3.ª del artículo 609 CP de 1822, que incluía en la definición del asesinato por alevosía el actuar contra persona indefensa, y destacada por la jurisprudencia de esta Sala, que especialmente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños (SSTS de 13 noviembre de 1991, de 17 de mayo de 1992, de 14 de enero, de 4 de febrero, de 2 abril de 1993, por citar las más recientes). Lo que aparece confirmado, como reflejo de la existencia en tal sentido de un claro sentimiento social, en el Proyecto de CP de 1992, cuyo artículo 21.1.º, actua-

lizando aquel criterio del primero de nuestros Códigos penales, define la alevosía agregando a la fórmula vigente la cláusula "o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa". Por todo lo que, dado el carácter esencialmente objetivo y no susceptible de ser ignorado de la condición infantil y desvalida de la persona sobre el que el acusado realizó su agresión, la alevosía, ya apreciada por la Sala a quo, concurre como cualificante de su conducta, ejecutada con dolo eventual de muerte».

No cabe sino compartir, por plenamente razonable, la anterior argumentación. Si el autor del homicidio se representó la eventualidad de causar la muerte y, aún no deseándola directamente, la aceptó al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de seis meses de edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos.

Por lo que no debe excluirse la agravante de alevosía, que está sin duda presente en la conducta de Manuel, no bajo las formas de «traición» ni de «ataque sorpresivo», sino en la más objetiva, descrita por la Jurisprudencia como característica más genuina de la «cobardía común», la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento (STS de 21 de junio de 1999).

No solo la corrección técnica de la compatibilidad de la agravante con el carácter del elemento culpabilístico (dolo eventual) es irreprochable, sino que la propia gravedad de la conducta enjuiciada lleva de modo plenamente natural a la calificación de los hechos, contenidos en la completa descripción de la Sentencia recurrida, como un delito de asesinato, tal y como interesa el Fiscal, en este caso desde su posición de recurrente, y de acuerdo con lo que ya se ha afirmado en resoluciones como la más arriba mencionada, de 4 de junio de 2001, que, en referencia al significado de la alevosía, enumera como elementos caracterizadores y justificativos de la misma, los siguientes: «a) En cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima. b) En cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar. c) Que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v., SSTS de 24 de mayo de 1982, de 10 de mayo de 1984, de 25 de febrero de 1987 y de 24 de enero de 1992)».

El Recurso, por todo ello, debe estimarse, procediéndose a dictar, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja, en forma adecuada, las consecuencias derivadas de esta estimación.

(Sentencia de 31 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 147

Lesiones. Autoría: la agresión conjunta de un grupo de personas hace responsables a todos los atacantes cuando era previsible el resultado y todos ellos emplean una violencia análoga en intensidad con la víctima, existiendo dominio funcional del hecho por todos

Único. [...] 2.-El motivo único del recurso de casación de Antonio R. C. se formuló al amparo del artículo 849.1.º LECrm y en él se denuncia la infracción del ar-

título 28, en relación con el artículo 147 CP y el principio *in dubio pro reo*. Considera el recurrente que existiendo la duda acerca de si la agresión de Antonio fue la que causó la fractura de Pedro, se debe proceder a la absolución, al estar dicha solución amparada por el principio general *in dubio pro reo*. Se estima también en el recurso que el solo hecho de que se mantenga en la sentencia: «El acusado Antonio debe responder, ya sea como autor directo, ya como cooperador necesario» implica conculcar el principio de culpabilidad, al no quedar plenamente fijada la acción típica que realizó dicho acusado.

Se critica en el recurso la unidad de acción que se atribuye en la sentencia a ambos acusados, padre e hijo, y la necesaria cooperación, que según la resolución, ambas conductas de Antonio y de Teófilo, tuvieron en el resultado:

A) En cuanto a la unidad de acción, se niega en el recurso que exista, por entender que hubo dos acciones sucesivas completamente diferentes y con resultados distintos, sin que la intervención del padre e hijo en los hechos fuese conjunta, indiscriminadamente y simultánea, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1987.

Antonio golpeó a Pedro una sola vez y luego se fue a atender a su hija, que estaba siendo desgarrada por el perro de la familia del agredido, por lo que la acción de Antonio se consumó en un solo acto, sin que interviniera en la preparación y en la ejecución el padre de Antonio, por lo que no se puede estimar la unidad de acción de ambos. La acción del padre, Teófilo R. L., fue posterior e independiente de la de su hijo, aunque fuese con un intervalo de poco tiempo, por lo que no es aplicable al caso la teoría del dominio funcional del hecho.

Entiende el acusado que el caso de autos no es el supuesto de que varias personas golpean a otra y no se pueden diferenciar sus acciones porque son simultáneas, indiscriminadas y conjuntas, por lo que la responsabilidad de los autores respecto al resultado del conjunto de las acciones es de solidaridad. Según el recurso, cuando se permite individualizar cada una de las acciones realizada por cada uno de los inculpa-dos, ello impide desde el plano normativo la imputación recíproca de los resultados lesivos.

Se cita por el recurrente la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1994, en la que de conformidad con la reforma operada por la Ley 8/1983, de 25 de junio, se ponen de relieve las exigencias de un Derecho Penal asentado en las garantías del principio de culpabilidad, que obliga a avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal y en desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. Según la citada sentencia, acorde con esta evolución, se abandona la doctrina que construye la solidaridad de los coautores sobre la base del resultado realmente producido por cualquiera de ellos e igualmente se ha superado el criterio del acuerdo previo de voluntades como justificante de la responsabilidad sobre todo lo posteriormente acontecido, aunque desborde lo conve-nido.

Con arreglo a la doctrina expuesta, considera el recurrente que deben abandonarse los criterios de solidaridad penal cuando las acciones lesivas no sean simultáneas e indiscriminadas, entendiendo que en el caso enjuiciado, aunque el resultado de cada acción no se ha determinado, ello no significa que las acciones no hayan sido distintas, y, por tanto, enjuiciable independientemente. Se estima en el recurso que las garantías del principio de culpabilidad exigen que, si no se tiene la certeza absoluta de que una acción produjo un resultado, se debe absolver al inculpa-do, petición que se reitera para Antonio R. C.

Según el recurrente, en el ámbito penal, fuera de los casos de agresiones simultáneas e indiscriminadas la duda sobre el resultado de cada acción debe conllevar la absolución, por la aplicación del principio general *in dubio pro reo* y el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sin que se puede decidir en función de la reparación del daño, que siempre tendrá la vía civil.

B) Tras exponerse en el recurso que Antonio R. C. no podía ser reputado autor directo de la lesión, se rechaza también que pueda ser considerado cooperador necesario.

Según el recurrente, para entender que la participación del mismo fue en calidad de cooperador necesario tendría que partirse del supuesto de que su acción produjo tal lesión, que sin tener el carácter de fractura, tuviera tal entidad que con el segundo golpeo facilitase la fractura del maxilar. Para considerársele cooperador necesario a Antonio R. C., tendría que ser posible aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non*, al reputar la actuación del cooperador necesario como una contribución causal a la comisión del delito. En el supuesto enjuiciado, para poder condenar a Antonio R. como cooperador necesario se debería de haber verificado que la posible lesión que pudiera haber provocado su acción hubiese contribuido a la fractura del maxilar. Sin embargo, se pone de relieve en el recurso que este hecho no se ha acreditado en ningún momento, porque tampoco quedó determinado en el informe del médico forense. Es más, según se afirma en el fundamento cuarto de la sentencia «el informe médico forense es rotundo al afirmar que no puede determinarse de forma exacta cuál de los golpes produjo la rotura».

Así, según el recurrente, la duda que se aprecia respecto de si Antonio R. fue el autor directo de la lesión, debe extenderse también y aplicarse en función del principio *in dubio pro reo*, respecto de su calificación como cooperador necesario.

3. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso, por entender que los dos golpes recibidos por el perjudicado, propinados por Antonio R. y por su padre, Teófilo R., contribuyeron de manera eficaz al resultado de la acción. Entiende el Ministerio Público que en el caso enjuiciado existe una actuación conjunta, aunque los golpes se produjeran de manera sucesiva, pues ambos agresores actuaron con la misma finalidad, producir lesiones en la persona agredida, aprovechando el segundo atacante el impacto producido por el primer golpe en la víctima del hecho, lo que podía considerarse como participación adhesiva.

4. En el motivo único del recurso de casación básicamente se impugnó que sea imputable a la acción del acusado Antonio R. C. el resultado de la fractura de la mandíbula de Pedro R. C., con lo que se censura la subsunción de los hechos enjuiciados en el artículo 147.1 CP, y la tipificación de los mismos como delito de lesiones, y también se impugna la atribución de autoría en el delito de lesiones a Antonio R. y la aplicación de las normas del artículo 28 CP a la participación de Antonio en la acción delictiva.

El motivo debe ser desestimado por las razones que seguidamente se exponen:

A) El tipo de recurso de casación utilizado, por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrM obliga a un total respeto al *factum* en la sentencia, y en este se expresa que a consecuencia de estas agresiones –refiriéndose a los puñetazos propinados por Antonio R. C. y por Teófilo R. L.–, Pedro R. sufrió lesiones consistentes en fractura de mandíbula inferior, por lo que los hechos probados revelan la relación de causalidad entre la agresión de Antonio y el deterioro óseo ocasionado a Pedro, lo que conlleva que la acción del acusado, integrada con el resultado produ-

cido, debe calificarse de delito de lesiones previsto en el apartado 1 del artículo 147 CP y la participación de Antonio deba considerarse integrante de autoría, de conformidad con el artículo 28 CP.

B) Con apoyo en el relato de la mecánica de la agresión dirigida contra Pedro R. C. contenido en el párrafo 2.º de la narración de los hechos probados, y en las afirmaciones expuestas en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida –que se recogen en el apartado 1 del presente fundamento– también se llega a la conclusión de que el puñetazo propinado por Antonio tuvo relevancia causal en la producción de la fractura de la mandíbula de Pedro R., bien porque efectivamente fuera tal golpe el originador de la rotura –opción admitida en el informe médico forense–, bien porque, en todo caso, aunque no ocasionara la fractura, la facilitó, al disminuir o anular la capacidad de reacción de Pedro, con lo que el segundo agresor Teófilo R. tuvo asegurada la efectividad de su acción; y

C) La agresión, por parte de Antonio y Teófilo, con sendos puñetazos consecutivos e inmediatos dirigidos a la mandíbula de Pedro R. C. fue un supuesto de ataque plural a la integridad física de una persona, no explícitamente concertado, pero tácitamente aceptado por los agresores, que, según jurisprudencia de esta Sala, manifestada en las Sentencias de 25 de marzo de 2000, y de 7 y 10 de noviembre de 2001, constituye a todos los del grupo en responsables de la lesión final originada por el ataque, si era previsible que ese resultado pudiera derivarse del tipo de agresiones llevadas a cabo. Según la última citada sentencia, en tales casos, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima. Conforme dicha sentencia, en los supuestos mencionados, el elemento subjetivo de la coautoría –acuerdo de voluntades– puede ser un convenio tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos casos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica.

La doctrina expuesta es claramente aplicable al supuesto enjuiciado. Debe entenderse que hubo una agresión plural, por parte de Antonio R. C. y de su padre, Teófilo R. L., no explícitamente concertada, pero tácitamente convenida contra Pedro R. C., que se concretó en ataques físicos análogos –sendos puñetazos dirigidos a la mandíbula inferior del agredido– y que debe determinar la imputación a Antonio –puesto que Teófilo falleció– de responsabilidad penal por las consecuencias de los golpes proporcionados, y la atribución por tanto de autoría, del artículo 28 CP, en el delito de lesiones del artículo 147.1 del mismo Cuerpo legal.

(Sentencia de 11 de noviembre de 2002)

ARTÍCULO 150

Deformidad: la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias es considerada deformidad. Parámetros a tener en cuenta para excepcionalmente no apreciar deformidad en supuestos de rotura de piezas dentarias. Acuerdo de Pleno de 19 de abril de 2002

Primero.–La sentencia impugnada condena al acusado como autor de una falta de lesiones del artículo 617 1.º del Código Penal de 1995, absolviéndole del delito de lesiones con deformidad, del artículo 150 del mismo texto legal, que le imputaba el

Ministerio Público. Frente a la misma se alza el recurso del Ministerio Fiscal fundado en un solo motivo, por infracción de ley, que interesa ahora la condena del acusado como autor de un delito ordinario de lesiones del artículo 147. Señala el Ministerio Público que aunque la rotura parcial de un incisivo, reconstruida odontológicamente, no se considere deformidad, al menos debe dar lugar a la condena por delito y no por falta, dado que dicha reconstrucción odontológica implica tratamiento médico.

Segundo.—El recurso debe ser estimado, en aplicación del criterio uniforme aprobado por esta Sala en su reunión del pasado 19 de abril. En efecto en la Sala General celebrada para unificación de criterios en relación con la valoración como deformidad de la pérdida o rotura de alguna pieza dentaria, se acordó, tras un prolongado y meditado debate, que «la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP/1995 (deformidad). Este criterio, sin embargo, admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a las posibilidades de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta».

La valoración de la pérdida o rotura de incisivos como deformidad es conforme con una doctrina jurisprudencial, muy consolidada, que considera como deformidad la pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético o, dicho con la expresión de la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1996, «toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos». Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el Legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad, en los que la pena legalmente predeterminada resulta desproporcionada.

Tercero.—En la doctrina de los Tribunales Provinciales se solventan, en ocasiones, estos supuestos de menor entidad, atribuyendo el resultado lesivo a mera imprudencia, y construyendo un concurso ideal entre delito doloso de lesiones del artículo 147 y delito imprudente de lesiones del artículo 152.3.º, en relación con el 150.

Esta solución no parece convincente. Resulta dogmáticamente muy difícil sostener que cuando se golpea a alguien en el rostro con intención de lesionarle, pueda diferenciarse entre un dolo de lesionar y otro también de lesionar, pero un poco menos. Por otra parte, la doctrina de esta Sala (Sentencias de 27 de diciembre de 1982, de 24 de octubre de 1989, de 23 de abril de 1992, de 6 de junio, de 30 de junio y de 26 de julio de 2000, de 19 de octubre de 2001, entre otras) viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

Cuando se golpea en la boca a una persona, con el puño, con un instrumento contundente o incluso con la cabeza, como sucedió en el caso actual, quien lo hace con intención de lesionar es plenamente consciente del riesgo concreto que ocasiona de provocar la pérdida de piezas dentarias, por lo que si actúa con dicha conciencia ello implica, al menos, la aceptación del resultado y por tanto la concurrencia del dolo eventual.

Cuarto.—La solución adecuada para los supuestos de menor entidad no puede obtenerse, por tanto, obviando el criterio jurisprudencial del dolo eventual sino asumiendo que estos supuestos deben quedar típicamente excluidos de la agravación, a través de una interpretación adecuada del subtipo agravado, sujeta al fundamento material de su incriminación.

Desde la perspectiva antes enunciada del principio de proporcionalidad, como deformidad debe calificarse únicamente aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad, ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refería la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo en Sentencias de 29 de enero de 1996 y de 22 de enero de 2001.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido por el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros. En primer lugar, la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

En segundo lugar, las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo, la reciente Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2002, ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir que se trataba de una pieza «ya deteriorada y recompuesta».

Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado. No resulta proporcionado imponer una elevada pena de prisión a quien ha ocasionado una ligera deformidad, fácilmente reparable a través de procedimientos usuales, accesibles a todos, y que en consecuencia no va a tener carácter permanente.

Quinto.—Aplicando esta doctrina al caso actual, fácilmente se aprecia que el criterio del Tribunal sentenciador al descartar la aplicación del artículo 150 interesada por el Ministerio Fiscal, es acertado. En efecto nos encontramos ante un supuesto de rotura parcial de un incisivo, rotura que ha sido reparada mediante una «reconstrucción» odontológica, que por el importe acreditado de la misma (siete mil ptas.) ha tenido que ser necesariamente sencilla, usual y, desde luego, accesible. El resultado ocasionado no alcanza la entidad de deformidad relevante y permanente exigible para la aplicación de la grave penalidad prevenida en el artículo 150 CP/1995.

Ahora bien, como también se destaca en el acuerdo de esta Sala de 19 de abril, citado, «en todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta». En efecto, la exclusión de la aplicación del tipo agravado no puede conducir, en un salto injustificado, a prescindir también del tipo básico de lesiones, es decir, del artículo 147 CP. Es claro que la reparación de una rotura parcial de un incisivo, realizada inevitablemente por odontólogo, constituye un tratamiento médico, que va más allá de la primera asistencia requerida por cualquier golpe o traumatismo. Constituye dicha reparación una actividad terapéutica, dirigida al restablecimiento del estado anterior de una pieza anatómica, que ha sido perjudicada o dañada por una acción lesiva que debe ser curada, y también encaminada a prevenir cualquier perjuicio o

enfermedad que pudiera provenir del mantenimiento de una situación de rotura, que facilita la acción de cualquier agente agresivo. En consecuencia, nos encontramos ante un delito de lesiones, y no ante una simple falta.

En definitiva, procede estimar el recurso, sancionando el hecho como delito básico de lesiones, y no como falta.

(Sentencia de 19 de junio de 2002)

ARTÍCULO 153

Malos tratos habituales. Doctrina general: bien jurídico protegido. Improcedencia de apreciar la agravante de alevosía al no tratarse de un delito contra las personas e incompatibilidad con la de parentesco. Homicidio tentado cometido por la madre en comisión por omisión

Octavo.—El sexto motivo de recurso, también por infracción de ley impugna la aplicación del artículo 153 CP/1995, delito de violencia doméstica o malos tratos habituales. Nuevamente argumenta el recurrente partiendo de un relato fáctico distinto al establecido por la sentencia de instancia, por lo que el motivo carece de fundamento.

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

Conviene recordar aquí la referida doctrina, pues servirá de base no solo para la desestimación de este motivo casacional, sino también para el análisis y resolución de los planteados por el Ministerio Público.

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

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

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

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (nuevo Código Penal), en su artículo 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del artículo 425 del anterior

Código Penal con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o convivente y sobre ascendientes.

b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.

c) Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona «ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo.

d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el artículo 94 del Código Penal, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del artículo 94 –dentro del capítulo III del título III «de las penas»–, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

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

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

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

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

Como conclusión de este resumen legislativo, destaca la repetida Sentencia de 24 de junio de 2000, que puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, preci-

samente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –artículo 15– y en el derecho a la seguridad –artículo 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.

Coherentemente con este enfoque, destaca la repetida Sentencia de 24 de junio de 2000, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

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

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

Y asimismo lo expresado por la Sentencia de 5 de marzo, que destaca que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP 1995, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es

claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *ne bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del artículo 67 CP.

Noveno.—Como consecuencia de lo expuesto, es claro que debe desestimarse el motivo que denuncia indebida aplicación al caso del tipo penal definido en el artículo 153 del Código Penal. La reiteración de agresiones lesivas (cuatro han resultado probadas), cometidas por el recurrente sobre una niña de dos años, hija de su compañera sentimental y que convivía con ambos, integra un comportamiento de violencia física habitual gravemente atentatorio contra la pacífica convivencia familiar, que debe ser sancionado con arreglo a este precepto, con independencia de las sanciones adicionales que correspondan por cada una de las agresiones lesivas realizadas, como delitos o faltas contra la vida e integridad física de la menor, individualmente consideradas.

Décimo.—El séptimo motivo de casación denuncia supuesta infracción de ley por violación del artículo 617 1.º del Código Penal en las condenas por faltas. El desarrollo del motivo insiste en negar los hechos declarados probados, por lo que debe ser desestimado al constituir un requisito ineludible de este cauce casacional el respeto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Undécimo.—El primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal interesa la aplicación de la agravante de alevosía en el delito de violencia doméstica del artículo 153 para ambos acusados.

El motivo no puede ser estimado. Como ya hemos señalado, la doctrina de esta Sala ha ratificado que el delito de malos tratos familiares constituye un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, afirmando también que los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo, hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese, no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*), sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad.

Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida, es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas —únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al artículo 22.1.º CP/1995— sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de malos tratos habituales, se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*.

Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará, en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta. En el supuesto

actual, como se analizará seguidamente, procede la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, que fue la expresamente solicitada por el Ministerio Público, en el delito de homicidio intentado.

Asimismo, en los delitos de violencia doméstica el Tribunal *a quo* podrá tomar en consideración en cada caso las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión (art. 66.1.º CP/1995), si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente, sin necesidad de que dichos modos de ejecución integren circunstancias modificativas específicas propias de los delitos contra las personas.

Duodécimo.—El segundo motivo del recurso del Ministerio Público interesa la aplicación de la agravante de abuso de superioridad al agresor material en el delito de homicidio intentado.

El motivo debe ser estimado. La Sala sentenciadora no aplica esta circunstancia de agravación por entender que dada la edad de la menor y su total desvalimiento, la agravante que correspondería sería la de alevosía, que no puede aplicarse porque no ha sido peticionada y por su discutible compatibilidad con el dolo eventual. Precisamente esta última consideración es la que llevó a la acusación pública a prescindir de la alevosía, pero ello no excluye en absoluto que, dado el manifiesto desequilibrio de fuerzas y su aprovechamiento por el acusado, se aprecie la agravación de abuso de superioridad.

Décimotercero.—El tercer motivo del recurso interpuesto interesa la aplicación de la agravante de parentesco en el delito de homicidio intentado para la madre de la menor.

El motivo no puede ser estimado, debiendo ratificarse el criterio del Tribunal de instancia que excluye la aplicación de esta agravante en el delito cometido por omisión, por estimar que ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la «posición de garante» respecto de su hija.

Como recuerda la Sentencia de 4 de abril de 2001, la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide, así como los efectos sobre la víctima. En términos de la STS de 26 de junio de 2000, la agravación «aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura».

Por ello, hemos declarado que junto a los dos requisitos que el Ministerio Fiscal expone, la existencia de la relación parental y el conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir como elemento subjetivo la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina (Sentencia de 4 de abril).

Pues bien, son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 CP/1995, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión.

Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio *non bis in idem*.

Es cierto que esta Sala ha aplicado en alguna ocasión la agravante de parentesco en condenas por omisión a quien se encontraba en posición de garante parental, como sucede en la sentencia citada por el Ministerio Público de 15 de abril de 1997, pero se trata de resoluciones aisladas en las que no se plantea el problema de la eventual absorción ahora resuelto expresamente, y además la agravante se aprecia al amparo de la apreciación simultánea de una eximente incompleta que disminuye la culpabilidad. Por el contrario en otras resoluciones más numerosas dicha agravación no se aprecia (SSTS de 27 de junio de 1997, de 27 de octubre de 1997, de 19 de octubre de 2000). Concretamente en esta última se casa la sentencia de instancia para suprimir la agravante de parentesco en la madre condenada por imprudencia por la muerte de su hija, por estimar que «la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación», justificación igualmente aplicable a los supuestos de comisión por omisión.

En definitiva, la apreciación de la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación.

(Sentencia de 22 de enero de 2002)

ARTÍCULO 155

Consentimiento del ofendido en el delito de lesiones: requisitos. Lesiones consentidas por mujer causadas durante prácticas sexuales sadomasoquistas. Constituyen métodos peligrosos causar quemaduras, esposamiento, sujeciones manuales intensas y agresiones en el curso de prácticas sexuales sadomasoquistas

Segundo.—Por el primer motivo en el que se pretende la infracción de los artículos 147 y 148 del Código Penal, debemos abordar los dos temas que invoca el recurrente: la inexistencia de dolo eventual y la inconcurrencia del subtipo agravado definido en el artículo 148.1.º del Código Penal.

Para dar respuesta casacional a ambos submotivos, dada la vía elegida por el recurrente, hemos de partir de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, en la parte sustancial que ha sido combatida.

En efecto, el acusado y la lesionada, Angélica B. P., súbdita holandesa, habían mantenido en el pasado una relación sentimental, con un período no determinado de convivencia marital, en 1994; tiempo más tarde, rota tal relación e iniciada otra (por la perjudicada), vuelven a encontrarse, y en la tarde del día 19 de julio de 1997, regresa al domicilio de Javier C. I. (acusado), «y una vez allí, puestos de común acuerdo, tuvieron relaciones sexuales, de duración no concretada; en el transcurso de las mismas, y sin que se haya acreditado que Angélica ingiriera sustancias estupefacientes, y, puestos de común acuerdo Javier y Angélica, el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de las mismas, causar lesiones a Angélica, como así resultó». En el fundamento jurídico cuarto, y con valor de relato factual, se describen tales métodos que producen sujeción en las muñecas, más sujeción manual con fuerte presión y otras veces suje-

ción digital y, por último, empleo de fuentes de calor, que la Sala sentenciadora deduce de la prueba pericial practicada en el proceso penal y que «implican necesariamente un peligro para la salud física y psíquica de la víctima».

Las lesiones causadas fueron las siguientes: equimosis de gran tamaño en las escápulas y en la región dorso lumbar con zonas erosionadas a este nivel en línea media; equimosis redondeadas en ambos lados de la zona sacra, en disposición vertical, en dos columnas de tres; equimosis en la región deltoidea izquierda; dos equimosis redondeadas en la cara posterior del brazo izquierdo; equimosis en la cara interna del codo izquierdo, dos equimosis redondeadas en la cara anterior del brazo izquierdo; equimosis difusa, mal delimitada a modo de brazaletes; zona equimótica difusa, en la cara posterior del dorso de la muñeca y mitad superior del dorso de la mano izquierda; pequeñas equimosis redondeadas en la cara anterior del muslo izquierdo; zona eritematosa de límites mal definidos en la mama derecha, encima de la areola mamaria; pequeña ulceración puntiforme de 2-3 mm de diámetro, una en el dorso del antebrazo izquierdo y otra en el dorso del antebrazo derecho; equimosis extensa en la rodilla izquierda, y presentaba tumefacción eritematosa de la mucosa del conducto vaginal, orificio vaginal y clítoris. De dichas lesiones tardó en curar trescientos once días que precisó atención médica, y de los que treinta días estuvo incapacitada laboralmente, teniendo como secuela un estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico, persistente en el reconocimiento médico forense, y que presumiblemente desaparecerán con el tiempo.

La Sentencia recurrida parte de la calificación del dolo en el autor, como de eventual, manejando la teoría de la imputación objetiva, como condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, pues aquel ha ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

El recurrente reprocha la calificación del dolo como eventual, pero sin ofrecer más alternativa que su inexistencia, e incide sobre que las lesiones son leves. Sobre esto último, a la vista de lo declarado por el *factum* de la resolución judicial recurrida, no puede sostenerse mínimamente. Con relación al dolo, el recurrente da por sentado que dichas lesiones se causaron intencionadamente por el acusado, pero validadas por el consentimiento de la víctima, que aprobaba las relaciones sexuales sadomasoquistas, de manera que, en dicha tesis, no tendría intención de lesionar, sino de satisfacer los deseos de su pareja, causándole males de los que podía obtenerse en cierto modo una especie de culminación libidinosa.

Ciertamente, el nuevo Código Penal, en el artículo 155, concede efectos penológicos atenuados al consentimiento en las lesiones, cuando ha sido prestado válidamente, libre, espontáneo y expresamente emitido por el ofendido, con rebaja de la pena inferior en uno o dos grados, salvo que sea prestado por un menor de edad o un incapaz. Este precepto, aun no habiendo sido expresamente alegado por el recurrente, siendo un motivo por infracción de ley debe ser valorado y, en su caso aplicado, por esta Sala Casacional.

Retomando, pues, el contenido del recurso casacional, la consideración del dolo como eventual no puede mantenerse en esta instancia, sin que este razonamiento suponga merma alguna de las posibilidades defensivas de las partes, ni reforma peyorativa de clase alguna. En efecto, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta

Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la Sentencia de 23 abril 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que con diversas intensidades ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. Añade dicha sentencia que “la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor”».

En el caso, sin embargo, no puede mantenerse tal posibilidad representativa, ya que las lesiones se causaron por el agente de forma «querida» e «intencionalmente perseguida», sin que pudiera representarse de modo alguno que no se iban a producir, dados los métodos empleados, y la intensidad con que se utilizaban, vertiéndose la hipotética idea representativa exclusivamente en el consentimiento de la víctima, no en los actos ejecutivos, que, desde luego, fueron intencionalmente queridos por el autor. De manera que el dolo no es eventual, sino directo; dicho lo cual, naturalmente en esta infracción punitiva, ninguna trascendencia penológica puede operar, siendo una cuestión dogmática.

En cambio, tiene importancia el consentimiento prestado por la víctima. En efecto, el relato factual explica que «puestos de común acuerdo Javier y Angélica, el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de los mismos, causar lesiones a Angélica, como así resultó».

La agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma voluntaria y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. No existe, pues, elemento alguno para dejar de aplicar el contenido del artículo 155 del Código Penal, que introduce en nuestra legislación punitiva el consentimiento en las lesiones, fuera de la exención de responsabilidad criminal en los casos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, a que se refiere el artículo 156 del Código Penal, y con anterioridad el artículo 428.2.º del Cuerpo Penal derogado y la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985.

El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el artículo 15 de la Constitución Española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquella fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro Código Penal ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el artículo 428 bajo la tesis de que «las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere el consentimiento del lesionado». Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado artículo 428, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que en 1989 (21 de junio) se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida al Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1994, de 14 de julio). Por último, el nuevo Código Penal introduce el consentimiento en el artículo 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el artículo 156, con técnica mejorada.

En el artículo 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 25 del propio Código Penal; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el artículo 15 de nuestra Carta Magna; c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación de tal consentimiento.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el consentimiento prestado por persona mayor de edad y que se proyecta en el curso de unas relaciones sexuales con prácticas sadomasoquistas, cumple todos esos requisitos, aunque lo reprochable de tales lesiones con afectación física en la ofendida pueda tener incidencia en la dosificación penológica, que permite ajustar el propio artículo 155 del Código Penal.

Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la Ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aun contando con tal consentimiento (sin embargo, no viciado, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional).

La aplicación del contenido de dicho precepto (artículo 155) supone la estimación de este apartado del motivo, dictándose a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

Tercero.—Con relación al segundo apartado del motivo, y que pretende la indebida aplicación del artículo 148.1.º del Código Penal, por no tratarse —los empleados— de medios o métodos concretamente peligrosos para la vida o salud, física o mental, del lesionado, el reproche casacional debe desestimarse.

En efecto, si bien con deficiente exposición pormenorizada, existe en el relato factual elementos de donde deducir la existencia de tales métodos peligrosos; en el *factum* se explica que se emplearon objetos suficientes para la causación de las múltiples lesiones producidas en la ofendida, pero fundamentalmente se expresa que fueron fruto de «prácticas sadomasoquistas». La jurisprudencia de esta Sala únicamente se ha ocupado de tales prácticas en las Sentencias de 8 de mayo de 1989 y de 18 de marzo de 1991 (en ambas, por delito de asesinato) y de 12 de enero de 1995 (en el marco de la prostitución). Pero tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del consentimiento (en los términos anteriormente expuestos).

Tales métodos (quemaduras, latigazos, esposamientos, sujeciones manuales intensas, agresiones, etc.) integran sin esfuerzo alguno el subtipo agravado que se describe en el número primero del artículo 148 del Código Penal, que se correlaciona con formas o métodos concretamente peligrosos para la salud, física o psíquica, del lesionado. En el caso, las lesiones tardaron en curar trescientos once días, con treinta días de incapacidad laboral, y produjeron como secuela «estrés postraumático que precisó

tratamiento psicológico y psicoterapéutico», conformando tal riesgo tanto para su salud física como psíquica, por lo que el motivo, en este apartado, se desestima.

(Sentencia de 5 de junio de 2002)

ARTÍCULO 156

Ginecólogo que practica una intervención quirúrgica para esterilizar a persona declarada incapaz, sin cerciorarse de la existencia de la preceptiva autorización judicial: hechos insuficientes para calificar los hechos como constitutivos del delito

Tercero.—Los motivos primero y segundo, ambos por error de derecho, pretenden combatir la calificación jurídica de los hechos enjuiciados hecha por el Tribunal de instancia.

Sostiene la parte recurrente en el primero de los motivos, en apoyo de su tesis: a) que ha de ponerse en duda que la intervención quirúrgica practicada haya producido el resultado dañoso de la esterilización, porque la joven sometida a la referida intervención quirúrgica puede tener hijos, bien por fallo del método anticonceptivo utilizado, bien mediante técnicas de reproducción asistida, bien mediante nueva intervención quirúrgica, y porque «no hay ninguna prueba ni indicio de que la intervención quirúrgica practicada haya causado alguna lesión o daño o pudiera ser de algún modo perjudicial para» dicha joven, y, b) porque «tampoco se acredita la existencia de un ánimo o intención de lesionar», porque el médico recurrente «ignoraba el requisito previo de la autorización judicial para la práctica de esterilizaciones [...] para estos supuestos» y «no existían instrucciones o protocolos de actuación para los mismos», destacando, además, que la referida intervención quirúrgica «se le había encomendado el día anterior en el parte de quirófano».

En el segundo motivo, se alega que «los hechos declarados probados en la sentencia acreditan la existencia de un error invencible». Si el otro acusado, Director Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia, desconocía la exigencia de la autorización judicial para este tipo de intervenciones quirúrgicas y no había impartido instrucción alguna sobre el particular, el hecho de que el aquí recurrente desconociese también tal exigencia debe considerarse constitutivo de un error invencible.

El Tribunal de instancia declara acertadamente en su sentencia que el resultado de la intervención quirúrgica de autos produjo una verdadera esterilidad, con independencia de que la ligadura de trompas fuere, con mayor o menor dificultad, reversible; afirmando que, como consecuencia de ella, la joven incapaz «quedó privada de su capacidad de concepción y, por ende, estéril» (véase F. 2.º).

Por lo demás, afirma también dicho Tribunal que en el presente caso concurre también el «dolo de lesionar», no el denominado *dolus malus*, sino el denominado por la doctrina «dolo natural» o «neutro», «en los términos en que viene recogido en nuestra norma penal» (véase F. 2.º). En efecto, el artículo 5 del Código Penal establece que «no hay pena sin dolo o imprudencia», y es patente que la intervención quirúrgica causante de la esterilidad de la joven incapacitada no se produjo por ninguna intervención descuidada o negligente del cirujano que practicó la «salpingoligadura» (véase HP), por cuanto lo que realmente se propuso llevar a cabo el cirujano fue precisamente la ligadura de trompas de la joven con objeto de dejarla estéril.

Consiguientemente, el daño (la esterilización de la joven) y la voluntad de producir tal resultado por parte del acusado no pueden ser cuestionados en el presente caso.

El problema de la calificación jurídica de la conducta del Doctor C., tal como ha sido planteado en la sentencia recurrida, se centra en el requisito previsto en el artículo 156, párrafo segundo, del Código Penal, en el que se establece –según se dice en la misma– una «condición de no punibilidad», «consistente en la existencia de “autorización judicial” previa», requisito que, de modo patente, no concurre en el presente caso, y respecto del cual la Sala de instancia estima que en la conducta del referido acusado ha concurrido un «error de prohibición» «vencible» (artículo 14.3 del Código Penal). No cabe la menor duda de que –de admitirse la concurrencia de un error de prohibición sobre el particular– lo que no puede admitirse es que el mismo tuviera el carácter de invencible, dada la condición de médico especialista en ginecología de este acusado, como acertadamente se razona también por la Audiencia (véase F. 3.º).

Desde la perspectiva examinada, hemos de admitir que, en principio, no es posible la estimación de estos dos motivos de casación por infracción de ley. No obstante lo cual, teniendo en cuenta la inequívoca voluntad impugnativa del recurrente, es preciso examinar el problema aquí planteado desde la perspectiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); partiendo, claro está, del pleno respeto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, integrado en su caso con las referencias fácticas recogidas en los fundamentos jurídicos de la resolución judicial, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia de esta Sala sobre el particular.

Desde esta perspectiva, lo primero que llama la atención es la parquedad del relato fáctico que, en cuanto al aquí recurrente se refiere, se limita a decir que el mismo llevó a cabo la esterilización de una joven incapacitada, a petición de su madre, sin cerciorarse de la existencia de la preceptiva autorización judicial, sin más precisiones (véase HP). Nada se consigna acerca de que el Doctor C. era un médico interino del Hospital Clínico de San Carlos, integrado en el Departamento de Ginecología y Obstetricia del que era Director Jefe el otro acusado, y de que por la Dirección le fue encomendada la intervención quirúrgica de autos la víspera de la fecha señalada para su práctica. Nada se consigna tampoco sobre la intervención de otros facultativos en la decisión de practicar la referida intervención, ni sobre la estructura y organización del Departamento, ni de sus distintos Servicios o Unidades, ni acerca del expediente abierto a la joven incapacitada, ni sobre el facultativo que ordenó incluir en el programa de intervenciones del día de autos la cuestionada intervención. No puede considerarse una exigencia obligada para el cirujano encargado de practicar una intervención quirúrgica que, antes de hacerlo, deba comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para llevarla a cabo (entre ellos el de la autorización judicial en estos casos). Tiene razón el acusado cuando afirma que «él no podía suspender o retrasar la intervención quirúrgica allí, ya en el quirófano», pues «él tendría que presumir que cuando la paciente es llevada al recinto operatorio es porque ya se han cumplido todos los requisitos necesarios para ello» (véase F. 3.º), y ello, con independencia de que él ignorase que para dicha intervención era precisa la previa autorización judicial.

Es evidente que el relato fáctico de la sentencia recurrida carece de los elementos de juicio necesarios para la calificación jurídica de la conducta enjuiciada, por carecer de un buen número de extremos fácticos de la mayor relevancia que, en buena lógica, deben considerarse absolutamente precisos para llevarla a cabo; sin que el

examen de los autos (véase art. 899 LECrM) pudiera permitir, en último término, llegar a mayores precisiones, habida cuenta de la instrucción practicada.

En atención a lo expuesto, este Alto Tribunal estima que los hechos que se recogen en el *factum* de la sentencia recurrida son de todo punto insuficientes para llevar a efecto, como ha hecho la Audiencia Provincial, la calificación jurídica de la conducta realizada por el acusado señor C. el día de autos en relación con la joven incapaz Alicia M. P. Por tanto, debemos apreciar la infracción de ley denunciada en el primero de los motivos de este recurso, que consiguientemente debe ser estimado, lo que hace innecesario cualquier pronunciamiento respecto del segundo.

B. Recurso del acusado Manuel E. F.

Cuarto.—Por la representación de este acusado, se ha formulado un único motivo de casación, por infracción de ley, que ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En él se denuncia la «aplicación indebida del artículo 149 en relación con el 156 del Código Penal».

Dice la parte recurrente, en el breve extracto del motivo, que «el juzgador incurre en una clara incongruencia en la sentencia al condenar como delito doloso la conducta que el mismo describe como imprudente», cuando «del relato fáctico no se deduce el dolo».

«El profesor E. F. —se dice— es el Jefe del Departamento donde se realizó la ligadura de trompas [...]. Las funciones del Jefe del Departamento en los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, es el caso del Hospital Clínico de San Carlos, vienen reguladas en el Real Decreto 521/1987 [...], en esta norma se dice textualmente en la disposición transitoria tercera: en los Hospitales donde existan Jefes de Departamento [...] corresponderá a sus titulares [...] la coordinación de los servicios integrados en ellos».

Destaca la parte recurrente que «se dice en la sentencia de la Audiencia que: Manuel, es obvio, no participa materialmente en la intervención quirúrgica esterilizante. Incluso debe admitirse, porque no se ha aportado prueba alguna que permita afirmar lo contrario, que era del todo ignorante de la práctica de la misma, como el propio procesado sostiene».

Se afirma también, después, que «entre las funciones del profesor E. no estaba el dar instrucciones al personal sobre los requisitos legales que exigía una ligadura de trompas a una persona con el síndrome de Down, pero en el caso hipotético de que hubiese tenido estas funciones, el no dar las instrucciones a que se refiere la sentencia sería una conducta imprudente, jamás dolosa». Mas, «para que se dé imprudencia se requiere la omisión de una obligación y aquí no había ninguna obligación que se omitiese».

En la organización hospitalaria —se añade—, «las secciones son las unidades bases con autonomía propia y entendemos que al igual que en la Sección donde atendieron primeramente a la joven [...], fue donde le pidieron por dos veces a la madre el consentimiento para operarla, allí debió ser donde le debieron pedir el requisito de la autorización judicial». Como lógica consecuencia de ello, entiende la parte recurrente que es en el nivel de la Sección donde, en principio, se agotan las responsabilidades asistenciales, «puesto que para que puedan alcanzar al Jefe del Departamento [...] es preciso que el Jefe de la Sección o Unidad decida personalmente someter el caso al estudio de la Sesión Clínica diaria, entendiéndose que cuando no opta por esta vía decide personalmente, para lo que está completamente facultado y asume todas las responsabilidades». En este sentido, «el Jefe de Sección o Unidad pidió [...] la inclusión de la enferma en el programa de intervenciones de una fecha determinada y el día anterior

a la fecha de la operación el profesor E. u otro médico, entre los Jefes de Servicio, confeccionaron el programa de intervenciones quirúrgicas al no haber sido incluido en el mismo ninguna observación por parte de los Jefes de Sección o Unidad que intervinieron en el caso».

Por lo demás, «está perfectamente probado en autos que cuando el profesor E. hace el programa de intervenciones habían visto a la paciente seis o siete médicos y ninguno le comentó o le informó de su síndrome de Down y ninguno consideró las especiales circunstancias del caso para llevarlo a Sesión Clínica, que es donde se comentan, como decimos, los casos especiales».

Nuevamente hemos de poner de relieve aquí la parquedad del relato fáctico en cuanto se refiere ahora a la intervención del doctor E. en el hecho enjuiciado, ya que se limita prácticamente a decir que el mismo era el Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Clínico de San Carlos y que, en su función de coordinador de los Servicios de él dependientes, no había dado las instrucciones oportunas al personal a su cargo para el cumplimiento, en supuestos como el enjuiciado, del referido requisito previo de la autorización judicial, al ignorar la necesidad del mismo.

Es de destacar también que, en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la resolución recurrida, el Tribunal de instancia reconoce expresamente que el doctor E. no participó materialmente en la intervención quirúrgica esterilizante y que «era del todo ignorante de la práctica de la misma».

Se echa en falta, una vez más, una descripción fáctica más rica en detalles. Para enjuiciar debidamente el caso –hemos de reconocerlo– hubiera sido preciso que se describiese detalladamente la estructura y organización del hospital, las funciones de los Jefes de Departamento y de los Jefes de Servicio o Unidad, la Sección del mismo donde fue atendida la joven incapaz, el proceso seguido en ella, los facultativos que la atendieron, sus actuaciones y decisiones, quién dio la orden de intervención, etc. Nada de esto consta en la resolución combatida.

Toda la responsabilidad del aquí recurrente se hace depender de que el mismo no había dado las instrucciones oportunas al personal a su cargo para el cumplimiento, en los casos procedentes, del requisito de la autorización judicial, lo que se atribuye a que ignoraba la necesidad de esta.

Llegados a este punto, es preciso destacar que, en el caso enjuiciado, el profesor E. no tuvo intervención concreta alguna: «era del todo ignorante» de la práctica de la intervención quirúrgica esterilizante, y que el Tribunal sentenciador no ha razonado en forma alguna por qué el Jefe del Departamento tenía la obligación de dar instrucciones concretas para el supuesto de intervenciones esterilizantes a personas incapacitadas, cuando la exigencia de la previa autorización judicial está legalmente establecida y debe formar parte de la formación profesional de los correspondientes especialistas, y de modo especial de aquellos que tengan la condición de profesores. Dado, pues, que en el presente caso la joven incapacitada fue atendida en un determinado Servicio –del que nada se concreta, como tampoco de los facultativos que la examinaron–, y que hubo de ser lógicamente en dicho Servicio donde se tramitó el oportuno expediente y donde, en último término, se acordó la práctica de la referida intervención quirúrgica, es preciso concluir que ninguna responsabilidad criminal cabe imponer al aquí recurrente. Por consiguiente, al calificarse su conducta en la forma que se ha hecho en la resolución combatida, es patente que se ha producido la infracción legal denunciada.

Procede, en conclusión, la estimación de este motivo.

(Sentencia de 1 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 163

Supuestos en que el delito de detención ilegal no es absorbido por el delito de robo con intimidación

Único.—[...] No se puede compartir el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de que los hechos enjuiciados, cuya calificación tanto por el Ministerio Fiscal como la acusación particular lo fue de delito de robo con toma de rehenes previsto en el artículo 501.4 del Código Penal de 1973, constituya un único delito de robo con intimidación, entendiéndose, aunque no lo dice, que las detenciones ilegales quedaron absorbidas por el delito de robo. Ello explica que el Tribunal sentenciador considere más favorable al acusado el nuevo Código Penal, lo que indudablemente no sería el caso si se hubiera tenido en cuenta que las privaciones de libertad de cinco víctimas constituía otras tantas figuras delictivas contra la libertad de movimientos en su modalidad de detención ilegal.

Ciertamente, el supuesto enjuiciado constituye un ejemplo evidente de robo con toma de rehenes para facilitar la ejecución del delito, previsto en el artículo 501.4 del Código Penal de 1973, ya que los acusados, como claramente se recoge en el relato de hechos que se declaran probados, amordazaron y maniataron a tres jóvenes que se encontraban en el domicilio del señor R. y una vez que llegó el titular y su esposa, igualmente fueron amordazados y maniatados, exigiendo al titular que les entregase las llaves y las claves del sistema de alarma de la oficina donde estaba situada la entidad mercantil de la que era gerente lo que se consiguió tras amenazarle con llevarse a una de sus hijas y ponerle un objeto metálico en el pecho con apariencia de ser una pistola. Igualmente le exigieron la entrega de las llaves de una caja de caudales y mientras quedaban los cinco detenidos en el interior de la vivienda los acusados se trasladaron a la oficina y consiguieron apoderarse de más de cinco millones de pesetas. Igualmente se apoderaron de diversos efectos del interior de la vivienda. La privación de libertad de los moradores de la vivienda se inició sobre las veinte horas y se prolongó hasta pasada la una de la madrugada del día siguiente.

La toma de rehenes que es uno de los supuestos alternativos del artículo 501.4.º del Código Penal, significa la sujeción directa o pendencia inmediata de una persona o personas respecto de los delincuentes como prenda o garantía del buen fin de la acción criminal, y es precisamente el riesgo o peligro que crea para dichas personas, escudo de los autores del hecho, lo que justifica la agravación penal dentro de las previstas en el artículo 501 citado.

El Código Penal de 1995 elimina esta figura delictiva compleja si bien ello no quiere decir que sea exclusivamente sustituida por un delito de robo con intimidación, aunque sea agravado por uso de armas, ya que ello únicamente ocurrirá cuando la detención o privación de libertad haya durado el tiempo imprescindible para cometer el delito contra la propiedad; por el contrario, cuando una persona es privada de su libertad ambulatoria por tiempo claramente superior al normalmente necesario para llevar a cabo la acción depredatoria mantiene la detención ilegal su propia autonomía que no es absorbida por el robo; así, tiene declarado esta Sala —cfr. Sentencias de 20 de diciembre de 1999, de 11 de septiembre de 1998 y de 6 de julio de 1998, entre otras— que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el «modus operandi» de que se trate (Sentencia de 23 de mayo de 1996). No sucede lo mismo

cuando una persona es retenida en un tiempo que excedía el que fue preciso para efectuar la sustracción. Si ha habido supresión dolosa de la libertad de movimientos con cierta duración en el tiempo, ello permite afirmar su autonomía con relación al delito de robo en el que no queda subsumida.

En el supuesto que examinamos, además de ser, por lo antes expuesto, un ejemplo claro de robo con rehenes, de aplicarse el Código Penal de 1995 esa privación de libertad que afecta a cinco personas, no queda absorbida por el delito de robo.

Ciertamente es así en cuanto la privación de libertad se prolongó durante un tiempo superior a cinco horas que superaba en mucho del que era necesario para sustraer los objetos y dinero que había en el domicilio y que incluso excedió del que se precisaba para apoderarse del dinero de la oficina, máxime cuando las víctimas, maniatadas y amordazadas, fueron abandonadas en esa situación hasta que pudieron soltarse de sus ligaduras.

Lo que se acaba de exponer evidencia que de aplicarse el Código vigente, habría que tener en cuenta que junto al delito de robo con intimidación con uso de instrumentos peligrosos, concurrían otros cinco delitos de detención ilegal y ello determinaría una pena muy superior a la que correspondería de apreciar un único delito de robo con rehenes del artículo 501.4 del Código Penal de 1973, máxime cuando este último texto permite la concesión de los beneficios de la redención de penas por el trabajo.

(Sentencia de 22 de febrero de 2002)

Coger a una niña de ocho años, que estaba con sus familiares en un recinto ferial, levantarla del suelo y recorrer con ella varios metros contra su voluntad: conducta equívoca que impide apreciar delito de detención ilegal. Falta de coacciones o vejación leve

Único.—En el único motivo de casación que se formaliza en el recurso, amparado en el artículo 849.1.º LECrm, se denuncia una infracción, por aplicación indebida a los hechos declarados probados, del artículo 163.1 CP. El motivo debe ser favorablemente acogido. Lo sustancial del hecho que ha determinado la condena del acusado como autor de un delito de detención ilegal en grado de tentativa es que, habiendo encontrado o tropezado aquel con una niña de ocho años, que estaba con sus familiares en un recinto ferial, la levantó del suelo y recorrió con ella varios metros contra su voluntad «sin que se hayan aclarado sus intenciones». El delito de detención ilegal, como cualquier otro de estructura dolosa, requiere, para que se pueda considerar ejecutado e incluso iniciada su ejecución, la existencia del tipo subjetivo, es decir, la conciencia y voluntad del autor de realizar el tipo objetivo que es, de acuerdo con el precepto que lo define, encerrar o detener a otro. Si los hechos realmente acontecidos no permiten conocer con qué intención se llevaron a cabo —lo que suele ocurrir cuando, como en el caso enjuiciado, adolecen de una cierta equívocidad— no puede afirmarse que se haya producido la infracción, ni siquiera en un grado imperfecto de ejecución, por ausencia del esencial elemento subjetivo de la misma. Debe tenerse en cuenta que si la doctrina de esta Sala sostiene que el delito de detención ilegal es de consumación instantánea, ello presupone que los actos de ejecución realizados sean suficientes para tener por cierto el ánimo o intención de privar de libertad ambulatoria al sujeto pasivo. Puede ser indiferente para la integración del delito el móvil o intención remota que anima al sujeto activo de la acción, pero no lo es su intención inmediata. Si esta fuere, por ejemplo, gastar una broma o

dar un susto a la persona sobre la que se actúa –y no puede descartarse que el acusado procediese con esa intención en la ocasión de autos– la conducta sería reprobable por revestir la apariencia de un atentado contra la libertad y ser susceptible de perturbar momentáneamente a quien la sufre, pero tal apariencia solo justificaría la calificación del hecho como falta de coacción o vejación leve subsumible en el artículo 620.2.º CP. Es esta y no la más grave de detención ilegal la calificación jurídica merecida por el hecho enjuiciado tal como aparece descrito en la declaración de hechos probados. Se estima, en definitiva, el único motivo de casación articulado en el recurso.

(Sentencia de 21 de septiembre de 2002)

ARTÍCULO 173

Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Elementos: infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. El acusado, junto a otras personas, desnudan a la víctima, pintan su cuerpo con spray, le cortan el pelo y lo abandonan. Concurrencia de abuso de superioridad

Tercero.–El primer motivo del recurso, formalizado por el cauce del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 173 del Código Penal (delito contra la integridad moral de las personas, como trato degradante), dados los hechos que declara probados la sentencia de instancia.

El relato factual declara que la víctima fue trasladada a un monte y «en ese lugar, Imanol G., rodeado del acusado y sus acompañantes, fue obligado a desnudarse, le rociaron el cuerpo con spray de pintura rosa y le cortaron el pelo con unas tijeras. Tras lo cual el acusado y sus acompañantes abandonaron el lugar, dejando en el mismo a Imanol G.» y añade: «el acusado, que conocía a Imanol G. desde hacía varios años, estaba enfadado con este último por[que] había mantenido relación con la amiga del acusado».

Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene por qué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura.

Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un «plus» de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero, como exponemos, dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura.

El delito del artículo 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del título VII del libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no solo

contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

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

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

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

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

El motivo debe ser desestimado.

En efecto, la acción descrita por el Tribunal de instancia relata cómo el acusado es alejado del núcleo urbano hasta conducirlo a un monte por varias personas, que proceden a desnudarle y pintar con spray todo su cuerpo, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras, con la finalidad de humillarle, produciéndole, como dice la sentencia recurrida, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, un sentimiento de temor y miedo, situación anímica percibida por el agente de la Ertzaintza que recibe la denuncia, al punto de señalar que «se hallaba atemorizado, asustado». No puede sostenerse que se trata de una broma, pues las circunstancias del lugar, tiempo y pluralidad de partícipes impiden esa calificación atípica, y también la degradación de los hechos como simple falta de vejaciones, que se corresponde con otras circunstancias menos extremas, graves y humillantes. El artículo 620.2.º se refiere a vejaciones injustas de carácter leve, y los hechos declarados probados no son precisamente leves, al punto de dejarle en esas circunstancias en el monte solo, desprotegido, humillado, desnudo y atemorizado, abandonando el lugar el acusado y sus acompañantes.

Cuarto.—Los motivos segundo, tercero y cuarto denuncian, por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la apreciación por la Sala sentenciadora de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, desde diversos planos jurídicos: en primer lugar, entendiendo implícito al delito una especie de superioridad como integrante del tipo; en segundo lugar, por concurrir en la realización del mismo una pluralidad de personas, sin que estas estén ni cuantificadas ni identificadas; por último, porque el Tribunal sentenciador no dio como probado el elemento subjetivo imprescindible para la existencia de la agravante.

Desde el primer plano, es evidente que aun cuando la causación de tratos degradantes que supongan el menoscabo moral en la víctima al punto de humillarla gravemente, requiere una situación de aparente superioridad física, o fortaleza psicológica, facilitando la comisión delictiva, no podemos mantener que la simple debilidad espiritual o conductual de aquella pueda privilegiar la realización de los actos típicos descritos en el artículo 173 del Código Penal, de modo que tanto se humilla con tratos degradantes infligidos intencionadamente y con grave ánimo vejatorio, sea cual sea el componente físico o psicológico de la víctima, siendo más perverso (plus de antijuridicidad y culpabilidad) cuanto más débil en este aspecto consideremos a dicho perjudicado por el delito. Y lo propio hemos de decir respecto al comportamiento colectivo, ya que la Ley no exige en modo alguno una participación de esas características, bastando con que los hechos típicos sean cometidos por una sola persona. Si concurren varios, como en este caso, estén o no identificados o cuantificados, la multiplicidad de partícipes origina en el ánimo del agente una situación de desamparo que facilita la comisión delictiva y que debe tener adecuada respuesta en la concurrencia de la agravante de superioridad.

Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS de 5 de junio de 1995, de 27 de abril de 1996, de 7 de febrero de 1997 y de 21 de marzo de 2000, entre otras muchas):

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

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

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

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

En el caso, concurren todos esos elementos. Ya hemos dejado apuntado que tal abuso de superioridad no es inherente al delito, porque el mismo puede ser perfectamente cometido por una sola persona, no requiriendo participación colectiva alguna;

los agresores, entre los que se contaba el acusado hoy recurrente, conocían perfectamente que tal situación numérica era aprovechada para la comisión delictiva, minimizando que no anulando la defensa de la víctima. Concorre finalmente la superioridad personal, por lo que cumpliéndose todos los citados requisitos, los motivos que hemos estudiado conjuntamente tienen que ser desestimados.

(Sentencia de 8 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 180.2

Delito de agresión sexual. Hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas: fundamento. Dificultad de aplicación cuando hay varias agresiones sexuales en que los partícipes lo son por autoría directa y por cooperación necesaria cuando no ejecutan directamente el acceso carnal. Acusado que junto con menor es autor directo de un delito y cooperador necesario de otro. La aplicación de la agravación vulneraría el principio non bis in idem

Primero.— [...] La segunda denuncia se refiere a la expresión contenida en el *factum* «siguiendo un plan preconcebido», en referencia a que Antonio ya tenía previsto no llevar a Inmaculada a su casa sino al sitio y con el propósito descrito en el *factum*.

Podría cuestionarse la oportunidad de incluir en los hechos probados lo que es un juicio de intención de naturaleza subjetiva y como tal no es un hecho, por lo que su ubicación hubiese sido más correcta en la fundamentación, como conclusión de una serie de datos, estos sí, incluidos en los hechos probados. En todo caso, en este control casacional se verifica la existencia de los datos objetivos que fundamentan tal juicio de intenciones y que tienen tres apoyaturas fácticas reflejadas en los hechos probados:

- a) El recurrente le dice a Inmaculada que la llevará a casa en su coche –toman o no otra copa por la zona–, montando ella en tal creencia, robustecida por el conocimiento que tenía del menor Miguel Ángel.
- b) Antonio se desvía de la dirección y salen de Valladolid, Inmaculada solicita que la dejen, incluso intenta salir del coche, lo que le es impedido.
- c) Llegados a un sitio aislado y despoblado, apto para sus intenciones, Antonio detiene el vehículo y Miguel Ángel le dice «hazlo con los dos o no te llevamos a casa».

En base a estos tres datos se construyó el juicio de intenciones cuestionado en el motivo. En este control casacional se comprueba la razonabilidad del mismo por ser totalmente adecuado a las máximas de experiencia. No es conclusión arbitraria.

La intención que animaba al recurrente al cuestionamiento del previo acuerdo no era otra que negar la concurrencia del subtipo agravado previsto en el número 2 del artículo 180 en la actual redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, «cuando los hechos se cometan por la acción conjunta de dos o más personas»; redacción que modificó la inicial del Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de

23 de noviembre, que era la siguiente: «cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo». En tal sentido se concluye la argumentación del motivo en este aspecto, afirmando que no hay actuación en grupo, y, en consecuencia al no haber intervención de Antonio en la agresión de Miguel Ángel no procede el subtipo que se comenta. La conclusión de lo razonado hasta ahora nos llevaría a rechazar la denuncia efectuada.

No va a ser esa la decisión de la Sala, sino que, en definitiva, se va a declarar la no concurrencia del subtipo agravado del número 2 del artículo 180 del Código Penal, bien que por otras vías y diferentes razones a las alegadas por el recurrente.

Fue el vigente Código Penal quien introdujo como artículo de nueva planta, sin precedente en el anterior, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los artículos 178 y 179.

Entre los subtipos previstos se incluyó el que es objeto de estudio y debate en esta resolución, relativo a la realización en grupo prevista en el número 2 del artículo 180. Esta figura constituía una agravante genérica en el Código Penal de 1973, y como tal estaba incluida en el artículo 10 apartado 13, «ejecutarlo de noche, en doblado o en cuadrilla», que ha desaparecido en el vigente texto, y eso puede ser la explicación de que haya reaparecido como subtipo agravado en relación a las agresiones sexuales.

La introducción de esta figura agravada puede ser perturbadora y fuente de conflicto en relación a los supuestos –por otra parte frecuentes– de una pluralidad de partícipes en la agresión sexual, que tenía la traducción jurisprudencial en el anterior Código Penal, desde la concepción amplia de autor, de hacer a todos los partícipes autores materiales de la propia violación o agresión efectuada, y al mismo tiempo autores por cooperación necesaria respecto de las agresiones de los otros copartícipes, con posible concurrencia de la agravante genérica de cuadrilla, para la que, recordemos, el propio Código Penal daba una definición legal: «hay cuadrilla cuando concurren en la comisión del delito más de tres malhechores armados».

Esta situación ha cambiado radicalmente con la creación en el vigente Código del subtipo agravado del artículo 180.2, porque caso de coparticipación de los intervinientes en el doble concepto de autores materiales de sus propios actos, y autores por cooperación de los actos de los otros partícipes, la posterior aplicación en las dos modalidades de autoría, del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente sobre una misma situación –pluralidad delictiva– que se valoraría penalmente de forma sucesiva dos veces, en cada copartícipe: lo que se traduciría en la calificación del hecho como constitutivo de dos delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, pero ambos cualificados por el subtipo de actuación conjunta de dos o más personas.

Esta es, precisamente, la calificación que recoge la sentencia que condena al recurrente como autor de dos delitos de agresión sexual del artículo 179 y del artículo 180.2.º, imponiendo por cada uno, pena de doce años de prisión. Tal calificación es estima vulneradora del principio *non bis in idem* por cuanto la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación en conjunta en grupo que describe el subtipo agravado. Por ello, en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a las agresiones concertadas, cada persona debe responder de su propia agresión sexual y la de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el número 2 del artículo 180 por la incompatibilidad expuesta, que por las mismas razones debe extenderse a la calificación de autor material, con la consecuencia de quedar, en la

práctica, muy reducido el ámbito de aplicación de tal modalidad agravada en casos de doble autoría material y por cooperación necesaria.

La conclusión de cuanto se ha razonado, es la de estimar improcedente por vulnerador del principio «non bis in idem», la aplicación del subtipo agravado de actuación en grupo previsto en el artículo 180.2.º del Código Penal, debiendo calificarse las dos agresiones sexuales por las que ha sido condenado el recurrente como constitutivas del tipo básico del artículo 179 del Código Penal.

(Sentencia de 12 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 180.5

Uso de armas u otros instrumentos peligrosos en el delito de agresión sexual. Prostitutas a las que se retiene durante toda la noche mediante violencia física y exhibición de un cuchillo, practicando todo tipo de actos sexuales. La apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio non bis in idem

Séptimo. Cuestiona en tercer lugar el recurrente la concurrencia de la agravante quinta, «cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». La impugnación de esta circunstancia se realiza negando la utilización del cuchillo, lo que determina su necesaria desestimación, pues en este cauce casacional el respeto al relato fáctico es obligado.

Desde otra perspectiva, no alegada por el recurrente, ha de recordarse que esta Sala ha alertado también frente al riesgo de que la apreciación automática de esta agravación ante el empleo de cualquier arma con efectos meramente intimidatorios determine una injustificada exacerbación punitiva, con eventual vulneración del principio *non bis in idem* al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual y su cualificación como agresión agravada.

Por ello lo determinante no es solamente el «instrumento», sino el «uso» que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación, señalando la Sentencia de esta misma Sala de 23 de marzo de 1999, que «... habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio...».

Añade esta resolución que «La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinnúmero de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este *modus operandi* puede considerarse como estándar por su frecuencia y, en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el artículo 178 CP, precisamente por ser el

modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el número 5 del artículo 180 CP exagera la pena a aplicar “cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...”, lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la *mens legislatoris* como una excepción».

En el caso a que dicha resolución se refería, y que no acogió la agravación, el autor de la agresión sexual se limitó a mostrar a la víctima una navaja cerrada en los primeros instantes del suceso, que se prolongó durante varias horas, sin que después de aquella fugaz exhibición –sin duda intimidatoria– volviese a hacer uso de la navaja en cuestión.

Ahora bien, en el supuesto actual no es el uso de un cuchillo el que determina la calificación como agresión sexual, ya que ésta no se deriva de la intimidación con el arma, sino de la violencia ya previamente empleada. En efecto en un primer momento de la acción el recurrente golpeó brutalmente a su víctima, dándole una patada en la boca, provocándole la ruptura de su dentadura postiza y haciéndola sangrar, violencia que neutralizó cualquier resistencia que pudiera ofrecer, y que por sí misma integra el tipo delictivo de agresión sexual. En consecuencia, la utilización posterior del cuchillo de cocina, que llegó a ponerse al cuello de una de las víctimas según las manifestaciones de éstas, constituye un riesgo o peligro adicional, que justifica en este caso la especial agravación.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

Agresión sexual: uso de armas y otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones. Existencia: brutal patada en la boca y exhibición de un cuchillo

Décimo. El segundo y el tercer motivo de recurso, que se desarrollan conjuntamente, se articulan por infracción de ley, y alegan vulneración de los artículos 179 y 180.2.º y 5.º CP/1995. Niega el recurrente la relación de causalidad entre el empleo de la fuerza e intimidación y el «acceso carnal», por estimar que «en el relato fáctico se establece la relación de causalidad en el empleo de la fuerza e intimidación sobre un precio pactado para el comercio carnal».

El motivo parece negar la condición de agresiones sexuales a los supuestos en que las víctimas sean personas que ejerzan la prostitución, dando a entender que en casos como el presente la fuerza o intimidación no está causalmente vinculada a la obtención de un favor sexual, que se podría lograr pagando un precio, sino a ahorrarse ese precio, es decir, a evitar el desplazamiento patrimonial. Nos encontraríamos, por tanto, ante una modalidad del delito de extorsión, al obligar a otro por la fuerza a realizar un acto en perjuicio de su patrimonio, es decir, sin percibir la contraprestación económica interesada.

Por el contrario, esta Sala ha estimado reiteradamente (SSTS de 17 de noviembre de 1956; de 26 de noviembre de 1971; de 13 de junio de 1973; de 24 de noviembre de 1978; de 23 de septiembre de 1992; de 7 y 29 de marzo de 1994; de 23 de enero de 1997; 20 de julio de 1998; 29 de enero; de 11 de mayo, y 5 de julio de 2000, entre otras) que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada

tada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia.

Aplicando a este supuesto la doctrina de la Sentencia de 14 de diciembre de 1994, cabe señalar que, a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones (o a negarlas, en atención al comportamiento de la otra parte), dado que –resulta redundante decirlo– en el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto. Aun en el caso de que exista un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, los acusados no tienen derecho a recurrir a la violencia para imponer brutalmente la ejecución forzada de lo que sus víctimas ya no quieren realizar voluntariamente.

Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con su sexualidad.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 248

Estafa: concepto de engaño bastante. Utilización en comercios, obteniendo bienes y servicios, de tarjetas de crédito con la banda magnética manipulada en la que se habían introducido datos obtenidos fraudulentamente de terceros, siendo la misma persona la que se identifica al usar la tarjeta y la titular de la misma. Inaplicable estafa informática y robo con uso de llaves falsas. Especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio: más de 8.000.000 de pesetas

B) El motivo cuarto impugna la aplicación del artículo 248.1 del Código Penal, ya que, a juicio del recurrente, no existe engaño bastante ni posible relación de éste con el perjuicio causado, toda vez que: a) los comercios donde las operaciones se realizaron, excepto la empleada del Corte Inglés que, al detectar la irregularidad, dio origen a las actuaciones, no procedieron a la comprobación de la numeración que aparecía en los tiques de venta, con lo que fácilmente hubieran podido detectar el fraude; b) si se sostiene que la única obligación del establecimiento era comprobar la identidad y la firma del adquirente, que en este caso eran conformes, pues no hay que olvidar que los soportes plásticos de las tarjetas eran auténticos y se utilizaban por su verdadera titular, no podía haber engaño, ya que el error se alojaba en la información contenida en la banda magnética; c) Si hubiera engaño, éste no afectaría al comerciante, que es el que realiza el desplazamiento patrimonial, sino al sistema informático de la entidad que autoriza la operación; d) en todo caso, podría concurrir el supuesto de la «estafa informática», descrito en el artículo 248.2 del Código Penal, que a su vez consumiría la falsedad documental de la «banda» del artículo

390.1.º, pero también en este caso la manipulación debería ser «bastante», como el engaño de la Estafa común, mientras que aquí la confección de la mendacidad ha sido fácil de llevar a cabo, de detectar y, como han fallado a pesar de ello los mecanismos de seguridad, lo que existe es un caso de «autopuesta en peligro» de la propia perjudicada, lo que remite la cuestión al ámbito del mero ilícito civil, y e) en definitiva, según la Defensa, los hechos podrían hallar su correcto encaje penal en la figura del Robo con fuerza mediante «llaves falsas», imposible de punición, en este caso, por imperativo del principio acusatorio.

Entrando en el análisis de tales argumentaciones, hay que comenzar proclamando el acierto de la calificación jurídica llevada a cabo, en su Resolución, por el Tribunal de instancia, desechando desde ya, por supuesto, la posibilidad de un delito de robo con fuerza mediante el uso de «llave falsa» (art. 238.4.º CP) a que alude el Recurso, pues, si bien la «tarjeta» es asimilada, en efecto, a la «llave falsa», según el párrafo segundo del artículo 239 del Código Penal tal asimilación se refiere a los supuestos de «apoderamiento» de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar en que éstas se encuentran, que integran el delito de robo (art. 237 CP), lo que evidentemente no es el caso en acciones como las enjuiciadas, en las que lo que se producen son unas conductas defraudatorias, necesitadas del concurso de quien presta el servicio o pone a disposición del autor los bienes con los que éste ilícitamente se enriquece y, por supuesto, sin empleo alguno de fuerza para acceder al lugar en que se ubican tales bienes objeto de apropiación, como acontece en las hipótesis de apertura de locales cerrados, cajas de seguridad, cajeros automáticos, etc., que son para las que la norma lleva a cabo la referida asimilación entre «llave falsa» y «tarjeta», sobre la base de la funcionalidad de ésta para franquear el acceso a los lugares cerrados ya referidos.

Por otra parte, en modo alguno puede aceptarse la afirmación del recurrente acerca de la supuesta «facilidad» de la confección mendaz de las tarjetas, operación que requiere, sin duda, instrumentos y conocimientos de cierto grado de sofisticación y que no se encuentran al alcance de cualquier persona, lo que excluye, a su vez, la alegada escasa protección de los intereses de la perjudicada y su «autopuesta en peligro» por esta que, muy al contrario, lleva a cabo su actividad en el ámbito de negocio que le es propio cumpliendo las exigencias universalmente aceptadas como habituales de su tráfico, y que obligan, para que se cometan actos defraudatorios como los aquí enjuiciados, a la realización de operaciones de un considerable grado de dificultad, cual la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de las tarjetas de crédito mediante la introducción de otros que han debido de obtenerse previamente de forma fraudulenta.

Igualmente, tampoco puede sostenerse que la calificación de los hechos como delito de «Estafa informática», del artículo 248.2 del Código Penal, a que hace alusión la propia Sentencia objeto de Recurso, haya de incorporar las previas operaciones falsarias llevadas a cabo sobre las tarjetas, ya que las «bandas magnéticas» de éstas, si bien incorporan una serie de datos obtenidos mediante operaciones informáticas, constituyen, en sí, un soporte material cuya alteración supone un acto distinto de las meras operaciones o manipulaciones informáticas para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, que, por ejemplo, se producirían cuando directamente se interfiriera en un sistema, tal como el de una entidad bancaria o en redes como Internet, para la obtención del lucro.

Hay que recordar que, como ya antes se dijo, la conducta consistente en la alteración de la banda magnética, que supone la generación de una tarjeta *ex novo*, integra, por sí misma, el delito de falsificación de moneda, independiente del uso posterior fraudulento a que ese instrumento de pago mendaz pueda ser destinado, produciéndose, en tal caso, una relación concursal entre ambos ilícitos.

Una cosa es, por tanto, que se manipulen sistemas informáticos para defraudar, y otra, completamente distinta, que se confeccione una tarjeta mediante la incorporación falsaria de datos de origen o producción informática para, con ella, posteriormente llevar a cabo actos fraudulentos. Diferencia que claramente ha de distinguirse entre el contenido de la Estafa denominada informática y la cometida mediante el empleo de una tarjeta con banda magnética previamente falsificada.

Queda, por tanto, respecto del contenido del presente motivo, examinar, tan sólo, el primero y principal de los argumentos esgrimidos en su apoyo que no es otro que aquel que cuestiona la existencia de verdadero «engaño», bastante y válido, para configurar el delito de estafa.

A tal respecto, reiteradamente se ha dicho que la suficiencia del engaño no supone que no exista posibilidad alguna de desvelarlo. Antes al contrario, será éste bastante si es capaz de inducir a confusión a quien preste una atención o diligencia que pueda ser considerada normal o razonable en el concreto ámbito en que la actividad se desarrolle (SSTS de 19 de junio y de 3 de julio de 1995, por ejemplo).

Por ello, no puede servirnos como criterio determinante de la eficacia engañosa, en este caso, el hecho de que el excepcional comportamiento de la empleada de un establecimiento que, más allá de la habitual comprobación de la identidad y autenticidad de firma de quien figuraba como titular de la tarjeta exhibida, se detiene a comprobar la correspondencia entre la numeración que figura en ésta y la impresa en el tique de compra permitiera el descubrimiento del delito, toda vez que, como sabemos, la exigencia normal en esta clase de operaciones no va más allá de la constatación de la identidad del comprador y su titularidad respecto del instrumento de pago. Máxime cuando, al tiempo de acaecimiento de los hechos, no era ni mucho menos frecuente, en nuestro país, la mecánica defraudatoria aquí desplegada por el recurrente.

Recordemos que incluso en ciertas circunstancias ni siquiera ha exigido este Tribunal esa diligencia en algunos supuestos de empleo de tarjetas por parte de personas distintas de su titular para considerar la comisión del delito de Estafa, dadas las especiales características de agilidad que conllevan esta clase de operaciones (SSTS de 16 de julio de 1987, y de 27 de enero y de 23 de diciembre de 1999, entre otras).

El engaño, por tanto, ha de ser considerado de entidad bastante, de cara a la integración del delito, dirigido, como por otro lado lo fue, a quien se erige, en su condición de persona física y psicológicamente susceptible de ser inducido a errar, en encargado de la comprobación de los requisitos iniciales para dar curso a la operación.

Con lo que la posterior fase de validación, a cargo de los sistemas informáticos de la entidad financiera correspondiente, parte y es condicionada por ese «filtro» inicial, de modo que se limita a autorizar la operación, si se cumplen otra serie de requisitos como la existencia de disponibilidad del crédito, por ejemplo, pero siempre sobre la base de los datos falsos que así se le suministran, concretamente en este supuesto del hecho de que quien lleva a cabo la compra de bienes o servicios es la misma persona que identifica la banda magnética de la tarjeta.

Engaño bastante que sufre directamente la persona encomendada de evitarlo, disposición en perjuicio de tercero y lucro del autor del fraude que integran, en definitiva, el delito de estafa, que en esta ocasión concursualmente se vincula a la anterior conducta falsaria.

(Sentencia de 8 de julio de 2002)

Engaño bastante: parámetro mixto objetivo-subjetivo. Existe en el caso de parapsicólogo y médium que percibe cantidades por la prescripción de tratamientos esotéricos para combatir problemas personales, aprovechándose de la credulidad de los perjudicados una vez captada su voluntad

Segundo. El motivo por infracción de ley denuncia el error de subsunción de los hechos probados en el tipo de estafa, aduciendo la atipicidad de aquéllos por cuanto, reproducimos literalmente del escrito de formalización, «el perjuicio se causa por la estúpida credibilidad y extraordinaria indolencia de las “víctimas”, hasta el punto de resultar fútil o absurdo dentro del normal actuar social».

El tipo de estafa está integrado por la existencia de un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; a consecuencia de ello el sujeto pasivo, relación de causalidad señalada, realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, necesariamente despliega una suerte de cooperación, que debe ser entendido en sentido amplio, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero; por último, el tipo subjetivo conlleva la existencia del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro (SSTS, entre otras, de 2 y 28 de marzo, de 19 de mayo y de 5 de junio de 2000 o de 22 de enero y 14 de mayo de 2001).

Por lo que hace al engaño podemos entender que será bastante cuando la diligencia del hombre medio se vea sorprendida por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de autodefensa desplegados por el sujeto pasivo no capten la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo (módulo objetivo o abstracto); o bien que la falacia será suficiente cuando el concreto sujeto pasivo o receptor de aquélla haya sido incapaz de advertirla (módulo concreto o subjetivo). Consciente de la doctrina y la jurisprudencia de la dificultad de la cuestión lo que se propone es un parámetro mixto, de forma que sobre una base objetiva de idoneidad general del artificio se tomen en consideración posteriormente las aptitudes y circunstancias del sujeto pasivo y las atinentes al medio social donde se producen los hechos. Ni pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio, ni puede entenderse incondicionalmente que el engaño es bastante porque en el caso concreto ha producido el error en el sujeto pasivo, pues, de ser así, todo engaño lo sería.

El caso examinado se presta especialmente para la aplicación de la doctrina precedente.

El relato histórico se integra por dos estadios progresivos. En primer lugar, las víctimas acuden al reclamo del sujeto activo (Chamán-Médium y licenciado en Psicología y Parapsicología, bajo un dibujo ilustrativo de un sombrero de copa acompañado de unos guantes y bastón), que se atribuye, lo dice la Sentencia con valor fáctico en el fundamento de Derecho segundo, «facultades paranormales o extrasensoriales, que no tenía», anunciado públicamente, y los sujetos pasivos acuden voluntariamente, como en muchos otros casos, y por fuerza conociendo dicha realidad, sabedores de la contraprestación que deben satisfacer por la consulta o consejo, lo que es asumido libremente por los mismos. Hasta aquí el sustrato fáctico es atípico y constituye una realidad social aceptada, es decir, el artificio carece de idoneidad para generar un

error penalmente relevante. Sin embargo, en segundo lugar, siguiendo los hechos descritos, una vez establecida la relación de confianza entre los clientes y el sujeto activo, captada su voluntad, el segundo valora la suerte y predisposición de los primeros, potenciando su fácil credulidad, ya constatada, mediante distintos ardides (asegurando la solución del problema, incluso con devolución del dinero entregado si no se produjese, la necesidad de emplear determinados productos o artificios esotéricos que se facturan complementariamente o la realización de determinados desplazamientos del médium, que no se hacen, lo que da lugar a lo que la Sentencia denomina «trabajos complementarios diversos, a realizar por el propio acusado o dichos clientes»), obteniendo de esta forma prestaciones económicas complementarias más allá de las correspondientes a la consulta, embaucando, en síntesis, a personas ya predisuestas y obteniendo de esta forma el desplazamiento patrimonial perseguido. El hecho probado se refiere al aprovechamiento por el acusado «de la buena fe, escasa preparación intelectual y credulidad de los antes indicados clientes, así como de su especial situación anímica y de ansiedad que atravesaban». El engaño relevante se produce cuando se abusa de la credulidad de los perjudicados una vez que ha sido captada su voluntad por el sujeto activo, obteniendo unos desplazamientos patrimoniales por trabajos complementarios y distintos a la contraprestación por la mera consulta, que como tal es un uso social consentido y asumido libremente por las personas que acuden a la misma.

Consecuencia de lo anterior es la destipificación parcial de los hechos, sin perjuicio de mantener la calificación jurídica, de forma que la consecuencia de ello debe producirse en el apartado relativo a la individualización de la pena y la responsabilidad civil. En estos términos el primero de los motivos debe ser estimado parcialmente.

(Sentencia de 6 de mayo de 2002)

Existe engaño en el caso de partido político ficticio, creado para obtener los soportes informáticos del censo electoral de aquellas elecciones a las que concurrió, de los que luego se sirve para contratar campañas de publicidad

Séptimo. Sostiene el recurrente que la Sala de instancia ha incurrido también en infracción de ley al aplicar indebidamente el artículo 528 CP anterior que tipifica el delito de estafa, alegando que no ha concurrido en la conducta de la acusada el requisito esencial del engaño, pues «... la presentación de un partido político a unas concretas elecciones, fuere como fuere, no trata de engañar a nadie; ni tampoco concurre el requisito del traspaso patrimonial que en ningún momento “se ha pretendido ni conseguido” por la acusada».

De nuevo este motivo contradice abiertamente la declaración fáctica de la Sentencia impugnada. En ésta se declara probado que, a partir de las elecciones al Parlamento Europeo de 1987, el PED pasa a ser un mero instrumento de ésta para lucrarse económicamente. Desaparece incluso el más mínimo atisbo de campaña o de cualquier otra actividad política y el partido es la mera pantalla a través de la cual Angelina G. R. obtiene los datos del censo electoral de los que luego se sirve la empresa Angoru para contratar campañas de venta por correo, buzoneo y publicidad en general. De este modo, la acusada obtuvo los soportes informáticos del censo electoral de aquellas elecciones a las que concurrió, cuyo valor económico se ha cuantificado en

429.870 pesetas, además de 2.871.917 pesetas por las copias emitidas, no siendo ocioso destacar que toda la actividad desarrollada por aquella va directamente encaminada a la obtención de los datos del Censo, de un elevado valor intrínseco –muy superior al de los soportes informáticos que los contenían– para el enriquecimiento de la empresa «Angoru» de la acusada, especializada en publicidad, «marketing» y en venta de información a compañías comerciales. Como bien razona la Sentencia en su fundamento de Derecho sexto, «se trataba de obtener mediante engaño los datos del censo para comerciar con ellos. El objetivo último no era obtener el censo, sino lucrarse comerciando con los datos que contenía. Para ese objetivo final era preciso alcanzar un objetivo previo, cual era obtener los datos de las Juntas Electorales mediante engaño. Ese engaño, que originó los distintos actos de disposición de las Juntas Electorales entregando las cintas magnéticas, ya se ha calificado como constitutivo de delito y falta de estafa, pero para cometer esa estafa era a su vez necesario engañar a las Juntas Electorales, simulando un deseo de participación en las distintas contiendas electorales, y como, para tal simulación, era preciso falsificar firmas de candidatos, se falsificaban, y como, para presentar candidatos, el instrumento más idóneo [art. 44.1.a) de la Ley Orgánica Electoral General] es un partido político, sólo por ello sobrevivía el PED. Es decir, era un partido que, desde 1987, sólo existía para proclamar candidatos falsos, engañar a las Juntas Electorales y obtener de éstas las bases de datos del censo para comerciar con la información obtenida».

Por todo lo cual el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

Estafa triangular: características

Tercero. [...] El tipo penal de la estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial. Por lo tanto, requiere en todos los casos una necesaria distinción entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, de tal manera que el sujeto agente del engaño sea siempre distinto del sujeto, engañado, de la disposición patrimonial. Ésta es la diferencia fundamental que existe entre el tipo penal de la estafa y el de la administración desleal, en la que no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial, pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que los realice. Esta diferencia de la estructura típica de los delitos de estafa y de administración desleal ha sido subrayada por nuestra jurisprudencia en diversos precedentes.

En el presente caso el recurrente actuó en los hechos como apoderado del comprador y en esa calidad tuvo conocimiento de la revocación del poder. Por lo tanto, no fue engañado, dado que sabía que K. carecía de un poder vigente. Tampoco se puede sostener que la poderdante haya sido engañada, dado que los acusados no pretendieron mediante la afirmación de hechos falsos hacerla incurrir en un error para que hiciera una disposición patrimonial. Por ello podría parecer que el verdadero sentido del hecho sería el de un ejercicio fraudulento de parte del apoderado, es decir, el de una administración desleal del apoderado de la titular del dominio, que acaso hubiera podido ser alcanzado por el artículo 295 CP (si se admitiera que entre la poderdante y el apoderado existía un vínculo societario análogo a los enumerados en el art. 297 CP). Pero, esta hipótesis no puede ser considerada aquí, dado que el Ministerio Fiscal no acusó más que por estafa (art. 248 CP) y el principio acusatorio impediría la condena del recurrente por otro delito distinto del acusado.

No obstante las apariencias iniciales, sin embargo, el caso debe ser subsumido bajo el tipo penal de la estafa. En efecto, en el presente supuesto nos encontramos con la llamada «estafa triangular», que se aprecia cuando el autor no engaña al que tendría que realizar la disposición patrimonial, pero engaña a quien tiene poder –otorgado por el propio titular o por la ley– para realizarla en nombre del titular del patrimonio perjudicado, esto es lo que ocurrió en el caso que ahora enjuiciamos, pues el recurrente intentó, mediante una escritura suscrita por un falso apoderado, lograr que dispusiera en el Registro de la Propiedad el traspaso de la propiedad del inmueble que había sido objeto de la compraventa. Tal conducta reúne todos los elementos del engaño propio de la estafa, pues comporta la afirmación como válido de un negocio jurídico que sabía carente de validez.

(Sentencia de 8 de febrero de 2002)

Absorción del delito de falsedad en documento privado al constituir la falsedad el engaño típico del delito de estafa

Octavo. En el último de los motivos y por la vía del artículo 849.1.º LECrM considera infringidos los artículos 390.2.º y 3.º y 248 y 249 CP.

1. En cuanto a las falsedades realizadas, en el *factum*, al que debemos absoluta sumisión, se contienen los actos falsarios que integran el tipo penal del artículo 390.2.º, al crear un documento que no responde a la realidad, realizando en él aseveraciones falaces.

El artículo 390.2.º ha sido correctamente aplicado.

Sin embargo, es obligado tomar en consideración un argumento no aducido, pero implícito en una inequívoca voluntad del recurrente de excluir la aplicación del tipo de falsedad, cual es la consunción de tal delito operada en el de estafa.

Constituye una tendencia jurisprudencial invariablemente sostenida por esta Sala que la falsedad en documento privado, que actúa como falacia o superchería para inducir a engaño al estafado, se halla inserta y consumida en tal delito, ya que el engaño es la misma falsedad y el perjuicio de tercero (tendencia finalística incluida en la descripción típica del artículo 395: «para perjudicar a otro»), también lo incorpora el artículo 248 como elemento configurador del tipo.

No es que el delito no se haya cometido, sino que está consumido en la estafa.

El motivo debe estimarse y excluir la condena por el delito de falsedad en documento privado.

2. Respecto a la estafa el censurante negó que haya existido engaño y perjuicio patrimonial.

La protesta carece del menor fundamento. El engaño lo integraba el documento falsificado, en tanto en cuanto los representantes de las entidades perjudicadas y los propios acusados lo reconocen como *conductio sine qua non* para conceder el préstamo con el que adquirir los bienes. Ya razonamos en su momento sobre la suficiencia y eficacia del engaño, dentro de un mínimo de buena fe y credibilidad en las relaciones mercantiles, habidas inter partes. Era comprensible y prudente no desconfiar de las intenciones de los compradores si acudían al mercado provistos de una certificación que acreditaba la existencia de un trabajo estable.

Por su parte, el perjuicio se concreta en el *factum* a la propia concesión de los préstamos y adquisición de los bienes, que hicieron propios los acusados disponiendo de ellos, sin que hasta el momento hayan resarcido a las entidades vendedoras o financiadoras. Así se expresa de forma apodíctica en el último párrafo del relato histórico de la Sentencia combatida: «Todos los préstamos debían ser devueltos mediante plazos mensuales, sin que los acusados, que no tuvieron nunca intención de pagar, hayan abonado ninguno de ellos».

(Sentencia de 4 de julio de 2002)

ARTÍCULO 250.1.2.^a

Simular robo solicitando a compañía aseguradora indemnización, la que sospechó la falsedad de la sustracción y no hizo efectiva cantidad alguna. El engaño a compañía aseguradora simulando robo no puede constituir el tipo de simulación de delito y la figura agravada de estafa empleando fraude procesal al infringirse el principio non bis in idem

Tercero. Por último, en el primer motivo del recurso, residenciado en el artículo 849.1.º LECrm, se denuncia una infracción de ley por aplicación indebida a los hechos declarados probados de los artículos 457, 248 y 250.2 CP. La impugnación debe ser parcialmente estimada. A estas alturas de la fundamentación y desestimados los motivos segundo y tercero del recurso, la declaración probada de la Sentencia recurrida debe ser considerada intangible de forma que cualquier alegación que la contradiga, o que intente añadirle un hecho que en ella no esté recogido, ha de ser enérgicamente rechazada sin necesidad de exponer argumentación alguna. Desde este irrenunciable punto de partida, no puede sostenerse que se aplicó indebidamente en la Sentencia recurrida el artículo 457 CP, en que se define el tipo de simulación de delito, tras haberse declarado probado –acaso no con la debida terminancia en el relato fáctico, pero sí si éste se completa con lo que se afirma en el primer fundamento de Derecho–, por una parte, que el acusado denunció ante la Policía Local que había encontrado la cerradura de la puerta de su casa forzada y comprobado que le había sido sustraído un conjunto de objetos de considerable valor, por otra, que el forzamiento de la puerta había sido simulado y que el robo «no se produjo» y, finalmente, que la presentación de la denuncia determinó la incoación de las diligencias previas 5837/1997 del Juzgado de Instrucción Número 10 de Málaga. Con estos tres hechos –la denuncia de un delito del que el denunciante dice haber sido víctima, la falsedad de la misma porque el delito denunciado no se ha producido y la provocación, con la simulación del delito, de unas actuaciones procesales– queda integrado el tipo previsto en el artículo 457 CP, sin que sobre ello pueda albergarse duda alguna, de suerte que la aplicación de dicho precepto a los hechos enjuiciados de ninguna manera puede ser denunciada como infracción legal.

Tampoco se aplicó indebidamente el artículo 248 CP en relación con el artículo 16.1 del mismo Cuerpo legal, al subsumir en dichos preceptos la conducta del acusado calificándola también como delito de estafa en grado de tentativa. Declarado probado que el robo denunciado por el acusado no se había cometido y que la denuncia fue «una puesta en escena urdida para defraudar a la compañía aseguradora», a

cuyo efecto se hizo ante la misma una reclamación de 2.600.000 pesetas a que se dijo ascendía el valor de los objetos sustraídos, es claro que se describe, dándolo por acreditado, un principio de ejecución de un delito de estafa, esto es, una maniobra engañosa capaz de producir error en otro al que se quiso inducir a creer que con el robo se había materializado el riesgo que, como asegurador, estaba obligado a cubrir. El engaño, aun siendo bastante en abstracto, no surtió el efecto buscado, por lo que no se produjo desplazamiento patrimonial desde la aseguradora al acusado, pero no porque éste desistiera voluntariamente de conseguirlo, sino porque las cautelas puestas en funcionamiento por aquélla le hicieron desconfiar primero de las manifestaciones del acusado y rechazar a la postre sus pretensiones. Todo ello quiere decir que fue jurídicamente correcto calificar la frustrada maniobra del acusado como un delito de estafa en grado de tentativa. No podemos suscribir, por el contrario, que el delito de estafa intentado deba ser subsumido, a efectos de la penalidad aplicable, en el artículo 250.2.º CP en que está prevista la estafa que se realiza «con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal». Aunque se entienda que la presentación de una denuncia en que se simula haber sido víctima de un delito puede constituir lo que la ley caracteriza como simulación de pleito o empleo de fraude procesal –interpretación que no deja de ser discutible–, es evidente que, so pena de incurrir en infracción del principio «non bis in idem», la engañosa denuncia no puede ser castigada, al mismo tiempo, como delito del artículo 457 y como circunstancia específicamente agravatoria de la estafa. En este concreto particular sí procede estimar el primer motivo del recurso por aplicación indebida del artículo 250.2.º e inaplicación, igualmente no debida, del artículo 249, ambos del CP, infracción legal que será corregida en la segunda Sentencia que a continuación dictaremos.

(Sentencia de 27 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 250.1.3.ª

Delito de estafa cometido por medio de cheque falso: situación de concurso medial

Cuarto. [...] Los hechos están bien calificados como constitutivos de un concurso medial de delitos continuados, continuidad delictiva que debe predicarse tanto del delito de estafa como del de falsedad, bien que, dentro del marco de examen que permite el delito, debemos efectuar una corrección legal sin trascendencia en el campo de la pena.

La situación del delito de estafa cometido a medio de cheque, pagaré o letra de cambio ha tenido tres respuestas por parte de la jurisprudencia de esta Sala en orden a determinar su punición, sin que al día de hoy exista una doctrina dominante.

Doctrina de la consunción, según la cual se estaría ante un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad y la estafa cometida a través de cheque, pagaré o letra de cambio, que debe resolverse de acuerdo con el artículo 8.3.º del Código Penal en favor del tipo de estafa agravado del artículo 250.1.3.º, (STS de 20 de junio de 2001).

Doctrina del concurso medial entre la falsedad y la estafa agravada del artículo 250.1.3.º a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del artículo 77 del Código Penal, SSTS de 27 de marzo y de 26 de julio de 2000.

Doctrina de la autonomía de ambas figuras y, en particular, manteniendo el disvalor específico de la falsificación, independientemente de su posterior uso para estafar. En tal caso se estaría en un concurso medial entre la falsedad y la estafa básica del artículo 248, sin aplicación del supuesto del número 3 del artículo 250, porque el disvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad, SSTS de 15 de marzo y de 4 de mayo de 2001.

La Sentencia sometida al presente control casacional mantiene la tesis del concurso medial entre falsedad y estafa agravada, sancionando sólo esta última e imponiendo la pena de cuatro años de prisión y ocho meses de multa, de acuerdo con el artículo 77, párrafo 2.º, que determina la imposición de una sola pena –la mitad superior de la pena correspondiente para la infracción más grave–, pena que partiendo de la señalada a las estafas agravadas del artículo 251 se situaría entre los tres años y seis meses a los seis años de prisión y multa de nueve a doce meses. La Sentencia condena a cuatro años de prisión y ocho meses de multa, pena que debe mantenerse, no obstante el error, en menor, en cuanto a la pena de multa. No obstante, se constata en este control casacional que la Sentencia recurrida, a pesar de calificar los delitos de falsedad y estafa como de delitos continuados, olvida la aplicación del artículo 74.1.º del Código Penal, que establece la imposición de la pena en su mitad superior. En efecto, en casos como el presente, de continuidad delictiva y de concurso medial, deben aplicarse sucesivamente las reglas de los artículos 74.1.º y 77.2.º, lo que, por decirlo gráficamente, llevaría a la aplicación de la mitad superior, de la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave –SSTS de 12 de febrero y de 11 de abril de 2000. Es evidente que en el marco del presente recurso de casación, formalizado por el condenado, no va éste a resultar perjudicado en relación a la situación acordada en la Sentencia recurrida, por respeto al principio de interdicción de la *reformatio in peius*, por lo que la reflexión antedicha se agota en sí misma.

(Sentencia de 15 de febrero de 2002)

Estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio: concurso de delitos con falsedad en documento mercantil: posiciones jurisprudenciales. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 8 de marzo de 2002: compatible con falsedad en documento mercantil perpetrada en cheque

Primero. [...] En efecto, la deficiente regulación positiva ha creado graves problemas hermenéuticos no sólo en la doctrina científica, sino en la propia jurisprudencia emanada de esta Sala, que todavía no ha hallado argumentos contundentes, que diluciden, de una vez por todas, la problemática que suscita. Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque abarca también los supuestos falsarios y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consumación (art. 8.3 CP), en favor del tipo de estafa agravado, previsto en el artículo 250.1.3. Tribunal Supremo Sentencia de 20 junio 2001.

b) Restringir o limitar las estafas realizadas mediante cheque a las hipótesis de emisión de título valor sin cobertura. En este caso el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo sería reprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso

medial de delitos entre la falsedad y estafa agravada (artículo 77 CP). En esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente en las Sentencias de 3 y 14 de diciembre de 1998, de 27 de marzo y 26 de julio de 2000.

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible *bis in idem* prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 CP –Sentencias de 15 de marzo y de 4 de mayo de 2001–.

La cuestión que se suscita es ciertamente debatida, tanto que, incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra expresión de las tres posiciones a que se acaba de hacer referencia. No existía, pues, un criterio suficientemente consolidado en la materia (lo que se evidencia en el resultado del debate producido en la Sala general de 19 de julio 2000), pero podrían mantenerse, desde el punto de vista jurisprudencial, todas las posturas expuestas.

De nuevo, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en reunión celebrada el 8 de marzo de 2002, examinó el tema planteado, que esta vez se resolvió, en el sentido de estimar que la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa gravada del artículo 250.1.º.3.º del Código Penal, y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal.

Por tanto, al sancionar el Tribunal de instancia los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1 y 2, y el de estafa continuada de los artículos 248 y 250.3 del Código Penal, en posición coincidente con la adoptada por esta Sala en el último Pleno no jurisdiccional de la misma, el motivo, pues, debe rechazarse.

(Sentencia de 24 de mayo de 2002)

Estafa tentada: falsificar cheque y al ir a hacerlo efectivo en entidad bancaria la cuenta a que pertenece está cancelada. En concurso medial de delitos con la falsedad en documento mercantil

Segundo. 1. El primer motivo se formula al amparo del número 1 del artículo 849 LECrm y denuncia, por indebida inaplicación, la infracción del artículo 392, en relación con el artículo 390.1.º y 3.º, ambos del Código Penal.

Recuerda el Ministerio Fiscal que la Sentencia recurrida afirma en los «hechos probados» que el acusado, después de sustraer cuatro cheques, rellenó uno haciendo constar que lo extendía al portador por la suma de 895.340 pesetas y como fecha la de 19 de junio de 1997, siendo firmado por persona distinta, pero de acuerdo con el mismo, y que ese mismo día se presentó en la entidad bancaria donde el titular de los cheques tenía la cuenta, pretendiendo cobrarlo sin que lo lograra al estar la cuenta cancelada.

Alega, en síntesis, el Ministerio Fiscal, en su documentado recurso, que al haberse presentado el acusado en la entidad bancaria para cobrar el cheque, el tráfico jurídico se vio afectado, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala y en contra de lo sostenido por el Tribunal sentenciador.

Argumenta que, con independencia de que la cuenta estuviese cancelada, al falsearse el cheque, como se declara probado, se está haciendo nacer ilícitamente un

mandato, puro y simple, de pagar una suma determinada, por lo que con la creación del documento se está afectando al tráfico jurídico, pues tal documento puede ser empleado como medio de pago y aceptarlo personas que desconozcan totalmente que la cuenta estaba cancelada, con lo que se colma la exigencia de mera posibilidad de afectación del tráfico jurídico

2. La impugnación del Ministerio Fiscal es fundada y correcta la subsunción que postula. La acción descrita en el relato fáctico realiza formalmente el tipo objetivo del delito de falsedad en documento mercantil de los párrafos 1.º y 3.º del apartado primero del artículo 390 CP, cometido por particular –artículo 392 del mismo texto legal–. Este elemento del tipo se completa, a efectos de afirmar la obligada subsunción en aquellos preceptos, por la consumada lesión del bien jurídico protegido que es la fluidez y seguridad del tráfico jurídico por la confianza pública en que determinados documentos tienen un contenido veraz y han sido emitidos por quienes parecen haberlo hecho.

En caso tan próximo al presente que, por lo que ahora importa, puede decirse que son iguales, la Sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 2000 estableció que «siendo el cheque un mandamiento de pago únicamente puede ser emitido por la persona autorizada en virtud de su relación con el destinatario del mandato y, habiéndose simulado en el caso de autos la intervención de aquella persona en el libramiento del cheque, no hay duda de que, con tal simulación, se creó un documento susceptible de provocar un pago indebido y una consiguiente perturbación en el tráfico. Sin que ello sea óbice que el pago no se realizase y nadie resultase perjudicado, porque el delito de falsedad documental se consuma y perfecciona –Sentencias de 5 de febrero de 1980, de 22 de enero de 1981 y de 2 de febrero de 1985, entre otras muchas–, en el momento en que se ejecuta la falsificación con tal de que la intención del falsificador sea hacer uso fraudulento del documento o, lo que es igual, en el momento en que el documento sale del ámbito reservado en que normalmente se realiza la *mutatio varietatis* y se pone de relieve que su finalidad era que el documento entrase en el tráfico jurídico». Es lo que sostiene el Ministerio Fiscal en este primer motivo, que ha de ser estimado.

Tercero. 1. En el segundo motivo, también al amparo del número 1 del artículo 849 LECrm, el Ministerio Fiscal se queja de la indebida inaplicación de los artículos 248, 249.16 y 62 CP y discrepa del criterio de la Sala de instancia que absolvió del delito de estafa intentada por considerar que se trataba de una tentativa inidónea al estar la cuenta contra la que se libró el cheque cancelada, y, por tanto, el intento de cobro del talón era impune.

Arguye el Fiscal que en la dicción del Código Penal vigente la acción típicamente punible en que la tentativa consiste debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

En este motivo, que también ha de prosperar, se invoca como en el anterior la jurisprudencia de esta Sala con la acertada cita de las sentencias 21 de junio de 1999, 13 de marzo de 2000 y 2 de junio de 2000.

2. El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquélla –como señala la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la de 5 de diciembre de 2000– «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y, en general, los casos de inidoneidad absoluta».

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

Como dice la citada Sentencia de 5 de diciembre de 2000, se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

Lleva razón el Ministerio Fiscal en su alegato y este segundo motivo también ha de ser estimado.

Cuarto. El Ministerio Fiscal concluye que el acusado debe ser condenado por un delito de estafa en los artículos 248 y 249 en concurso del artículo 77 con un delito de falsedad del artículo 392 CP, y añade que por respeto al principio acusatorio no se solicita la condena por el artículo 250, número 3 CP.

Lleva razón el Ministerio Fiscal en sus dos conclusiones.

Es doctrina de esta Sala que la figura agravada del artículo 250.1.º 3.º del Código Penal engloba a todos los medios de pago o crédito más usuales en el tráfico mercantil. Con ello el legislador ha querido poner el acento agravatorio en el hecho de la mayor facilidad que supone la utilización de estos medios para hacer prosperar la maniobra defraudatoria o engañosa, en cuanto que supone valerse de un instrumento formal que es de uso corriente en las relaciones financieras o de cambio. El que se vale de estos medios aparenta una situación de crédito que no responde a la realidad y

por ello no sólo defrauda, sino que pone en peligro la fiabilidad y credibilidad del tráfico mercantil (SSTS de 10 de diciembre de 2001 y de 13 de mayo de 2002).

En reciente sesión plenaria, no jurisdiccional, celebrada el pasado 8 de marzo de 2002, esta Sala acordó que la falsificación de un cheque para cometer estafa debe sancionarse como concurso de delitos de los artículos 250.1.3.º y 392 CP.

Al no poderse aplicar la estafa agravada, por no haber sido objeto de acusación, el concurso hay que referirlo a la estafa genérica de los artículos 248 y 249 CP.

Para la individualización de las penas correspondientes, impuestas por separado como más favorables (art. 77.3 CP), se consideran adecuadas las solicitadas por el Ministerio Fiscal en la instancia, que son, en definitiva, las que se solicitan ahora en el recurso, esto es, la de un año de prisión y multa de seis meses con cuota/día de 500 pesetas por la falsedad y cuatro meses de prisión que se sustituirá (artículo 71 CP) por multa de ocho meses con cuota/día de 500 pesetas por el delito de estafa en grado de tentativa.

(Sentencia de 2 de julio de 2002)

ARTÍCULO 252

Diferencias entre delito de apropiación indebida e ilícito civil

Tercero. En el segundo motivo, con sede procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de Ley «por aplicación indebida del artículo 252, en relación con el 249 del Código Penal, al tipificar como un delito continuado de apropiación indebida una situación antijurídica civil».

Alude la parte recurrente a la dificultad de trazar la línea divisoria entre el dolo penal y el antijurídico civil en este tipo de conductas y sostiene que, en el presente caso, existe únicamente un fallido económico: «sólo es de observar en el presente supuesto una actitud de antijurídica civil, basándonos aún más en la existencia de que la deuda, posiblemente, basada en una actitud de imprudencia involuntaria de nuestro poderdante, fue asumida por el mismo reconociendo aquella [...]».

En definitiva, como se advierte claramente por la simple lectura del motivo, la parte recurrente no cuestiona la relación existente entre el acusado y la Comunidad de propietarios de la finca urbana que administraba ni tampoco las cantidades que el mismo debió haber entregado a la propiedad como consecuencia de la referida administración. Únicamente se viene a cuestionar el ánimo o intención con que el acusado se quedó con ellas.

Ciertamente no siempre resulta fácil de señalar la línea que permite separar el incumplimiento contractual del delito de apropiación indebida. La doctrina y la jurisprudencia suelen decir que, en el primer supuesto, no existe una voluntad de apropiación, sino solamente un retraso o una imposibilidad transitoria de cumplir la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe el propósito de hacer la cosa propia (*rem sibi habendi*), incorporándola al patrimonio de sujeto (v. Sentencia de 26 de octubre de 1992). Incluso, no es preciso, para la comisión de este delito, un ánimo de enriquecimiento, pues basta para ello el propósito de adquirir sobre el dinero que se administra un poder de disposición en un sentido contrario a la finalidad de una administración leal del mismo (v. Sentencia de 12 de mayo de 2000).

En el presente caso es patente que el acusado –administrador, durante varios años, de la finca urbana de autos– dejó de ingresar en la cuenta de la Comunidad de

propietarios de la misma o de entregar directamente a éstos las cantidades que se reflejan en el relato histórico de la Sentencia recurrida y que pertenecían a la propiedad del inmueble. La distinta procedencia de tales cantidades y la indudable importancia tanto de los diferentes sumandos como de la suma total dejada de entregar a la misma (más de catorce millones de pesetas), la realidad –no discutida– de que el acusado no ha devuelto nada a la Comunidad de propietarios ni ha acreditado, en forma alguna, la razón de ello, ni tampoco un propósito serio de hacerlo en el futuro, junto al largo período de tiempo de su administración, permiten inferir razonablemente la concurrencia del ánimo de apropiación cuestionado.

Por todo lo dicho, no es posible apreciar la infracción legal que se denuncia en el motivo que, consiguientemente, debe ser desestimado.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 257

Alzamiento de bienes. Elementos: perjuicio real y efectivo para el deudor

Segundo. 2. El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (art. 1.911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP 1973 y 257.1.º CP 1995 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: «alzarse con sus bienes» y «en perjuicio de sus acreedores».

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra o, de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdadero pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores», que utilizan los mencionados artículos, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión entendida, de este modo, se deducen tres consecuencias:

1.^a Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión *insolvencia*, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de *insolvencias punibles*, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo capítulo VII del título XIII del libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al CP 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una *insolvencia real y efectiva*, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la *insolvencia* como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos *total o parcial, real o ficticia* (Sentencias de 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (Sentencia de 6 de mayo de 1989), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no oculto y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse

en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta Sala con reiteración. Véanse las recientes Sentencias de 27 de abril de 2000 y 12 de marzo de 2001, entre otras muchas.

(Sentencia de 11 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 270

Propiedad intelectual: Sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo

Tercero. [...] Las consideraciones del recurso respecto de la prueba documental carecen de toda virtualidad. Sin embargo, es innecesaria su consideración, dado que sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 CP. Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película «Lobo» o de las otras películas que se dicen «repicadas» halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. La propia resolución de la Audiencia respecto de quiénes serían los titulares de la indemnización de 7.350 pesetas que establece en el fundamento jurídico quinto demuestra que al momento de dictar Sentencia no se había determinado quién era y, por lo tanto, si existía un productor perjudicado. Es evidente que de una instrucción insuficiente y de unas acusaciones poco diligentes en la comprobación de los elementos del tipo, no podía surgir sino una sentencia errónea como la que está ahora en consideración. Una Sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la Sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar Sentencia.

(Sentencia de 2 de octubre de 2002)

Artículo 284

Maquinaciones para alterar el precio de las cosas: bien jurídico protegido y exigencias del tipo objetivo

Primero. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el artículo 540 del Código Penal de 1973 ó 284 del Código Penal vigente.

1. Sostiene que alguno de los hechos constituyen un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el que el bien jurídico infringido es el intentar alterar los precios que habrían de resultar de la Ley de concurrencia de los títulos y acciones objeto de contratación. Para este delito es necesario que se realicen otras operaciones, como difundir noticias falsas, empleando la violencia, amenaza o engaño, posiblemente con falsedad para tal engaño, conduciendo a error, por lo que se desprende que es un delito complejo o amplio, compuesto de otros delitos como medios o instrumentos para producir la alteración y, por tanto, tiene que servir como criterio para seleccionar los hechos constituyentes del tipo, aunque se penen los distintos delitos (otros tipos) componentes por separado. Estima que los hechos son subsumibles en los artículos citados y debió elegirse dichos artículos, por aplicación del artículo 8.3 del Código actual, en el que se indican que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones cometidas en aquél.

Por último, señala que la sentencia condenatoria excluye el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y el de estafa, condenando en parte por otros delitos que no han sido objeto de acusación por la parte recurrente.

El motivo se refiere fundamentalmente a los casos Dorna y Oasis y Artificios Contables.

2. Los recurrentes pretenden que alguno de los hechos que se declaran probados y a los que se ha hecho mención en el apartado anterior son constitutivos de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, previsto en el artículo 540 del Código Penal de 1973 o en el artículo 284 del Código Penal vigente.

El Código derogado incluía las diversas modalidades de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en el título XIII dentro de la rúbrica general de delitos contra la propiedad. El vigente Código incluye también esta modalidad delictiva en el título XIII pero con la extensión de la protección jurídica al patrimonio y al orden socioeconómico, encuadrando el artículo 284 en la sección correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

En la redacción de ambos tipos se observan algunas modificaciones o adiciones. Se mantiene, como denominador común de la actuación delictiva, la difusión de noticias falsas y el empleo de violencia, amenaza o engaño, pero mientras el Código derogado añadía una cláusula analógica de cierre, excesivamente genérica: «usando de cualquier otra maquinación», el Código vigente, con acertado criterio, la elimina e introduce como forma comisiva la utilización de información privilegiada.

3. Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así, por algún sector se habla de la protección del «patrimonio personal de los ciudadanos». También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre concurrencia.

No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos.

Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria.

Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios.

La escasísima jurisprudencia sobre esta materia en relación con el anterior Código hacía una referencia significativa a la distinción entre los precios naturales de los precios artificiales fijados por la Administración (STS de 11 de noviembre de 1983).

Actualmente el delito tiene un perfil más amplio y se centra en torno a la protección del mercado y los consumidores como bienes relevantes, que tienen incluso un reflejo constitucional en los artículos 38 y 51. Así se destaca en la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1997.

4. Las actividades que se describen en relación con los denominados artificios contables o con las operaciones relacionadas con Dorna y Oasis no encajan en las previsiones del tipo de maquinaciones para alterar el precio de las cosas ni en su anterior versión ni en la presente.

El tipo objetivo exige la puesta en marcha de una serie de medios que son en sí mismos delictivos. La violencia o amenaza tienen una entidad propia, que de ninguna manera aparecen configurados en los hechos que se consideran probados. Pudieran ser detectados la concurrencia de información falsa y el uso de información privilegiada, pero resulta evidente que no se encuentra el dolo directo y específico de forzar al alza o a la baja los precios, ya que la finalidad perseguida por los que aparecen como autores de los hechos por los que han sido acusados ha sido la de enriquecerse personalmente, por lo que falta uno de los elementos esenciales del tipo.

No se observa la existencia de maniobras especulativas, dirigidas directamente a alterar el precio de las acciones, en consecuencia no cabe hablar de formas de concurso, ya que, como se ha dicho, lo únicamente detectado es la existencia de delitos patrimoniales en sus modalidades de apropiación indebida o estafa y también pudiera hablarse, como ya ha quedado expuesto, de falsedades documentales en cuentas y balances.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 290

Delito societario. Alteraciones contables: modalidad falsaria

No podemos compartir las tesis expuestas por la Sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios.

En primer lugar, hemos de sentar que, siguiendo la jurisprudencia tradicional de esta Sala, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles que no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de la empresa, sino que tienen una incuestionable vocación probatoria si la entidad en cuestión se ve abocada, por ejemplo, a un expediente administrativo o un litigio contencioso, en el que se discutan el pago de tributos a la Hacienda Pública, estatal, autonómica y foral.

El propio Código Penal vigente, en el artículo 305, al regular los delitos contra la Hacienda Pública, las califica de verdaderas falsedades al establecer que: «las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales» que se utilicen para cometer los fraudes quedarán exentos de responsabilidad penal por razones indudables de política criminal. Ahora bien, el legislador afirma tajantemente que las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades.

La misma consideración tenían en el Código de 1973 (art. 349). Las alteraciones contables no sólo introducen elementos documentales falsos en una actividad que debe desarrollarse con arreglo a la Ley, sino que inducen a error a los destinatarios de información sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo empresarial.

6. El interés evidente de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas es algo más que un mero formalismo. Importantes sectores doctrinales no han dudado nunca en incluir las falsedades en el grupo de infracciones contra la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba.

Esta valoración cobra una especial singularidad cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras cuya repercusión en la economía nacional es de tal intensidad que sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema.

Por ello, como apunta certeramente la parte recurrente, gran número de disposiciones legales cuidan especialmente de que estos documentos mercantiles reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa.

El Código de Comercio (art. 42) y las Leyes de Sociedades Anónimas (arts. 171, 189 y Sección Quinta del capítulo IV de la Ley) y de Responsabilidad limitada (artículo 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros se recoge en el capítulo III del título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342.

De manera más concreta y específica se impone la remisión o comunicación de balances periódicos, que reflejan la situación patrimonial contable de la sociedad a las autoridades monetarias y del mercado de valores (capítulo III, Sección Segunda de la Circular 4/1991 del Banco de España y en especial la norma cuadragésima novena, Orden ministerial de 18 de enero de 1991).

Existe una especial preocupación, como ya se ha señalado, porque las cuentas anuales de las empresas reflejen su imagen fiel, en orden a su situación patrimonial, sus operaciones financieras y los resultados de su actividad empresarial (art. 34.2 del Código de Comercio; artículo 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Refuerza esta exigencia la Ley sobre la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuyo artículo 4.f) se considera infracción muy grave el hecho de «carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que le impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad».

La misma Ley, en su artículo 4.i), hace referencia a la falta de veracidad en los datos o documentos que deban remitirse o sean requeridos por la autoridad administrativa y concede una especial importancia, en el artículo 4.j), al incumplimiento del deber de fidelidad informativa debida a los socios, depositantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante.

Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al Derecho Penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquéllas. Es necesario, además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional.

Nos encontramos ante incuestionables falsedades documentales, que merecen una especial sanción, bien en el campo genérico de los delitos falsarios o en el más específico de los delitos societarios.

7. La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del Derecho Penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada, ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos dicho afecta a los intereses de la comunidad.

8. La legislación derogada castigaba, sin ningún género de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y sobre todo cuando el documento era elaborado o producido por la persona o entidad, que hacía constar en él o incorporaba a su contenido como ciertos, hechos que no lo son. Las varias sentencias que se citan por la parte recurrente para confirmar esta tesis ponen de relieve que la alteración de la veracidad o autenticidad del documento produce la lesión de la confianza pública en su realidad y altera sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil.

9. Trasladando estas conductas al vigente Código Penal, observamos que el legislador ha querido destipificar algunas actividades falsarias, cometidas por particulares, como las que se derivan de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin que dicha conducta pueda extenderse a todos los supuestos en los que el mismo sujeto es a la vez el confeccionador y redactor íntegro del documento.

Ahora bien, esta postura que se refleja en el artículo 392 del Código Penal no supone una derogación general de la falsedad ideológica, sino que refleja la aceptación de una línea doctrinal y jurisprudencial que, en los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, propugnaba y propugna reducir el radio de acción de la respuesta penal. Sin embargo se mantiene la punición de aquellos casos en los que la verdad incide sobre bienes jurídicos transcendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica.

En el artículo 290 del Código vigente se recoge de manera específica una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, que es lo que ha sucedido en el caso que estamos examinando.

La protección de los intereses superiores del tráfico económico-financiero ha impulsado al legislador a salvaguardar a la entidad societaria, a los socios o a terceros frente a las maniobras falsarias en la documentación que deba reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, llegando a imponer la pena (uno a tres años de

prisión y multa de seis a doce meses) en su mitad superior, si se llegase a causar un perjuicio económico.

Como ya se ha dicho, a lo largo del Código vigente se mantienen una serie de conductas que se sitúan, en algunos casos, fuera del título de las falsedades y que constituyen verdaderas modalidades falsarias, en que su componente esencial es el de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin el propósito de agotar el tema, dada la extensión del motivo, podemos señalar la referencia que se hace en el artículo 261, al regular las insolvencias punibles, a la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente una declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Del mismo modo, en el artículo 382, que se incluye dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se castiga a los que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas, sobre los productos o servicios que ofrecen en sus campañas de publicidad. Por último, haremos referencia al artículo 326 que, al referirse a los delitos contra los recursos naturales o al medio ambiente, establece, como agravante específica, que permite imponer la pena superior en grado, el falseamiento u ocultación de información, sobre los aspectos ambientales de una instalación o industria. Con ello no agotamos todas las modalidades de falsedad ideológica o mudamiento de la verdad, que se recogen a lo largo del texto del nuevo Código Penal.

10. No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la *continuidad delictiva*, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código como el vigente artículo 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo, la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.

La propia parte recurrente ha reconocido y sostiene que el balance contable constituye, en sí mismo, una unidad que absorbe las variadas alteraciones documentales que es preciso realizar para presentar la situación aparente de una empresa.

En resumen, los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el antiguo artículo 303 en relación con el artículo 302.4.º y 6.º del Código Penal, pues se trata de una alteración originada por no reflejar la veracidad de la situación económica de la Empresa. Ahora bien, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una manipulación falsaria de carácter unitario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303, nos llevaría a una pena básica de prisión menor y multa, cuya individualización se hará al dictar la segunda sentencia.

Asimismo, los hechos estarían también penados en el artículo 390.1.º en relación con el 392 del vigente Código Penal como falsedades de particulares, a los que está señalada una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

11. En una Junta General de esta Sala, celebrada el día 26 de febrero de 1999, se abordó el alcance de la Reforma del Código Penal de 1995 en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de junio de 1997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que, además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2.º del Código Penal. Asi-

mismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1.º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos.

De todo ello se desprende que la conducta que se refleja en el apartado de Artificios Contables era delito de falsedad en el Código de 1973 y lo sigue siendo en el actual.

12. Ahora bien, no podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el Código vigente, en el artículo 290, castiga de manera específica, y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, contemplando una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que se impondrán en la mitad superior si se causare un perjuicio económico importante.

De la conjugación de todas estas posibilidades penológicas se llega a la conclusión de que la disposición más favorable para los acusados sería la contemplada en el artículo 303 en relación con el 302.4.º y 6.º del Código Penal de 1973 que, además era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, por lo que, sin perjuicio de las posibilidades que nos proporciona el nuevo Código, debemos atenernos a su contenido.

13. Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Por ello estimamos, y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que, partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión), pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

La necesidad de contemplar las múltiples variantes está reconocida de manera indirecta en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como «vuelta a la vida» y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1.º del Código Penal en relación con el 392.

De manera expresiva, el propio legislador, en el artículo 296.2, elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación, con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que se contempla en el actual artículo 290 del Código Penal.

Por último quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 295

La colisión entre el artículo 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, debe resolverse por la vía del artículo 8.4 (precepto que imponga mayor sanción)

Primero. (...) 3. Por otro lado, la pretensión del recurrente implicaría una nueva valoración de los documentos, que el Tribunal de origen ya ha efectuado con los resultados que la sentencia refleja.

Pero todavía más; si con la modificación de hechos probados se intenta propiciar la aplicación o inaplicación de un precepto penal sustantivo, en el presente caso carecería de sentido, o mejor, entraría en contradicción con la petición formulada en el motivo primero de que se condene al acusado por delito del artículo 295 del CP.

La condena por tal precepto excluiría la de la apropiación indebida, dada la semejanza e identidad de ambos preceptos, sobre los que esta Sala ha comparado, en trance de delimitar su alcance aplicativo, a dos círculos secantes, cuasi-coincidentes en su contenido.

El tipo del artículo 295 del CP, en su modalidad de «disposición fraudulenta de bienes», entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del artículo 252 del CP, pues lo que en el primero se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la Sociedad. Pero como quiera que el artículo 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, también encajaría en él el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000 pesetas

La colisión entre el artículo 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, y que más de una vez resultarán simultáneamente aplicables, debe resolverse por la vía del artículo 8.4.º (precepto que imponga mayor sanción), según ha dejado sentado la doctrina de esta Sala (véanse SSTs de 26 de febrero de 1998; 3 de abril de 1998, 17 de octubre de 1998, 12 de mayo de 2000 y 12 de julio de 2000).

Tampoco es correcto jurídicamente dislocar o descomponer la conducta del acusado, contemplando por una parte el delito continuado de apropiación indebida, referido a los fondos administrados, y la apropiación indebida del nombre comercial que es otro elemento más, con valor patrimonial, de esos fondos, cuya apropiación también se le imputa. La sucesión de leyes, por cambios legislativos (arts. 535 CP

de 1973 y 252 del actual), no debe impedir la estimación del delito continuado del artículo 74 (art. 69 bis).

El motivo debe decaer.

(Sentencia de 31 de enero de 2002)

Administración desleal versus apropiación indebida: en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad

Vigesimoctavo. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º la LECrm, estimándose infringido el artículo 24 del Código Penal de 1973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al artículo 295 del Código Penal de 1995 indebidamente preterido al aplicar la sentencia el artículo 535 del Código Penal de 1973.

1. El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el artículo 535 (Código Penal de 1973) y el artículo 295 (Código Penal de 1995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultractividad de las leyes temporales (art.2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la Ley Penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del artículo 535 (Código Penal de 1973) y sí, por el contrario, en el artículo 295 (Código Penal vigente) procede la aplicación retroactiva de este último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal de 1973 y 2.2 del vigente.

2. La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el artículo 535 del Código Penal de 1973 en relación con los artículos 529.7.ª y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al artículo 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (artículo 535 del Código Penal, texto refundido de 1973) a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8 del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3. La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentinia Trust y en ella se afirma que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535 no ha

sido sustituido por el nuevo artículo 295, sino por el 252, que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el Código Penal de 1973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4. Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquel caso concreto a la cuestión planteada creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador, en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5. Por último, cuando el administrador, prevaliéndose, como es lógico, de su cargo y de su posición en la entidad societaria, realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es, por tanto, más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6. Resumiendo todo lo anteriormente expuesto, afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se prueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal reúnen, como único factor común, la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el artículo 719 del Código Civil y, por otro, y con carácter específico, el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consume por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 301

Ocultar bienes procedentes de un delito de tráfico de drogas

Trigesimocuarto. (...) Entendemos que no existió el delito simple de encubrimiento en ninguna de las modalidades del artículo 451, sino el delito del artículo 301.1 con la agravación específica del párrafo II por referirse a un delito de tráfico de drogas, el llamado blanqueo de bienes o de capitales que, en definitiva, sanciona unas conductas más específicas del encubrimiento y cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 8 del CP, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios.

Y que el artículo 301 fue bien aplicado en el caso presente es evidente: ocultar en una caja de seguridad más de 23 millones de pesetas para ayudar a un hermano suyo a fin de excluir tal dinero de la posibilidad de embargo por el juzgado, aunque fuere con la finalidad de destinar ese dinero al pago de una fianza para conseguir su libertad, encaja en los términos de tal artículo 301. Fue un acto de ocultación de bienes procedentes de un delito relativo al tráfico de drogas que tenía por finalidad ayudar al delincuente a eludir las consecuencias legales de sus actos.

(Sentencia de 19 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 305

Delito de defraudación tributaria o delito fiscal. Personas responsables criminalmente. Los acusados aportaron una mercantil inactiva para utilizarla como empresa interpuesta para ocultar el negocio de compraventa realmente realizado. Diferencias con: economía de opción y fraude de ley

Quinto. Se denuncia infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 15 bis del Código Penal del 1973, vigente en el momento de los hechos.

El argumento es que la imputación de un delito especial propio, cometido en el ámbito de una persona jurídica, a su administrador, no puede basarse en el simple dato de ostentar formalmente esa condición de administrador. Es necesario que quede acreditada la intervención material del sujeto en el hecho, con acciones u omisiones que permitan sostener la atribución a título de autor.

En este caso, el sujeto pasivo del ITP sería Suelo Patrimonial, S. A., y R. C. sólo podría ser tenido por implicado en esa acción en el supuesto de que pudiera acreditarse alguna intervención material en la misma. A este respecto, se señala, el Tribunal no da por acreditado de quién hubiera sido la idea ni el acuerdo de efectuar la venta de los solares mediante la interposición de Profimar, S. A., aunque sí entiende que el que ahora recurre aceptó esta modalidad de enajenación. Pero, se hace notar, aceptación no equivale a dominio del hecho y tampoco, en consecuencia, a autoría.

Pero, como consta en la sentencia, el propio R. C. reconoció de forma expresa que la venta se concertó entre la familia V. F. y Suelo Patrimonial, S. A., de la que la primera recibió el precio convenido por los terrenos. Por otra parte, la presencia de R. C. es constante en todo el desarrollo de la operación, al punto de que puede decirse que es el verdadero *factótum* de la misma, del lado de la entidad compradora, Suelo Patrimonial, S. A.-Kepro, S. A, en su calidad de consejero delegado; papel directivo eficazmente ejercido, en primera persona, en este caso.

Es por lo que «aceptación», en contra de lo que sugiere la parte, no tiene aquí la significación de asentimiento meramente adhesivo a una decisión ya tomada en otra sede; sino que denota el acuerdo en el modo de llevar a cabo un complejo proceso reflexivamente dirigido a producir y a obtener un ingente beneficio patrimonial, a costa de omitir, en parte altamente significativa, pagos debidos al erario público, por razón de la verdadera naturaleza del negocio efectivamente realizado.

Así, es patente que R. C. contribuyó de forma decisiva a formar la decisión de operar como consta; es decir, de manera preordenada a obtener el beneficio que se ha dicho. De este modo, si fue condenado, ello no se debió a la mera formalidad de la

ostentación del cargo, sino al ejercicio en plenitud de todas las atribuciones propias del contenido del mismo. O lo que es igual, al hecho de haber actuado realmente en representación de la persona jurídica de que se trata. Por tanto, este motivo tampoco resulta atendible.

(...)

Undécimo. Lo que ahora se denuncia es infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal de 1973.

El argumento de apoyo es que en el caso no se dio simulación alguna sino plena coincidencia entre voluntad y declaración. Así, no concurren los elementos del tipo objetivo del delito de defraudación tributaria, en concreto el elemento típico «defraudare» del artículo citado. Entiende, pues, el recurrente que no hubo ocultación del hecho imponible, pues los únicos hechos imponibles fueron la percepción por Inversiones S'Agaró, S. A., de las cantidades correspondientes a la ampliación de capital; y el relativo a la posterior adjudicación de terrenos a Kepro Costa Brava, S. A., al ejercitar ésta su derecho a la separación de la sociedad, con la consiguiente reducción del capital de Inversiones S'Agaró, S. A., Fue en cada uno de los socios (y no en la sociedad) donde emergió realmente el hecho imponible representado por la real percepción de una contraprestación por la renuncia a los derechos de suscripción preferente.

La simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley. De este modo, lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (antijurídica). Por eso, frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir.

En el caso que se examina, el Tribunal ha entendido que lo producido fue un supuesto claro de simulación, debido a que el genuino interés de los implicados no estaba en la ampliación del capital y la incorporación de nuevos socios. Simulación, pues, y no mero fraude de ley, ya que, en el caso de éste, el negocio o negocios realizados son reales. No se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma («norma de cobertura»), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto («norma defraudada»).

Es haciendo uso de este aparato conceptual como debe analizarse la actuación de Inversiones S'Agaró, S. A., en su relación con Kepro Costa Brava, S. A., para ver si es cierto que, como sostiene la Sala de Instancia, lo perseguido realmente a través de la estrategia de relaciones jurídicas puestas en juego fue, en lugar de aumentar el número de socios y el capital social para abordar nuevos proyectos, la compraventa de unos terrenos sin hacer frente a la carga tributaria que debería haberse soportado como consecuencia de esta operación.

A este respecto es un dato revelador que el contrato de 29 de diciembre de 1988, el contrato ficticio que permitiría a Kepro Costa Brava, S. A. —mediante la adquisición y posterior ejercicio del derecho de suscripción preferente de las acciones de nueva emisión—, asumir una posición mayoritaria en Inversiones S'Agaró, S. A., no llegara a suscribirse por todos los socios, debido a un supuesto desacuerdo de fondo. Y que no obstante esto, sorprendentemente (sentencia, folio 40), de manera inmediata, se hubiera otorgado la escritura pública autorizando esa operación, de la que formaba parte el reconocimiento del derecho de separación a favor de la primera enti-

dad, en términos tales que, en caso de ejercitarse, el rescate de las acciones se haría con cargo a los activos de la empresa, significativamente representados por los terrenos, puesto que el dinero pagado por los derechos de suscripción preferente, como se ha dicho, había entrado directamente en el patrimonio personal de cada uno de los socios.

El Tribunal, cargado de razón, halla un potente elemento de corroboración de la hipótesis expuesta en el dato de que, no obstante lo afirmado en el sentido de que la decisión de las entidades implicadas era abordar proyectos –sin duda importantes– de edificación, no haya constancia de que hubiera tenido lugar alguna previsión, y ni siquiera conversación, al respecto. Como, asimismo, en el de que mientras duró la incorporación de Kepro Costa Brava, S. A., como socio no se hubiese abordado ninguna actuación en esa línea. Lo que abona de forma clara el carácter de apariencia atribuido a esa peculiar trama jurídica, que, en fin, produjo un efecto que arroja todavía mayor luz acerca de su verdadera significación. Y es que permitió a los interesados el ahorro de una importantísima cantidad de dinero, que, de otro modo, habrían tenido que pagar para obtener de forma lineal y conforme a derecho el efecto de transmisión de los terrenos en juego. Siendo ésta la operación a la que debe estarse realmente, por imperativo de lo que dispone el citado artículo 25 de la Ley General Tributaria.

Como consecuencia de lo razonado, hay que concluir que existió realmente el elemento típico de la defraudación a la Hacienda Pública, en cuantía muy superior a los 15 millones de pesetas, lo que hace que fuera plenamente correcta la aplicación del artículo 349 del Código Penal de 1973.

Duodécimo. Por el cauce del artículo 5.4 LOPJ, se alega vulneración del artículo 25.1 CE, que consagra el principio de legalidad.

El argumento es que en este caso el Tribunal habría extendido el precepto sustantivo últimamente citado a conductas que materialmente no son constitutivas de «defraudación», lo que supone un ejercicio de la analogía que está vedado cuando se trata de la aplicación de normas penales, pues entra en colisión con el aludido principio y también con el derecho fundamental a la libertad, ya que la consecuencia de la decisión adoptada es una privación de libertad que legalmente no tiene justificación.

En este motivo, como en el anterior, el recurrente razona a partir de la apariencia y negando la realidad negocial subyacente que es la tenida en cuenta por el Tribunal, con inobjetable apoyo probatorio. Puesto que se trata de una reiteración del motivo precedente, no cabe sino remitirse a lo razonado a propósito del mismo.

Décimotercero. La denuncia es de infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 14.3.º del Código Penal de 1973.

El argumento de apoyo es que no cabe afirmar que el recurrente, con su forma de actuar en los hechos de referencia, hubiera generado un riesgo no permitido, debido a la infracción de deberes propios. Para que pudiera atribuirse a R. C. la condición de partícipe en calidad de cooperador necesario sería preciso que existiera un hecho antijurídico principal cometido por un tercero, al que él hubiera contribuido con una actividad esencial y con dolo de participar.

La sentencia de instancia atribuye al que recurre la cooperación necesaria en dos delitos contra la Hacienda Pública, dada la relevancia de su intervención en las relaciones entre Solares S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., por su posición preeminente en Kepro, S. A.. Pues bien, a tenor de la dinámica comisiva sobre cuyas peculiaridades se ha discurredo de forma reiterada y que consta descrita con minuciosidad en la sentencia, es patente que la ocultación del desplazamiento de la titularidad de los terrenos de «Solares S'Agaró» bajo la cobertura de la sofisticada negociación aparente descrita en los hechos probados, no habría podido producirse de no ser merced a la aportación de R. C. en su calidad de consejero delegado de Kepro Costa Brava, S. A., filial de Kepro, S. A.

A partir de estas consideraciones, no cabe duda sobre la pertinencia de la aplicación del precepto sustantivo que se dice infringido. En efecto, el recurrente prestó una contribución sin la que habría sido imposible desplegar la compleja y articulada estrategia negocial bien calificada de aparente, para hacer viable la ocultación del trato efectivamente realizado; y, así, tuvo en su mano la capacidad de decidir al respecto, pues, en el caso concreto, de no haberse dado su aportación los hechos habrían desarrollado necesariamente de manera muy distinta; cosa, por lo demás, de la que él —empresario experimentado— fue bien consciente en todo momento.

Se pide en el escrito del recurso un pronunciamiento de este Tribunal sobre «si quien paga una cantidad de dinero a otra persona, incluso teniendo por probable que este segundo procederá a defraudar a la Hacienda Pública en cuanto a los rendimientos obtenidos, puede ser estimado partícipe de un delito de defraudación tributaria».

Pero ocurre que no puede aceptarse el planteamiento del asunto implícito en semejante modo de presentarlo. Pues lo que con amplia base probatoria se reprocha al que recurre no es una concurrencia accidental y desde fuera a la acción defraudatoria de un tercero, sino la participación esencial con plena conciencia y desde dentro en el diseño de ésta, en busca de una finalidad lucrativa, asimismo, compartida. Es por lo que el motivo debe rechazarse.

(...)

Décimoquinto. Se aduce infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por inaplicación del artículo 6 bis a) del Código Penal de 1973.

Argumenta el recurrente que la participación punible en un delito de defraudación tributaria requiere la constatación de un dolo de participar, así como de un dolo referido a la comisión por el autor principal de un delito de defraudación tributaria. De ambos tendrían que concurrir indicios materiales, que, se dice, en este caso no han estado presentes.

En concreto, se afirma, el hecho de ser el responsable de Kepro, S. A., en España no es razón suficiente para atribuir a R. C. el dolo de participación necesaria en la defraudación. Y tampoco puede reprochársele por ese título el hecho de que Inversiones S'Agaró no hubiera cobrado a esa entidad el IVA correspondiente a la adjudicación de los terrenos, a través del ejercicio del derecho de separación pactado.

En este caso —se reitera en la parte del escrito que se examina—, puesto que la intervención del recurrente se redujo a un sólo hecho, no cabría, en ningún caso, imputarle dos acciones de cooperación necesaria, esto es, dos delitos. Por eso tendría que apreciarse la existencia de un error de tipo (como mínimo vencible) en relación con la participación en los dos delitos, o, cuando menos, en uno de ellos. Lo que llevaría consigo la impunidad de la conducta, puesto que no existe una previsión legal de participación imprudente en el delito de defraudación fiscal.

Para que pueda apreciarse el error de tipo, se requiere el desconocimiento de un elemento relevante del supuesto de hecho descrito en aquél, es decir, la falta de conciencia de que al obrar como se hizo se estuviera realizando la situación prevista en la norma penal como delito.

De este modo, estando acreditada por la prueba la intervención relevante en la situación típica, tendría que estarlo, asimismo, la existencia de datos razonablemente sugestivos de que el correspondiente modo de obrar se produjo sin un conocimiento adecuado de los rasgos caracterizadores de aquélla. Al efecto, es bien conocida la jurisprudencia de esta Sala que exige la acreditación tanto de la existencia del error (SSTS de 13 de junio de 1990, de 22 de enero de 1991 y de 7 de julio de 1997), como, en su caso, del carácter invencible del mismo (SSTS de 28 de marzo y de 30 de junio de 1994).

Pero una vez más hay que poner en cuestión el punto de partida del razonamiento del recurrente, pues lo que se desprende del resultado de la prueba, como consta en los hechos, a los que debe estarse, es que R. C., desde su posición preeminente en el grupo Kepro, participó de la forma relevante que se ha dicho y con plena conciencia de lo que hacía y del fin realmente perseguido en el desarrollo del complejo proceso negocial reiteradamente aludido. No hay, pues, elemento probatorio alguno que permita acoger la hipótesis del recurso en este punto, es decir, que R. C. hubiera podido ser un *partner* ingenuo en tan elaborado *modus operandi* defraudatorio. En efecto, como ya se ha dicho en lo que antecede y razona con plena racionalidad el Tribunal, todo indica que Inversiones S'Agaró, S. A., y la entidad gestionada por el recurrente, con la forma de actuar descrita, sólo persiguieron una finalidad: el desplazamiento de la titularidad de los terrenos a la segunda. Así, y puesto que la consecución de ese resultado en las beneficiosas condiciones fiscales buscadas hacía preciso articular la operación de la forma que consta, es evidente que R. C. fue consciente del alcance antijurídico de cada uno de los pasos dados, en tanto que imprescindibles para obtener el fin defraudatorio reflexivamente perseguido. Es por lo que el motivo debe ser igualmente rechazado.

Decimosexto. Con base en el artículo 849.1.º LECrm, se alega falta de aplicación del artículo 9.10.ª del Código Penal de 1973.

El argumento es que el delito de defraudación tributaria es un delito especial propio, lo que ha de llevar consigo que la sanción del «extraneus» por su participación resulte atenuada, en atención a que sobre él no pesa el deber específico cuyo cumplimiento se procura por la norma. Entiende el recurrente que, dado que no concurre el quebrantamiento de ese deber, no se podría aplicar al extraño el mismo marco legal de pena que corresponde al que sí está afectado por él, procediendo, por tanto, la inferior en grado.

Partiendo de que no existe ninguna duda acerca de la punibilidad en concepto de cooperador necesario del «extraneus» que participa de manera decisiva en la realización del hecho típico, en delitos como los de que aquí se trata (entre otras, STS de 20 de mayo de 1996), tiene razón el recurrente al reclamar una discriminación favorable en el plano de la penalidad, puesto que, en efecto, se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él; y, por coherencia, hay que distinguir entre los diversos coeficientes de ilicitud observables en la conducta de uno y otro. Así lo ha entendido esta Sala al decantarse por la aplicación de una atenuante analógica, del artículo 9.10.ª del Código Penal de 1973 (por todas, Sentencia de 20 de mayo de 1996).

Ahora bien, esto resuelto, queda abierto el problema, también planteado por el que recurre, relativo al alcance que deba darse a la atenuación. Esto es, si lo que procede es situar la pena en el grado mínimo o hacerla descender a la inferior en grado. Aquél opta, obviamente por esta segunda posibilidad, pero al respecto es de señalar la existencia de un criterio jurisprudencial que se orienta en la primera dirección (SSTS de 10 de enero y 12 de febrero de 1997), y que tiene apoyo en la disposición del artículo 60.1.º del Código Penal de 1973, puesto que lo que concurre es una sola circunstancia atenuante y no se dan méritos para que sea valorada como muy calificada; ya que, más allá del dato formal de la no concurrencia del deber específico en el extraño, compensado como se ha dicho, lo cierto es que su conducta en este caso, por el grado de elaboración y de conciencia de la antijuridicidad que denota, se hace acreedora de un intenso reproche. De este modo, el recurso debe acogerse en el sentido de imposición de la pena en el grado mínimo.

Recurso de Kepro Costa Brava, S. A.

Primero. Con invocación del artículo 849.1.º LECrm, se denuncia infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal de 1973, ya que la Sala habría considerado incorrectamente que el conjunto de las operaciones en las que intervinieron Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., constituyen dos delitos contra la Hacienda Pública. Y ello porque dichas operaciones no integran una simulación y tampoco un fraude fiscal, y sí sólo una economía de opción, o, en último extremo, un fraude de ley, supuestos en los que no cabe sanción de índole fiscal y menos aún penal.

En el desarrollo del motivo, luego de recoger los argumentos de la sentencia que no se comparten, se describe cada una las modalidades de actuación (economía de opción, fraude de ley, simulación) a que, en principio, podría asimilarse el *modus operandi* que ha sido objeto de enjuiciamiento, en lo que afecta a la parte promotora de este recurso.

La tesis de la recurrente es que las operaciones realizadas entre Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., únicamente pueden subsumirse en la figura de la economía de opción, y ello debido a que los negocios celebrados no están prohibidos por el ordenamiento y han desplegado las consecuencias que éste ha previsto para los mismos; dándose, además, una coincidencia entre los efectos de los negocios jurídicos llevados a cabo –ampliación de capital, renuncia de los socios al derecho de suscripción preferente, suscripción por un nuevo socio, ejercicio del derecho de separación y pago mediante la entrega de terrenos– y los de la compraventa. A lo que habría que añadir el carácter real de los flujos económicos, que la que recurre identifica en el hecho de que los accionistas recibieron el importe de la renuncia a su derecho de suscripción preferente.

La llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento, que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas.

Algo distinto ocurre en los casos de la simulación y del fraude de ley, figuras en todo caso connotadas de ilicitud y caracterizadas –más allá de sus diferencias– porque quien recurre a ellas busca desfigurar en alguna medida ciertas particularidades de su comportamiento a los ojos del orden jurídico. En definitiva, tiene algo que ocultar.

Así, en el caso de la simulación –aquí se trata de la relativa– se da un relevante componente de ocultación, mediante la puesta en escena de alguna apariencia de actividad negocial, sólo dirigida a distraer la atención de los eventuales observadores, para evitar que puedan tomar conocimiento de que lo efectivamente realizado bajo tal pantalla es un negocio que está en colisión con la ley.

El fraude de ley es una forma de «ilícito atípico», en la que, asimismo, se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma («de cobertura»), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas.

En el caso contemplado, la exclusión del fraude de ley requiere escaso esfuerzo argumental. En efecto, en el desarrollo de esta figura concurre un solo plano empírico de actuación en el tráfico jurídico, y dos planos de legalidad como referencia, con los que se opera tácticamente de la forma que se ha ilustrado. Mientras que en las relaciones entre las dos entidades de que aquí se trata es evidente la presencia de dos pla-

nos de actividad jurídico-mercantil. Pues resulta claramente perceptible a primera vista el desarrollo de una compleja serie de vicisitudes formalizadas de carácter asociativo; y, al mismo tiempo, a tenor del resultado final del cuadro de relaciones entre las dos sociedades, reclama la atención todo un conjunto de datos que han de ser leídos en una clave jurídica rigurosamente diversa, que lleva a la conclusión de que lo concordado y perseguido fue ciertamente una compraventa de terrenos. Acto efectivamente realizado, por el que no se tributó: otro argumento que hace imposible la calificación de fraude de ley.

Descartado este último, los términos de la alternativa son la llamada economía de opción o la simulación. Y, como ya se ha explicado al tratar de otro recurso y no se va a reiterar, es la hipótesis de la simulación la única apta, por su eficacia explicativa, para dar cuenta cabal de lo sucedido en el caso que es objeto de esta causa.

En efecto, aparte de las vicisitudes de auténtica ingeniería jurídico-mercantil, en que se concretan las relaciones de Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., no existe ningún dato mínimamente sugestivo de que entre ambas hubiera mediado un proyecto de actividad empresarial con alguna vocación de permanencia; y esto tanto antes como después de la entrada de Kepro Costa Brava, S. A., en Inversiones S'Agaró, S. A., Si se prescinde del interés representado por la adquisición de los terrenos en muy ventajosas condiciones fiscales, a la pregunta sobre qué pudo mover a Kepro Costa Brava, S. A., para integrarse como socio en Inversiones S'Agaró, S. A., no hay respuesta, no obstante la amplitud y riqueza del nutrido cuadro probatorio. Es preciso incorporar el dato de la compraventa para que ese rapidísimo viaje de ida y vuelta adquiera todo su sentido y, más aún, lo cobre también el régimen de cautelas preestablecido para el caso de ejercicio del derecho de separación del nuevo socio, que habría carecido francamente de fundamento en otro contexto.

Por eso está cargada de sentido la afirmación de la Sala de Instancia relativa a que el flujo económico fuera cierto únicamente para la realidad de la transmisión de los terrenos, resultando inefectivo y revocable mientras perdurara la simulada asociación que recogían los documentos públicos.

En definitiva, la pretensión de que las relaciones entre las dos sociedades sean reconducidas a la figura de la economía de opción es rigurosamente inatendible. Por lo que acaba de exponerse y por lo ya razonado al tratar del mismo asunto en el momento de examinar el recurso de R. C. La manipulación distorsionadora del orden jurídico-mercantil de que dan buena cuenta los hechos probados, con la consecuencia de detraer a las arcas públicas una importante cantidad de ingresos debidos a tenor de la verdadera naturaleza del negocio efectivamente acometido, no puede ser considerada una alternativa legítima entre otras posibles. Así, es patente que no se dio la infracción de ley invocada al comienzo del desarrollo de este motivo, que, por ello, debe ser desestimado.

Cuarto. Se denuncia infracción de ley sustantiva, de las del artículo 849.1.º LECrm, por haberse apreciado la existencia de un delito contra la Hacienda Pública, del artículo 349 del Código Penal de 1973, en relación con el Impuesto sobre Sociedades cuyo pago correspondería a Inversiones S'Agaró, S. A., cuando —afirma la recurrente— lo cierto es que a dicha sociedad le es de aplicación el régimen de transparencia fiscal, conforme al cual no es procedente declarar en el Impuesto sobre Sociedades de Inversiones S'Agaró, S. A., los beneficios obtenidos como consecuencia de la enajenación de los terrenos, y sí la imputación de los beneficios de dicha sociedad a los socios a efectos de su declaración del IRPF.

En este sentido, se dice, lo relevante no es el hecho de que la entidad hubiera tributado anteriormente por el Impuesto de Sociedades, sino determinar si en el ejerci-

cio en el que se dice cometidos los delitos fiscales era o no procedente hacerlo por aquel impuesto. Para ello hay que considerar: que los terrenos de S'Agaró se habían adquirido durante los años 1987-1988; que representaban aproximadamente el 78 por 100 del patrimonio de la sociedad; y que dejaron de pertenecer a la sociedad inmediatamente después y como consecuencia de su entrega a Kepro Costa Brava, S. A., cuando ésta hizo uso del derecho de separación. Además, la propia sentencia reconoce la voluntad de especular con los terrenos en vez de dedicarlos a la construcción de viviendas. De todo esto, la recurrente entiende debe inferirse que concurrían los elementos precisos para que en el ejercicio de 1988 fuera de aplicación a Inversiones S'Agaró, S. A., el régimen de transparencia fiscal, por lo que no podría haberse apreciado, como hace la sentencia, un delito contra la Hacienda Pública del artículo 349 del Código Penal de 1973.

El régimen de transparencia fiscal supone que la renta obtenida por una sociedad, a efectos fiscales, se desplaza en su integridad sobre los socios (aunque no se acuerde su distribución) en la proporción correspondiente, pasando a formar parte de la renta individual de cada uno de ellos, que tributará por el impuesto personal, mientras que, en cambio, la sociedad como tal no lo hará por el de sociedades.

La Sala de Instancia, reconociendo que en Inversiones S'Agaró, S. A., se daba uno de los requisitos del artículo 12 de la Ley de IRPF de 1978 para la entrada en juego del régimen de transparencia fiscal (que más del 50 por 100 del capital perteneciera a diez o menos socios), entendió que, en cambio, no se cumplía el otro, es decir, que la sociedad pudiera conceptuarse de mera tenencia de bienes.

La recurrente advierte en este modo de concluir una contradicción, pues dice que en el párrafo sexto del fundamento decimoquinto de la sentencia se afirma que «la voluntad de la entidad Inversiones S'Agaró, S. A., no fue la de ampliar el espectro societario para abordar nuevos proyectos, sino la de enajenar unos terrenos de los que se podía obtener importantes plusvalías... [de manera que] las actuaciones jurídicas abordadas fueron dirigidas exclusivamente a la defraudación de los intensos tributos que habrían de afrontar si se procedía a la ordinaria enajenación de solares».

Sin embargo, leído ese pasaje en el contexto de todo el discurso de la sentencia relativo a las relaciones de Inversiones S'Agaró con Kepro Costa Brava, S. A., se advierte que existen dos órdenes de consideraciones. Unas se refieren a la caracterización de la primera sociedad, con objeto de comprobar si le era o no aplicable el régimen de transparencia fiscal. De ellas forma parte la constatación de que «venía liquidando y contribuyendo por el Impuesto de Sociedades (con afrontación incluso de pagos a cuenta)», así como la de «la plena afectación de los bienes de la empresa, como se manifestó en el acto del juicio oral al admitir que con los terrenos vendidos se había hecho un plan de urbanización que entra dentro del objeto social, que la entidad tenía desde el inicio la voluntad de promover en ellos la construcción de viviendas, y que tal voluntad persiste con relación a los otros terrenos que se mantienen, estando algunos en trámite de calificación y habiéndose abordado en otros la efectiva construcción de naves y posterior venta a terceros».

En cambio, el texto en el que fija su atención la recurrente versa sobre un momento posterior y denota un cambio en la actitud empresarial de Inversiones S'Agaró, S. A., en relación con los terrenos objeto de la operación convenida con Kepro Costa Brava, S. A., entidad que no tenía otro interés en la incorporación a la primera que no fuera obtener las importantes plusvalías a que se refiere el tribunal de instancia, llamadas a nutrirse en parte relevante con lo no pagado a la Hacienda Pública. Así, queda claro que una cosa es el perfil de Inversiones S'Agaró, S. A., por su forma de presentarse y operar en el tráfico mercantil con anterioridad al inicio de las operaciones objeto de esta causa, que es a lo que hay que estar y a lo que la

Audiencia se atiene para determinar si le era o no aplicable el régimen de transparencia fiscal; y otra diferente el tenor y el objetivo de sus relaciones con Kepro Costa Brava, S. A.,

Por lo demás, y como argumento de refuerzo, hay que decir que en la medida en que el que se examina es un motivo de infracción de ley, su correcto planteamiento obliga a estar a los datos fácticos consignados en la sentencia que son, precisamente, los que sirven de base a la decisión de la Sala en este punto y tienen, como resulta advertible incluso a través alguna de las citas que acaban de hacerse, el necesario sustento probatorio.

En definitiva, y, como consecuencia de lo razonado, el motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de julio de 2002)

ARTÍCULO 308

Fraude de subvenciones. Engaño en la percepción de prestaciones por desempleo versus estafa: Atipicidad de las defraudaciones de cuantía no superior a los 10.000.000 de pesetas

Primero. (...) Analizaremos este apartado de la impugnación. En reiterada jurisprudencia, por todas STS de 3 de abril de 2001, hemos declarado los requisitos de la estafa. Así, la existencia de un engaño precedente que integra el elemento esencial de la estafa en tanto que con la maquinación ideada se acecha un patrimonio ajeno; el engaño ha de ser bastante, suficiente y hábil para la consecución del fin propuesto que será valorado tanto objetiva como subjetivamente, es decir, teniendo en cuenta módulos objetivos y las circunstancias personales de los destinatarios de la maquinación; el engaño debe producir un error en los destinatarios causalmente relacionados; el error producido debe ser la causa de la disposición patrimonial de manera que el engañado, en su virtud, realice una disposición económica de su patrimonio que no hubiere realizado de no mediar la conducta engañosa. Estos requisitos han de ser acompañados de los que se denuncian del tipo subjetivo, un dolo, entendido como concurrencia y voluntad de realizar el tipo penal y el ánimo de lucro de este delito contra el patrimonio, consistente en el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, pues se trata de un delito contra el patrimonio (STS de 5 de enero de 2001).

Los anteriores elementos aplicados al hecho probado permiten declarar que los condenados engañaron para la obtención de un patrimonio al que no tenían derecho por no haber cumplido los requisitos que el ordenamiento previene para la percepción del subsidio de desempleo. Ahora bien, la tipicidad de la estafa no se conforma sólo con el engaño que es un requisito común de toda defraudación. Hay que delimitar si la administración actuó en la disposición económica que realizó a causa del engaño que le fue realizado, y su consiguiente error, o si lo hizo en virtud de una normativa específica que le obliga a satisfacer determinadas prestaciones a quien reúna los requisitos que, previstos en la ley, sean presentados por quien los requiere de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos para la percepción del subsidio. La administración, a través de sus funcionarios, comprueba formalmente la petición y realiza la orden de abono, sin que realice, ni pueda realizar, un estudio sobre la veracidad de los datos sino que meramente comprueba su concurrencia.

La existencia del engaño es palmaria. Desde el hecho probado se afirma que los acusados no reunían los requisitos previstos para la obtención de la prestación, aun

cundo los mismos aparecieran documentalmente concurrentes, mediante las mendacidades que hicieron figurar en los documentos presentados.

Pero esta mendacidad no es suficiente para afirmar los requisitos de la estafa. Como dijimos en la STS de 14 de septiembre de 2001, «el autor de la estafa utiliza el engaño para inducir al sujeto pasivo de la estafa a una disposición patrimonial que es la que produce la autolesión del propio patrimonio. Toda inducción basada en el engaño del sujeto inducido afecta, como es obvio, a la autodeterminación del sujeto pasivo y por ello pone ya de manifiesto que en el delito de estafa existe un importante componente del objeto de protección que se relaciona con la libertad del sujeto pasivo». Es necesario que la disposición típica de la estafa obedezca, tenga por causa, a una situación de error producida por el engaño del sujeto activo.

En el supuesto objeto de la casación que conocemos, el sujeto pasivo que recibe el engaño actúa con independencia del mismo, es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos que dan lugar a la disposición sin que ésta esté causalmente relacionada con el error. Por ello, el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad, en el fraude de subvenciones.

Con independencia de lo anterior, aun considerando que el hecho declarado probado puede ser subsumido en el delito de estafa sería de aplicación el principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal. La jurisprudencia de esta Sala, SSTS 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1997, 25 de noviembre de 1998, 19 marzo de 2001 y 19 de abril de 2001, tiene declarado que «el pago de subsidios de desempleo es una actividad de finalidad social y promueve la consecución del fin público de paliar los efectos negativos del paro laboral» (STS 25-11-1998) y «Las ayudas previstas en el Real Decreto 2298/1984, de 26 de diciembre, constituyen una disposición gratuita de fondos públicos para promover la consecución de un fin público en los términos del artículo 81.2.a) de la Ley General Presupuestaria» (STS 19 de abril de 1997). «De esta manera se evita la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención.»

La conducta declarada probada, la obtención de subsidios de desempleo, en principio, es típica del artículo 308 del Código Penal, debiendo ser incluido en el supuesto típico de subvención y de ayuda el subsidio de desempleo. Los fondos dispuestos son fondos públicos destinados a intereses generales, públicos y sociales. Dentro del sistema de seguridad social existen dos niveles de cobertura por desempleo, por una parte, a nivel contributivo, la prestación por desempleo, y a nivel asistencial, el subsidio de desempleo.

En este sentido, la Ley General Presupuestaria define la subvención en su artículo 81.2 que incluye como tales: «a) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público. b) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea».

La prestación, o el subsidio, por desempleo, participa del concepto legal de subvención y, consecuentemente, su obtención fraudulenta es típica del delito previsto en el artículo 308 del Código Penal.

Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, en el supuesto de que se entendiera que la conducta fuera subsumible en este tipo penal. En este supuesto, la aplicación del principio de especialidad haría inaplicable el tipo penal de la estafa, por aplicación del preferente de fraude de subvenciones y ello con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad contenido en este tipo penal referido a la cuantía de 10 millones de pesetas para su punición.

La divergencia jurisprudencial que parecía existir fue resuelta en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de febrero de 2002 que acordó incluir en la tipicidad del artículo 308 a los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo. Al no rellenarse la condición objetiva de la penalidad que el artículo contempla, procede, con estimación del recurso, absolver a los acusados Pilar C. I., Pedro José L. G., Gerardo C. H., José T. A., recurrentes contra la sentencia que favorecerá a los demás condenados, no recurrentes, por aplicación del artículo 903 de la Ley Procesal.

(...)

Voto particular

Del Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz que se incorpora a la Sentencia número 514/2002 correspondiente al recurso de casación número 1717/2000.

La discrepancia anunciada en la deliberación se contrae al motivo formalizado por error de derecho, por aplicación indebida del artículo 528 CP/1973, que la Sentencia de la Sala acoge, lo que determina la absolución de los acusados por el delito de estafa.

Partiendo de la intangibilidad del hecho probado [se mencionan expresamente los apartados a), b), c), d), y k) atinentes a los recurrentes] se afirma en la Sentencia, tras exponer la Jurisprudencia de la Sala sobre el delito de estafa, que «los anteriores elementos aplicados al hecho probado permiten declarar que los condenados engañaron para la obtención de un patrimonio al que no tenían derecho por no haber cumplido los requisitos que el ordenamiento previene para la percepción del subsidio de desempleo», añadiéndose incluso que «la existencia del engaño es palmaria». No obstante lo anterior, entiende la mayoría que «esta mendacidad no es suficiente para afirmar los requisitos de la estafa».

El argumento nuclear de dicha conclusión estriba en considerar que en el supuesto objeto de casación no existe relación de causalidad entre el engaño y el error porque la Administración como sujeto pasivo cuando aprueba la concesión de la prestación por desempleo «actúa con independencia del mismo (engaño), es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos que dan lugar a la disposición sin que ésta esté causalmente relacionada con el error».

Éste es el punto de discrepancia. Con independencia de ser un argumento excesivamente formal, se produce una simplificación del engaño, pues se reduce a la petición del subsidio o prestación haciendo constar en la documentación hechos que no son ciertos. Sin embargo, en casos como el presente, entiendo con respetuosa discrepancia de mis compañeros, que el engaño se manifiesta en un acontecer más complejo, pues ha requerido, en ejecución de un plan preconcebido, formalizar previamente «ante el INEM el cese de las relaciones laborales de los socios mediante la figura del despido disciplinario, sin consignar la causa del mismo. Y cuando tuvieron lugar los actos de conciliación, admitió la improcedencia de los despidos, con lo cual aquéllos conseguían el reconocimiento y

abono de las prestaciones por desempleo, a pesar de haberse producido realmente unas situaciones de autodespido o despido voluntario en connivencia con el administrador de la empresa». Dicha simulación constituye el ardid del que se sirven los acusados para causar el error en el sujeto pasivo, es decir, la Tesorería General de la Seguridad Social (en el personal a su servicio), no el INEM, que efectivamente puede limitarse a comprobar «formalmente la petición y realiza la orden de abono, sin que realice, ni pueda realizar, un estudio sobre la veracidad de los datos», pero ello no excluye la relevancia del engaño, la simulación de una relación laboral inexistente. Cuestión distinta es el fraude realizado por quien ostenta previamente un principio de legitimación como potencial beneficiario de la ayuda o subvención, que entiendo es el supuesto típico del artículo 308 del CP, caso de falsear las condiciones preexistentes, pero no cuando se crea un artificio mediante el cual no es que se falseen las condiciones para la concesión de la ayuda sino que se crea *ex novo* el presupuesto de la misma con la finalidad de obtener un desplazamiento patrimonial del sujeto pasivo que tiene su causa en el error provocado por dicha simulación, que se sirve incluso de servicios ajenos al propio sujeto pasivo. Por ello considero que concurre en los hechos la estructura típica del delito de estafa.

El razonamiento de la mayoría prosigue afirmando que «con independencia de lo anterior, aun considerando que el hecho declarado probado puede ser subsumido en el delito de estafa sería de aplicación el principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal».

Nada que objetar a la Jurisprudencia de esta Sala que se cita a continuación del entrecorillado precedente. Sin embargo, vuelvo respetuosamente a discrepar cuando se sostiene que el artículo 308.b) del CP es de aplicación preferente, concurriendo los elementos de la estafa, por el principio de especialidad. A sabiendas de la dificultad de la cuestión, entiendo que dicha conclusión no es tan diáfana. Dos leyes o dos disposiciones de la misma ley se encuentran en relación de general y especial cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, figurando además en éste otros presupuestos añadidos, y siendo ello así la preferencia corresponde a la ley especial sobre la general. Es decir, si existe una superposición de los mismos presupuestos en las dos leyes o disposiciones pero una de ellas contiene otros adicionales ésta será la especial. Ello significa que la relación general y especial no tiene necesariamente que coincidir en todos los casos con la distinción entre tipos genéricos y específicos o privilegiados. En la relación entre los artículos 248.1 y 308.1 del CP, concurren idénticos presupuestos típicos en cuanto que como consecuencia de una acción falsa del sujeto activo se produce un error en el pasivo que determina un desplazamiento patrimonial a favor del primero. Sin embargo, el tipo de estafa incluye el presupuesto del ardid o engaño bastante para producir el error, lo que constituye un presupuesto al menos más específico que la falsedad de las condiciones del artículo 308. Por ello entiendo que en el supuesto de autos la preferencia en todo caso sería del artículo 248.1. Evidentemente, de no concurrir todos los elementos de la estafa, el hecho sería subsumible en el artículo 308 sin perjuicio de la aplicación de la condición objetiva de punibilidad contemplada en el mismo, pero concurriendo todos los elementos de la estafa, tal como he señalado más arriba, sería de preferente aplicación siempre este último precepto.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala del pasado 15 de febrero de 2002 acordó, sin matizaciones, que «el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del Código Penal». La reciente STS de 1 de marzo de 2002 ha aplicado dicha

doctrina y concretamente el principio de especialidad en un caso similar al presente. Desde luego debo mi respeto y acatamiento al acuerdo del Pleno y sin perjuicio de ello, mediante este Voto Particular, siendo la primera ocasión en que he tenido jurisdiccionalmente la posibilidad de hacerlo, explico mi criterio que no constituye otra cosa que una modesta matización al Acuerdo del Pleno, que ya señalé en el mismo.

Por todo ello entiendo que el motivo de casación por aplicación indebida del artículo 528 CP no debió ser acogido.

(Sentencia de 29 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 310

Incumplir la obligación de llevar contabilidad mercantil en régimen de estimación directa de bases tributarias, sólo será punible cuando no sea aplicable el delito contra la Hacienda Pública por impago de tributos. Concurso de leyes: eludir el pago de tributos y no cumplimiento de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales: aplicación del primer delito

Cuarto. En segundo lugar, entre los motivos de este recurso, con apoyo en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de Ley, en este caso por indebida aplicación del artículo 310 del Código Penal. Alega el recurrente que no era posible la condena a la vez por el delito del artículo 310.a) por darse una consunción de las conductas de este último artículo en el artículo 305, en el caso de entenderse aplicable este último.

Tiene razón el recurrente. Las figuras de delito del artículo 310 del actual Código Penal, conocidas bajo el nombre de delito contable tipifican conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado en el título XIV del libro II del Código Penal, y sin su existencia en el mismo, constituirían actos meramente preparatorios o tentativas de delito fiscal, por lo que, cuando éste se comete con posterioridad a algunas de las conductas agrupadas en el artículo 310 del Código Penal, se produce consunción de las mismas bajo el más grave delito cometido, de que las otras conductas son actos preparatorios tipificados penalmente, pero que desaparecen al ser la relación entre unas y otro un caso de concurso de normas, no de delitos, tesis mayoritaria en la doctrina, y que también se ha acogido en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 26 de noviembre y 27 de diciembre de 1990 y 31 de octubre de 1992) de tal modo que esas figuras del artículo 310 del Código Penal sólo serán punibles en los casos en que no sea además aplicable el artículo 305 del mismo Código.

El motivo ha de ser acogido, y ello determina la innecesariedad de considerar el restante motivo del recurso, situado ordinalmente en tercer lugar, porque su articulación lo ha sido en forma condicional para el caso de que el precedente no prosperara.

(Sentencia de 29 de junio de 2002)

ARTÍCULO 313

Delitos contra los derechos de los trabajadores: promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España. Bien jurídico protegido. Concurso con delito de homicidio imprudente al producirse el fallecimiento de inmigrantes ilegales al naufragar patera en viaje organizado por los acusados. Embarcación carente de medidas de seguridad y de las mínimas condiciones para navegar

Sexto. El cuarto motivo (y siguientes) de Pedro L. C., así como el segundo de Juan Antonio A. S., son articulados por la vía autorizada por el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en consecuencia, con pleno respeto a los hechos probados en la Sentencia de instancia, de los que hemos de partir para dar respuesta casacional a tales reproches que son cuestiones netamente jurídicas.

En dicho motivo cuarto sostiene el recurrente que el señor L. C. (que ha sido condenado como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 313.1 del Código Penal, su participación en dichos hechos en ningún caso podría ser considerada en concepto de autor sino de cómplice.

El tipo penal aplicado por la Sala sentenciadora dice así: «el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España».

En primer lugar, y siguiendo nuestra jurisprudencia, haremos una primera acotación sobre el bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS de 30 de junio de 2000).

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998 se expresa así: «El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprochable explotación».

Una segunda acotación es meramente territorial: «Es irrelevante para la comisión del delito del artículo 313.1 del Código Penal el que el viaje para introducirse en la Península se hubiese iniciado en Ceuta, o en cualquier otro punto del continente africano» (Sentencia de 3 de febrero de 1998).

En esta última Sentencia dictada, con evidente similitud de comportamientos fácticos, se dice: «para comprobar si se aplicó correctamente el artículo 313.1 se llegó a la conclusión de que en el *factum* se dan las notas que caracterizan el delito

atribuido al acusado, pues éste intervino en una actividad de introducir clandestinamente en la península a dos personas extranjeras súbditos marroquíes que carecían de la documentación y permisos exigidos para la entrada en España y para trabajar en nuestro país, lo que era sabido por (el acusado) y con tales datos o elementos, quedó consumado el delito definido en el apartado 1 del artículo 313 del Código Penal que es un delito de mera actividad, que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos».

Los hechos probados de la Sentencia recurrida afirman rotundamente que todos los pasajeros de la patera, súbditos marroquíes, «tenían la intención de pasar a la Península a fin de buscar trabajo en España o en otro país europeo»; y que para ello habían conectado primeramente con Hassan A. y su esposa Khabidja E. Y., pagándoles cantidades que oscilaban entre los 12.000 y los 30.000 dirhams marroquíes, «siendo ellos los que habían organizado el viaje, para lo cual se habían puesto previamente de acuerdo, además de con Mario R., con Pedro L. C... taxista de profesión, con domicilio en la localidad de Algeciras, el cual, hallándose completamente al tanto de la operación, estaba esperando en dicha localidad la llegada de los inmigrantes para proveer a su posterior traslado a los lugares de destino, así como con Juan Antonio A. S. ..., persona que, además de estar en continuo contacto con los anteriores, había proporcionado la embarcación». Y a continuación: «todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje».

El motivo tiene que ser desestimado. Se trata, como ya ha sido expuesto, de un delito de tendencia, en el que se han utilizado similares conceptos para expresar su dinámica que en los delitos contra la salud pública de los artículos 368 y siguientes del Código Penal, aunque evidentemente el bien jurídico protegido sea diferente. Como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etcétera.

La participación del recurrente consistía en esperar a los inmigrantes en Algeciras para trasladarles a su punto de destino, lo que supone una participación esencial en la operativa diseñada al efecto, e imprescindible en el planeamiento del delito. Recoger a los ciudadanos marroquíes que ilegalmente se transportaban, no puede considerarse como algo auxiliar, sino necesario para la efectividad de la trama delictiva, de ahí que su consideración no puede ser otra que la autoría, ya que el tipo penal utiliza los verbos promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España, y la acentúa con la expresión «por cualquier medio», que ha desaparecido en el nuevo artículo 318. bis, si bien se ha reforzado con el verbo facilitar, por lo que su estructura es prácticamente similar, abarcando a título de autor a todos los integrantes de la red de entrada ilegal de ciudadanos extranjeros, cualquiera que sea su cometido, salvo supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración, que no son ahora objeto de análisis jurídico. En el caso sometido a nuestra consideración, «todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje», lo cual introduce el elemento subjetivo del injusto, dolo sin ninguna exigencia más que el conocimiento de su intervención en la red de traficantes de inmigración clandestina, no requiriendo el tipo penal precio alguno por la operación, aunque normalmente existirá como es lógico, y su

participación, en los distintos papeles asumidos, era trascendente para la efectividad de la operación, no pudiendo ser aplicado el artículo 29 del Código Penal.

Séptimo. El motivo quinto, por idéntico cauce casacional, considera inaplicable el artículo 63 del Código Penal (refiriéndose sin duda al 62), ya que «sostiene esta defensa que el delito nunca llegó a estar consumado sino que tan solo se trata de un delito intentado». En su desarrollo, el recurrente cita doctrina de esta Sala relativa al tráfico de sustancias estupefacientes, en donde la droga nunca llegó a poder del acusado, pese a esperarla.

Sin embargo, en estudio propio al delito sancionado, la Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1998 (anteriormente citada), llega a distinta conclusión que la sostenida por el recurrente, ya que es irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península, o no se concluyera la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, como ocurrió en el caso enjuiciado. La doctrina jurisprudencial es concluyente, a pesar de algunas resoluciones que lo han matizado, respecto a la consumación delictiva en el delito contra la salud pública, cuando la operación ha quedado abortada. En idéntica aplicación normativa, dado los verbos nucleares promover o favorecer «por cualquier medio», la inmigración clandestina de trabajadores a España, la conducta que planea el viaje, capta inmigrantes, cobra las cantidades que se han estipulado, organiza el traslado, proporciona la embarcación, acondiciona ésta para que pueda transportar un número mayor de las previsiones normales en su aforo, con importantes modificaciones que la hacen altamente arriesgada y en condiciones inhumanas de traslado, contrata a un piloto, y se organiza la llegada a la península para su traslado posterior, son todos ellos actos que entran de lleno en la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina que exige el tipo, y que tiene las barreras anticipadas de protección del bien jurídico, de modo que ha sido consumado, en el caso, cuando ya el viaje ha comenzado y se trunca por el naufragio, trágico final del viaje, con el resultado de tres inmigrantes ahogados y siete de ellos desaparecidos. No es pues necesario para su consumación que el extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español, sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo.

Octavo. El motivo sexto, siempre por infracción de ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea aplicación del artículo 142.1 del Código Penal.

En su desarrollo, el recurrente sostiene que los hechos probados no pueden ser objeto de sanción por un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal y a la vez como constitutivos de un delito (en realidad, varios en concurso ideal pluriofensivo) de homicidio imprudente, por lo que se habría infringido, en su tesis, el principio «non bis in idem».

El motivo carece del más mínimo fundamento y rigor científico, y debe ser desestimado. Aunque es cierto que el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XV del Código Penal es múltiple, y que al efecto existen notables discrepancias en nuestra doctrina científica, no puede sostenerse que cuando se produzca la muerte de ciudadanos extranjeros como consecuencia de la inmigración clandestina y a causa de las deficiencias de la embarcación, no se produzca un concurso delictivo entre la acción dolosa de promover el viaje y la acción imprudente de ocasionar la muerte de los trasladados en condiciones de tan alta inseguridad y probabilidad de naufragio, ya que entonces tales conductas pueden perfectamente ser calificadas por ambos tipos delictivos, porque los bienes jurídicos son también diversos, de manera muy patente.

Noveno. El séptimo y último motivo de Pedro L. C., por idéntico cauce casacional que el anterior, denuncia la errónea aplicación del artículo 142.1 del Código Penal.

De los cuatro elementos que configuran la estructura del delito imprudente (acción u omisión voluntaria, pero no intencional respecto al resultado lesivo; efectivo resultado de un mal tipificado en el Código Penal como delito; relación de causalidad entre el acto inicial del sujeto y el resultado dañoso antijurídico; y reprochabilidad del acto a título de culpa), estima el recurrente que concurren los dos primeros, pero niega los dos últimos. El debate, sin embargo, ha de centrarse sobre su reprochabilidad a título de culpa, ya que la relación causal entre la acción de rebajar la popa del barco, modificar su punto de gravedad, alterar sus condiciones de navegabilidad y empotrar a los inmigrantes bajo unas tablas en el fondo de la embarcación, a modo de trampa mortal, como dice la Sentencia recurrida, sin prestación ni dotación de medida de seguridad alguna, y las muertes producidas como consecuencia del naufragio, no ofrecen mayor dificultad dogmática.

Centra el recurrente, sin embargo, su censura en que ni él estaba al tanto de las condiciones de la embarcación, ni le pueden ser imputables las condiciones de la mar en el momento en que la patera naufragó. Sin embargo, su reproche casacional tiene que ser desestimado porque no respeta los hechos probados, intangibles en esta instancia, dada la vía elegida por el recurrente.

En efecto, el «factum» narra cómo no solamente el recurrente estaba «al tanto de la operación», sino también que, entre todos, se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje. Además, que «la embarcación no reunía las condiciones mínimas para navegar con la citada carga» (19 inmigrantes), describiéndose en el relato factual todas las modificaciones que producían tal resultado: no reunir condiciones de navegabilidad, lo que suponía un alto grado de riesgo de siniestrabilidad en el Estrecho, alojándose a los inmigrantes bajo una plataforma de madera (para ocultarlos), y al comenzar a entrar agua por haberse rebajado la borda de popa para conseguir que la hélice llegara al agua, el piloto realiza diversas órdenes «al mismo tiempo que se conectó telefónicamente en varias ocasiones con los acusados Hassan, Pedro y Juan Antonio». Y con valor fáctico, en el fundamento jurídico octavo se expone que los demás partícipes tuvieron permanente contacto «con el piloto, que en su actuación pedía y recibía de aquéllos instrucciones sobre lo que debía hacer». En efecto, además de ello, como se razona en la sentencia recurrida, todos ellos sabían y admitían que iban a realizar un viaje muy peligroso en una embarcación que no reunía los mínimos requisitos para la navegación y que, en todo caso, estaba prevista para llevar a un número de personas muy inferior, sin proveerlos siquiera de chalecos salvavidas y colocándolos, para ocultarlos, debajo de una tabla que, como se dijo en el acto del juicio, constituía una trampa mortal.

De manera que la reprochabilidad a título de culpa del recurrente, no solamente deriva de aquel contacto cuando se produce el naufragio, estando en todo momento al tanto del desarrollo de los acontecimientos y participando en ellos, sino porque las condiciones en que se desarrollaba el viaje eran ciertamente imprudentes, por las modificaciones de la embarcación, la capacidad sobrepasada de la misma, la falta de medidas de seguridad, etc., siendo a título de culpa, individualmente responsable, y no conjuntamente, como se hace en la sentencia recurrida, de los delitos de homicidio por imprudencia, con culpa grave, a los efectos del artículo 142 del Código Penal, que han sido sancionados en concurso ideal pluriofensivo.

En consecuencia, se desestima el motivo.

Décimo. Nos queda por analizar, por último, el motivo segundo de Juan Antonio A. S., igualmente articulado por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación errónea de los artículos 12 y 28.2 en rela-

ción con los artículos 142 y 313 del Código Penal y no aplicación del artículo 29 de referido Cuerpo legal.

En su desarrollo, el recurrente, tras realizar una serie de consideraciones acerca del contenido del nuevo artículo 12 del Código Penal, que —en efecto— establece una cláusula específica de punición de los delitos imprudentes («*crimina culposae*»), en vez de la anterior («*crimen culpae*»), llega a la conclusión de que su patrocinado no pudo ser nunca autor de un delito de homicidio imprudente, ya que el previo acuerdo por sí mismo no es determinante de la autoría, sino a lo sumo a título de complicidad, conforme a los parámetros que se disciplinan en el artículo 29 del Código Penal.

El motivo tiene que ser desestimado, ya que está en íntima relación con lo que hemos argumentado en el fundamento jurídico anterior, con relación a Pedro L. C., y su conexión con los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora, esencia que debe respetarse en el desarrollo del motivo, dada la vía elegida por el recurrente.

Hemos ya relatado cómo el «*factum*» narra que el ahora recurrente no sólo estaba «al tanto de la operación», sino también que, entre todos, se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje. Además, que «la embarcación no reunía las condiciones mínimas para navegar con la citada carga», por no reunir condiciones de navegabilidad, lo que suponía un alto grado de riesgo de siniestrabilidad en el Estrecho, alojándose a los inmigrantes bajo una plataforma de madera (para ocultarlos), y al comenzar a entrar agua por haberse rebajado la borda de popa para conseguir que la hélice llegara al agua, el piloto realiza diversas órdenes «al mismo tiempo que se conectó telefónicamente en varias ocasiones con los acusados Hassion, Pedro y Juan Antonio». Y con valor fáctico —también lo hemos resaltado anteriormente—, en el fundamento jurídico octavo se expone que los demás participantes tuvieron permanente contacto «con el piloto, que en su actuación pedía y recibía de aquéllos instrucciones sobre lo que debía hacer». Todos ellos sabían y admitían que iban a realizar un viaje muy peligroso en una embarcación que no reunía los mínimos requisitos para la navegación y que, en todo caso, estaba prevista para llevar a un número de personas muy inferior, sin proveerlos siquiera de chalecos salvavidas y colocándolos, para ocultarlos, debajo de una tabla que, como se dijo en el acto del juicio, constituía una trampa mortal.

No hay base, pues, fáctica para combatir jurídicamente la corrección del razonamiento de la Audiencia Provincial, en orden tanto a la autoría en el delito imprudente que como concurso ideal se ha sancionado, ni tampoco en lo que respecta al delito contra los derechos de los trabajadores, pues todos ellos eran organizadores del viaje, y se habían concertado previamente para el desarrollo de la expedición, mediante precio, lo que constituye un delito ciertamente execrable, con unas gravísimas consecuencias, que determinaron el fallecimiento de al menos tres de los ocupantes de la patera.

Por lo demás, la aplicación de la complicidad que requiere el autor del recurso, se compecede mal con la amplitud del tipo del artículo 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el artículo 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación (y de ejecución, pero éste es otro problema). Como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, quien promete mediante su concurso el uso de un medio de transporte para el desplazamiento de la inmigración clandestina, está llevando a cabo una de las conductas típicas: cualquier forma de favorecimiento se convierte así en autoría, máxime si el precepto penal lo refuerza «por cualquier medio»; es claro, que se está favoreciendo la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros a nuestro país, en durísimas condiciones de navegabilidad, y con altísimo riesgo de naufragio, dentro de una trampa mortal, y por consiguiente, la reprochabilidad de los hechos, incluso penal, es más que evidente. Y en relación con el delito culposo, la

invocación de la complicidad, dadas las características del delito imprudente, lo hacen de imposible concurrencia en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

(Sentencia de 16 de julio de 2002)

ARTÍCULO 325

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: delito de peligro concreto

Tercero. 1. El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 del CP es un delito de peligro concreto, que se consuma por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesaria para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, ya que estaríamos ante un delito de lesión que se castigaría separadamente (en este sentido Sentencia de 13 de marzo de 2000).

La conducta típica del artículo 325 (como antes en el artículo 347 bis del Código derogado de 1973) consiste en «provocar o realizar» directa o indirectamente las emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, en el suelo o en las aguas terrestres o marítimas. Los dos verbos nucleares no son iguales –semánticamente tampoco– apuntando la sentencia de 27 de enero de 1999, que provocar podría entenderse como mantener las emisiones o vertidos. En cualquier caso la dicción utilizada (provocar o realizar) pretende abarcar, como afirma la sentencia citada, toda acción humana que produzca un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

2. La sentencia impugnada hace un correcto análisis jurídico del artículo 325 pero niega que en el caso concreto se hubiera producido un peligro grave y absuelve, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima en el ordenamiento jurídico penal.

Dicho principio ha sido objeto, por su importancia, de más de una reflexión de esta Sala precisamente en relación con delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En un caso próximo, aunque no igual, al aquí contemplado, procedente también de la Audiencia Provincial de Barcelona la recientísima sentencia de 19 de enero de 2002, precisaba que «reducir la intervención del derecho penal, como última “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos –los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social– pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio».

En la Sentencia 1705/2001 se dice que «el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado artículo 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación –deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala– de que el derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con el respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de la persona o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del artículo 347 bis CP 1973 –y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995– haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima».

3. La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 27 de enero de 1999). La valoración que hace el Tribunal «a quo» de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la intermediación, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP –y antes el 347 bis– habrá que acudir, como dijo la citada sentencia de 27 de enero de 1999, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

4. Los hechos son subsumibles en el artículo 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1.º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2.º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos; y 3.º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código Penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico».

Tampoco nos hallamos en el supuesto de autos, como concluye la sentencia impugnada, ante un supuesto de leve riesgo para el medio ambiente, remitiéndonos

nuevamente a las razones expuestas que únicamente pueden conducir a la conclusión de que se produjo una situación de peligro grave, susbsumible plenamente en el tipo medio de gravedad contemplado en el comportamiento penal básico del artículo 325 del Código Penal.

No puede aceptarse, sin embargo, la pretensión del Ministerio Fiscal de que el peligro grave hubiera afectado también a la salud humana de modo concreto, inmediato y real pues la intangibilidad de los hechos probados no lo permite, dado el cauce procesal exclusivamente utilizado en el recurso. Por tanto no es aplicable el último inciso del artículo 325 del CP, que obligaría a imponer la pena en su mitad superior. Tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a) pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico. No es aplicable, finalmente, la disposición del artículo 338 del CP pues en el relato fáctico no consta que el lugar donde se realizan los vertidos fuera un espacio natural protegido.

5. En el supuesto que examinamos, la acción que constituye la conducta típica ha sido ejecutada por los acusados de manera deliberada y de propósito; y el resultado requerido por el tipo –el riesgo–, se encuentra causalmente vinculado con dicha acción, que es la que genera el peligro concreto producido, resultado que, como sucede en la generalidad de las veces, debe serle atribuido al autor del hecho a título de dolo eventual, pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades, y pese a ello ejecuta la acción. (Sentencia de 13 de marzo de 2000.)

(Sentencia de 30 de enero de 2002)

ARTÍCULO 326.e)

Tipo agravado del delito contra el medio ambiente. No existe producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico ya que fue suficiente la adecuación a los límites legales de los vertidos para la recuperación de la biodiversidad. Sí se cumple, en cambio, el tipo de provocar o realizar directa o indirectamente vertidos que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: vertidos de una empresa a un cauce de agua terrestre destruyendo totalmente la fauna

Primero. En el primer motivo de casación que el Ministerio Fiscal formaliza en su recurso, al amparo del artículo 849.1.º LECrm, se denuncia una infracción del segundo párrafo del artículo 347 bis CP/1973 por no haber sido aplicado el mismo, en la Sentencia recurrida, a los hechos declarados probados. Pretende, pues, el Ministerio Público que los hechos debieron ser subsumidos en el tipo agravado de delito contra el medio ambiente definido en el indicado precepto, basando su pretensión en que la autorización administrativa concedida a la empresa en que los acusados desempeñaban sus funciones para exceder los máximos legales, provisional y temporalmente, en los vertidos de aguas residuales al cauce del río Tordera fue contraria a la

legalidad vigente y en consecuencia nula de pleno derecho. El motivo no puede ser estimado por vedarlo claramente el principio de legalidad. En el párrafo segundo del artículo 347 bis CP/1973 –como hoy, en el artículo 326 CP/1995– se prevenían una serie de circunstancias que agravaban el tipo básico establecido en el párrafo anterior, la primera de las cuales era que la industria contaminante funcionase clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Esta clandestinidad en el funcionamiento de la industria, en la que los acusados tenían a su cargo el control del sistema de depuración de los vertidos, en modo alguno puede ser deducida de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida que pone de relieve, por el contrario, la inicial existencia de una licencia administrativa y la posterior presencia de la Administración autonómica en el control de los vertidos. Pretende el Ministerio Fiscal que a la clandestinidad del funcionamiento de la industria y vertido de las aguas residuales contaminantes equivale la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración, pero ello supondría aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente. La interpretación de la norma supuestamente aplicable que propone la parte recurrente, en cuanto implica apartarse del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el legislador, incurre en la analogía proscrita por el principio de legalidad criminal. Debe ser rechazado, consiguientemente, el primer motivo de este recurso.

Segundo. En el segundo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que se residencia también en el artículo 849.1.º LECrM, se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del párrafo tercero del artículo 347 bis CP/1973 en que se establecía, con los mismos términos del vigente artículo 326 e), el tipo agravado de delito contra el medio ambiente que se produce cuando los actos contaminantes originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Tampoco este motivo de impugnación puede recibir una favorable acogida. La interpretación que procede hacer de la expresión legal «deterioro irreversible o catastrófico» debe ser prudentemente rigurosa y exigente por dos razones: porque de no hacerse así se corre el peligro de vaciar prácticamente de contenido el tipo básico y porque a tenor del actual artículo 326 –cuya interpretación forzosamente ha de estar condicionada por la que se haga del derogado artículo 347 bis– el tipo agravado se encuentra conminado con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo es de cuatro años de prisión, lo que lo configura en todo caso como delito grave. De acuerdo con este criterio, debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre; y que existirá, por otra parte, deterioro catastrófico cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante. No aparece descrito en la declaración de hechos probados un riesgo de daño que merezca ser calificado de irreversible o catastrófico. Prescindiendo de la contaminación de los acuíferos de aluvión del río Tordera por diferentes compuestos dioxánicos y dioxalánicos –excluida por el Tribunal de instancia de la acción delictiva por desconocerse, según se dice, la posible toxicidad de tales compuestos y por continuar siendo potable, pese a su mal olor, el agua de los mencionados acuíferos– la contaminación pro-

ducida por aguas residuales de la industria con niveles excesivos de materias en suspensión y sedimentables, amoníaco, fenoles, detergentes y demanda biológica y química de oxígeno, se circunscribió al arroyo de Vallgorquina, afluente del río Tordera y, aunque tales vertidos fueron suficientes para destruir la fauna que habitaba las aguas de aquellas corrientes, la limitación espacial de sus efectos no parece compatible con la caracterización de los mismos como una verdadera catástrofe, en tanto la constancia de que ha bastado la adecuación de los vertidos a los límites legales para la recuperación de la biodiversidad de las aguas no permite, de acuerdo con la interpretación de la norma antes expuesta, considerar irreversible el daño causado. Todo ello nos lleva a rechazar la pretensión de que ha significado una infracción legal la inaplicación a los hechos probados del tipo agravado previsto en el párrafo tercero del artículo 347 bis CP/1973. Se desestima también, en consecuencia, el segundo y último motivos del recurso del Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 19 de enero de 2002)

ARTÍCULO 368

Delito de tráfico de drogas. El conocimiento de la futura comisión del delito por quien no es garante de impedir su realización no es razón suficiente para la condena por tráfico de drogas

Tercero. «(...) El conocimiento de la futura comisión del delito por quien, según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena por el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una «activa participación» en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción, da lugar a una omisión de actuar, que sólo sería relevante en el caso en el que el omitente fuera garante. Pero, la Audiencia ha negado correctamente –como dijimos basándonos en precedentes jurisprudenciales de esta Sala– que el hijo o el hermano sean garantes de que sus padres o hermanos no cometerán delitos en forma general. Mucho menos cuando en los hechos probados ni siquiera consta que el supuesto omitente haya estado presente en el lugar del hecho. En consecuencia: el motivo se debe estimar con relación a Isabel C. L., respecto de la cual no se ha probado que haya intervenido ni en la preparación ni en la ejecución del delito.»

(Sentencia de 4 de febrero de 2002)

Remisión de droga desde el extranjero: supuestos en que procede calificar los hechos como tentativa

Único. Por la vía del artículo 849.1.º de la LECrm, el Ministerio Fiscal interpone en un motivo único, recurso por infracción de ley, al entender indebidamente aplicado el artículo 16.1 del CP, en relación con los artículos 368 y 369.3 del mismo texto legal.

1. Entiende el Ministerio Público que los hechos descritos en el «factum» se hallan consumados en la medida en que hubo disponibilidad de la droga, entendiéndose como tal no sólo la material tenencia, sino la posesión a distancia.

En esencia los hechos los podemos reducir a los siguientes:

Desde Colombia se remite un paquete postal con más de 3.647 gramos de cocaína, de una pureza del 53 % que va dirigido a nombre de Jairo C. Q., sin que se haya concretado si tal persona existe o es el sobrenombre que encubre a otra, o es el nombre convenido para que el procesado lo recoja.

Mario G., el procesado, lo va a recoger. La Policía Judicial, desde su llegada a Correos, detecta la droga y permite que de forma controlada el paquete se traslade a la empresa Geomil Express, que es adonde va a retirarlo el procesado.

La Policía que ha montado guardia, una vez retirado el paquete, le detiene, a pesar de sus intentos de eludir a la Policía conocedor del contenido del mismo.

Es de singular importancia el pasaje de los hechos probados en el que textualmente se dice: «... el procesado lo fue a recoger... (el paquete) por encargo de una persona cuya identidad se ignora y que le había facilitado un fax para poder retirarlo.»

La sentencia condena a la pena de 5 años al procesado como autor de un delito de tráfico de drogas, en cantidad de notoria importancia, en grado de tentativa, por no tener la disponibilidad de la droga, ni directa ni indirecta, ni física ni inmaterial.

2. Conocida la esencia de los hechos resulta de todo punto conveniente conocer la línea jurisprudencial mantenida por esta Sala, que resume perfectamente la Sentencia de 12 de diciembre de 2001, que nos dice:

«La doctrina de esta Sala (sentencias de 26 de marzo de 1997 y 21 de junio de 1999, entre otras), señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor. Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir, que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (artículos 3 CP/1973 y 16.1 CP), cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

En los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1.º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (ver SSTs de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 o 12 de mayo de 2001).»

«Concurre la tentativa cuando el autor, sin participación previa en el envío, ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, la tentativa es clara (ver STS de 12 de mayo de 2001). Y este cri-

terio debe hacerse extensivo, como señala la STS de 5 de marzo de 2001, a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada.»

(Sentencia de 1 de marzo de 2002)

Error de tipo: el acusado, que creía transportar hachís en lugar de heroína, tiene el deber de manifestar el porqué de la creencia equivocada para que la Sala pueda valorar el error padecido. La duda no es error e integra el dolo eventual. Quien transporta droga sin saber qué clase de droga, acepta que pueda tratarse de una droga gravemente dañosa para la salud

Sexto. 1. A la primera cuestión aluden los tres motivos primeros. Ahora vamos a referirnos al 1.º y 3.º conjuntamente.

En el motivo 1.º, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (podía haberse utilizado ahora el más específico del artículo 852 LECrm, como se hace en el recurso de Francisco), se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE en relación a un extremo muy concreto: se dice que no hubo prueba sobre el conocimiento por parte de Ángel de la clase de droga que transportaba. Este procesado dijo en el juicio oral que creía que lo que traía en el coche que él conducía era hachís cuando luego resultó ser heroína.

El motivo 3.º se plantea como una consecuencia del 1.º Si Ángel creía que lo que transportaba era hachís, eliminada de los hechos probados la afirmación de que conocía la naturaleza de la droga que traía (heroína), habría de aplicarse al caso el artículo 14.2 CP, cuya inaplicación se denuncia aquí por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrm, y, por tanto, habría de reducirse su condena a la correspondiente al tipo básico del artículo 368 (droga que no causa grave daño a la salud).

2. Ciertamente, de aplicarse al caso el mencionado artículo 14.2, la consecuencia habría de ser ésta. Dice esta norma penal que el error sobre un hecho que cualifica la infracción o constituye una circunstancia agravante impide la aplicación del tipo cualificado o de la agravante correspondiente.

El dolo, como elemento subjetivo del tipo en los delitos dolosos, requiere conocimiento y voluntad respecto de todos y cada uno de los elementos objetivos de la infracción y, en su caso, de la agravante correspondiente. En el artículo 368, con relación al tipo cualificado (sustancia que causa grave daño a la salud) tal conciencia y voluntad han de abarcar a ese hecho del cual se deriva la aplicación de esa infracción penal cualificada: ha de conocer el sujeto lo que es objeto de su tráfico ilícito, de tal manera que si, como se alega en el caso presente, una persona trae en su coche heroína en la creencia de que se trataba de hachís, faltaría el dolo respecto de la figura cualificada del artículo 368 que sólo abarcaría la del tipo básico.

El artículo 14.2 CP, al que nos venimos refiriendo, contempla ese elemento particular del dolo desde la perspectiva de su falta: el error sobre un hecho que cualifica la infracción equivale a la inexistencia de dolo respecto de este elemento fáctico cualificador del delito. La existencia de esta clase de error, sea vencible o invencible, deter-

mina la exclusión del tipo cualificado y la consiguiente aplicación del básico (SSTS 7 de julio de 1995, 25 de febrero de 1997, 16 de abril de 1997, 25 de marzo de 1998 y 27 de junio de 2000, entre otras).

La presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, única regla en nuestro derecho procesal penal sobre la carga de la prueba, impone a la acusación la carga de acreditar también los datos de hecho configuradores del dolo como elemento subjetivo del delito. Cuando, como aquí ocurrió, se cuestiona por la defensa la concurrencia de algún extremo fáctico configurador del dolo, ha de quedar probada tal concurrencia para la aplicación de la correspondiente infracción penal.

En esto tiene razón el recurrente, pero no en cuanto a la aplicación de esta doctrina al caso presente. Veámoslo:

3. Ocurrió aquí que Ángel, que nunca había dicho antes nada al respecto, al contestar a las preguntas de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado.

Ante esto, su defensa, que en calificación provisional se había limitado a pedir la absolución y, subsidiariamente, de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado. Ante esto, su defensa, que en calificación provisional se había limitado a pedir la absolución y, subsidiariamente, de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado. Ante esto, su defensa, que en calificación provisional se había limitado a pedir la absolución y, subsidiariamente, de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado.

Ante esto, su defensa, que en calificación provisional se había limitado a pedir la absolución y, subsidiariamente, de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado.

Así las cosas, entendemos que es correcto que el Tribunal de instancia no creyera lo que en dicho acto del juicio oral dijo el acusado.

Ciertamente que el procesado no tiene la carga de probar el error que alega. Ya hemos dicho antes cómo el error es simplemente el reverso del dolo como elemento del delito, y cómo la acusación tiene la carga de probar la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la infracción punible, también de los elementos subjetivos.

Pero si alguien manifiesta haber padecido tal error (creencia de que llevaba hachís en lugar de la heroína que efectivamente transportaba), es claro que, al menos, tiene que decir a la sala el porqué de tal creencia equivocada, para que, al valorar la prueba, pudiera sopesar las razones esgrimidas al respecto para dar o no crédito a esa manifestación. Decir simplemente que se tiene ese error, sin expresar por qué se produjo, no puede tener relevancia alguna: pudo el Tribunal de instancia entender que se trataba de una alegación más de las muchas que hacen los acusados en relación con cualquier hecho que creen que les puede beneficiar.

Tenía razones la Audiencia Provincial para dar como probado el hecho de que Ángel actuó con conocimiento de la naturaleza de la droga (heroína) que llevaba en su coche.

Muy importante, sin duda, es el dato de que Ángel nada dijera sobre su pretendido error hasta el mismo momento del juicio. Es inexplicable que, si realmente tenía esa creencia equivocada, dada la gran diferencia que hay entre llevar hachís y llevar heroína, de todos conocida (aunque sólo sea por ser de muy diferente valor en el mercado ilícito), él nada dijera sobre esto hasta el momento del juicio oral, particularmente en su indagatoria, donde a presencia de su letrado, tras serle notificado el auto de procesamiento donde aparecía, como elemento para él más relevante, que en el coche que conducía se encontraron 1.007 gramos de heroína de un valor superior a los 236 millones de pesetas, nada dijera sobre su creencia de que era hachís lo que llevaba, limitándose entonces a expresar que no deseaba hacer ninguna manifestación por acogerse a su derecho constitucional a no declarar y sin que su letrado, allí pre-

sente, efectuara ninguna pregunta, tal y como consta expresamente en dicha declaración.

Si a este dato tan relevante añadimos el relativo al hecho de no haber dicho nunca nada acerca de las razones por las que había tenido esa importante equivocación en cuanto a la clase de droga que transportaba, entendemos que la Audiencia Provincial dispuso de prueba de indicios para dar como hecho probado que tenía pleno conocimiento de la naturaleza de la droga que fue hallada en el vehículo que él se encontraba conduciendo cuando la guardia civil le detuvo después de intentar huir y tras haber tenido un accidente con dicho coche en tal huida.

En el escrito de recurso nos dice el letrado recurrente que la Audiencia Provincial tenía que haber creído las manifestaciones de Ángel relativas a su error sobre la droga transportada por el hecho de que él no era propietario de la misma y porque ésta se encontraba oculta y bien tapada de modo que no pudo percatarse de sus características. Entendemos que estos dos datos nos conducen a lo sumo a la prueba, no de que creyera que era hachís lo que llevaba, sino al hecho de que Ángel no supiera qué clase de droga había dentro del coche, es decir, nos conducirían a que, en base a tal doble circunstancia, el tribunal pudiera haber estimado que Ángel pudo no saber que llevaba heroína, esto es, pudo tener duda, por no haberse cerciorado suficientemente, sobre la clase de droga que transportaba.

Pero la duda no es error. La duda eliminaría el dolo directo sobre este extremo, pero no el dolo eventual (aplicable en estos casos, véanse las sentencias de esta sala de 25 de febrero de 1997 y 27 de junio de 2000). Quien transporta droga sin saber qué clase de droga, acepta que pueda tratarse de una droga gravemente dañosa para la salud.

En definitiva, saber que se trae droga, sin conocer su naturaleza, lleva consigo la aceptación del resultado que realmente pueda producirse. En este caso hay que entender que Ángel aceptó llevar la heroína, que es lo que efectivamente transportaba, en el supuesto de que, en la hipótesis patrocinada en el desarrollo de este motivo 1.º, por no ser el dueño de la mercancía ilícita y por no haber podido observar lo que contenían las bolsas que transportaba, hubiera de llegarse a la conclusión, no de que creyera que llevaba hachís, sino de que pudiera haber dudado acerca de la naturaleza de la droga que transportaba. Todo ello por aplicación a este caso de la mencionada doctrina sobre el dolo eventual.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

Posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud

Tercero. En definitiva, y más allá de otros aspectos que aquí también podrían resultar de aplicación, aun cuando a ellos no se aluda en el Recurso, cuales serían: a) el error en la calificación del Tranxilium o del Rivotril, a los que el meritado Informe pericial alude, como sustancias que causan grave a la salud (inciso 1.º del art. 368 CP) contra la Jurisprudencia que tiene proclamado que tales fármacos y las sustancias que los integran (Alprazolam y Clonazepam), aunque penalmente relevantes, no alcanzan semejante gravedad (STS de 28 de junio de 1999, entre varias otras) y que,

por consiguiente, deberían incluirse en el inciso 2.º del referido artículo 368 del CP; y b) incluso, la posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta enjuiciada, ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida, en este caso un comprimido y medio supuestamente de Tranxilium, es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud (SSTS de 28 de octubre de 1996 y 9 de julio de 2001, por ejemplo), procede la estimación del motivo único en que el Recurso se apoya, con base en los argumentos expuestos en el anterior Fundamento Jurídico, con la consiguiente casación de la Resolución de instancia y absolución del recurrente en la segunda Sentencia que, a continuación de ésta, seguidamente se dictará, de acuerdo con lo previsto en el artículo 902 de la LECrm.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

No debe hacerse una interpretación extensiva de los tipos; No existe acción típica cuando se actúa como intermediario, interpelado al azar por el comprador, en la adquisición de dos papelinas a cambio de una «rasquilla»: ausencia de peligro para el bien jurídico protegido

Único. El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849,1.º LECrm, por inaplicación de los artículos 369 y 374 Código Penal.

El hecho objeto de enjuiciamiento es que el acusado –al que la sala califica de sujeto marginal, con la mendicidad como medio de vida y consumidor ocasional de estupefacientes, en la medida que su situación económica lo hacía posible– a solicitud de otra persona, la acompañó hasta un lugar de venta de esas sustancias, brindándose a adquirir para aquélla dos papelinas, a cambio de una «rasquilla» para él mismo. Fue detenido cuando hacía entrega de dos bolsitas con 0,31 gramos y de la vuelta del billete de 5.000 ptas. empleado en la compra.

El argumento de apoyo es que la acción descrita debe considerarse constitutiva de facilitación o favorecimiento de consumo de drogas (art. 368 Código Penal). Máxime, dice el recurrente, si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia prevalece «una interpretación extensiva de ese precepto».

La sala de instancia entendió con buen criterio que la conducta de referencia, al igual que otras de parecida significación, no es subsumible en aquel precepto porque, en realidad, no lesiona ni pone en riesgo bien jurídico alguno. Señalando, con sobrada razón, que una inteligencia del texto legal como la postulada por la acusación –por coherencia– debería llevar también a la inculpación del comprador mediato, que, con su disposición a ceder una «rasquilla» al que ahora se juzga, estaría asimismo fomentando en él el consumo de la sustancia tóxica; y, con ello, dando satisfacción a las exigencias del tipo punitivo entendido extensivamente y con el grado de formalismo abstracto que postula el Fiscal.

El Fiscal alude en su escrito a algunos supuestos que entiende asimilables al que se examina, en los que habría recaído condena. Pero lo cierto es que, después de una nutrida práctica jurisdiccional, puede decirse suficientemente asentado en la jurisprudencia de esta sala un criterio favorable, no a la «interpretación extensiva» que dice advertir el ministerio público, proscrita en materia de Ley Penal (STC 123/2001, de 4 de junio), sino a la lectura más adecuada a la protección del bien jurídico en su materialidad estricta.

Expresión de esa pauta interpretativa es la que está presente en sentencias que no advierten ánimo de tráfico en la entrega de pequeñas cantidades para uso personal e inmediato del que las recibe, siempre que medie un tipo de relación que circunscriba objetivamente el alcance de esa acción al restringido círculo de consumidores implicados y cuando con ella no se persiga la obtención de un lucro (así en sentencias como las de 3 de abril y de 26 de septiembre, ambas de 2000).

Cierto es que en el caso a examen el contacto entre el acusado y la otra persona fue ocasional, pero el supuesto guarda estrecha relación analógica con los aludidos, con la particularidad de que aquí se trata de analogía «in bonam partem», que, como se sabe, es perfectamente compatible con el principio de Legalidad Penal.

En efecto, la operación de compra se produjo no a iniciativa del después acusado, sino porque éste fue interpelado al azar por el interesado en ella. Esto excluye en aquél una actitud orientada a la captación de terceros para la difusión indiscriminada de las sustancias estupefacientes; y no hay prueba, y ni siquiera se ha sugerido, de que pudiera mantener una relación estable con el vendedor para la captación de clientes. En realidad, el denunciado disponía y facilitó una información que estaba al alcance de cualquier consumidor de la zona y su contribución no tuvo mayor trascendencia que la que sería atribuible al mero señalamiento de un punto de venta. Por lo demás, es claro que el objeto de la operación fue una pequeña cantidad de cocaína, destinada al consumo inmediato de quien estaba suficientemente iniciado en la autoadministración de esa droga.

En consecuencia y por todo, debe desestimarse el recurso.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

Delito provocado: concepto. Diferencias con el agente encubierto. El delito queda consumado desde el momento en que se tiene disponibilidad de la droga aunque sea de forma mediata

Primero. (...) El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS de 21 de junio de 1994). Hemos dicho en la STS de 15 de septiembre de 1993, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que

es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, sin embargo, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrm), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

En la STS de 15 de septiembre de 1993, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que «otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquirando o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el artículo 282 LECrm. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "iter criminis" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado».

Según esta doctrina, la intervención policial en una actuación delictiva en curso, dirigida a la obtención de pruebas y a la detención de los autores, no impedirá la condena si el delito ya se había consumado con anterioridad a aquélla. Ello no impide, sin embargo, que cuando la intervención policial se produce antes de la consumación pueda sostenerse la existencia de tentativa o de actos preparatorios punibles o, incluso, la atipicidad de la conducta por imposibilidad absoluta de peligro real para el bien jurídico protegido, en función del grado de control que sobre los hechos pueda tener la autoridad que interviene en los mismos.

En la sentencia impugnada el Tribunal de instancia resuelve fundadamente la cuestión, y declara probado que fue uno de los recurrentes, Alfredo C., quien propone a Francisco Javier D., sin que conste que conociera su condición de Guardia Civil, la realización de operaciones ilícitas de introducción de piedras o materiales preciosos. Es esta proposición, que se sitúa inicial y aparentemente fuera de la ley, lo que determina que la Guardia Civil designe a un agente encubierto para investigar la operación, que posteriormente se concreta, nuevamente a iniciativa de Alfredo C., en la introducción en España de una maleta con algo que, según da a entender, será droga procedente de un país sudamericano, solicitando la colaboración del agente encubierto para localizar a una persona que tuviera facilidad para pasar una maleta en el aeropuerto de Barajas sin control de aduana, Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, lo cual provoca la aparición de un nuevo agente encubierto de la Guardia Civil, que, manifestando estar destinado en la aduana del aeropuerto de Barajas, simula aceptar el soborno propuesto por los acusados, en una entrevista en la que, aunque el peso de la conversación recayó en José D. T., estuvieron presentes los acusados Alfredo C. y Roque P. Establecida la forma de realizar los contactos posteriores, que se concretarían mediante llamadas del primer agente encubierto a Alfredo C., se celebran nuevas reuniones en las que intervienen los acusados Roque P. y José D., procediendo en una de ellas, el 16 de mayo de 1996, a mostrar a los agentes a la persona que iba a ejecutar materialmente el transporte de la maleta con la droga, que resultó ser el recurrente Manuel P., realizándose finalmente la operación, con el resultado que consta en los hechos probados, el día 8 de junio de 1996. En ningún momento del relato fáctico se aprecia que los hechos comiencen o se desarrollen a consecuencia de la iniciativa, sugerencia o solicitud de los agentes encubiertos, que se limitan a intervenir observando los hechos y accediendo a las propuestas de los acusados, que son quienes ponen de manifiesto con su conducta su disponibilidad sobre una indeterminada cantidad de droga, y la existencia de una decisión previa de realizar su introducción en España. En cuanto a los contactos telefónicos, en los hechos probados consta que los primeros tienen lugar mediante llamadas de Luis Ramón A. C., por cuenta de Alfredo C., a Francisco Javier D.; que pactan que los contactos posteriores se efectúen a través de llamadas del agente encubierto al despacho de Alfredo C., y que es éste quien decide la cita y lo comunica a los demás. En ningún momento, pues, se declara probado que la iniciativa partiera de los agentes de la Guardia Civil.

Por otra parte, como razona el Tribunal de instancia, la intervención policial se produce cuando el delito, respecto de Alfredo C., Roque P. y José D., ya se había consumado, lo que permite su sanción como tal. Los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, tienen la naturaleza de delitos de peligro abstracto de resultado cortado y de consumación anticipada, porque, en definitiva, contienen en sí mismos un daño potencial de tal manera que basta la simple posesión de la droga con ánimo de traficar con ella para que esa consumación se produzca, siendo también de destacar que no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata (STS de 16 de julio de 2001). En este sentido, hemos dicho reiteradamente que el delito contra la salud pública se consuma desde que

el autor del hecho punible ha tenido la disponibilidad, aunque sea mediata, de la sustancia, ya que el favorecimiento del tráfico se produce y perfecciona desde el momento en que existe acuerdo para el envío, el transporte o la entrega (STS de 19 de septiembre de 2000). El Tribunal de instancia realiza una inferencia, en la que no expresa dudas sino un absoluto convencimiento, en el sentido de considerar que el ofrecimiento de una importante cantidad de dinero a cambio de facilitar el paso de la droga por la aduana implicaba la disponibilidad de la sustancia con anterioridad a la intervención de los agentes. Efectivamente no puede considerarse razonable que los acusados asumieran el evidente riesgo que supone el intento de soborno a un Guardia Civil del servicio de aduanas del aeropuerto de Madrid-Barajas si antes no disponían de la droga que pretendían introducir, siquiera fuese una disponibilidad mediata y no del todo concretada en cuanto a la cantidad exacta de droga. El transcurso del tiempo entre los primeros contactos y el transporte efectivo no resulta incongruente con esta afirmación si se tiene en cuenta la importante cantidad de droga y la necesidad de asegurar no sólo la entrega y el transporte sino también su distribución, una vez en España.

La determinación del momento de la consumación del delito desde aquel en que los autores tienen la disponibilidad, aunque sea mediata, de la droga, así como las consecuencias que provoca en la valoración de la conducta como constitutiva de delito el control que los agentes de la Guardia Civil tienen sobre el desarrollo de los hechos desde su intervención, conduce a negar relevancia penal a las fases de la conducta desarrolladas bajo el absoluto control policial, pues queda eliminado desde entonces el riesgo para el bien jurídico. Ello tiene dos consecuencias. En primer lugar, al contrario de lo que ocurre con los demás recurrentes, respecto de los que se ha acreditado su intervención en la organización de la operación y en la disponibilidad de la droga, la conducta de Manuel P. tiene lugar en la última fase de los hechos, precisamente en la ejecución material del transporte de la droga, que se efectúa en todo momento bajo directo control de los agentes de la Guardia Civil, sin que se haya declarado probada ninguna intervención anterior a ese momento, lo que debe dar lugar a su absolución. En segundo lugar, como se expresará en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia al resolver sobre el correspondiente motivo, teniendo lugar esta última fase, ya controlada policialmente, y carente de relevancia penal, desde la reunión del día 16 de mayo, no puede afirmarse que resulte de aplicación el Código Penal de 1995, que no entró en vigor hasta el día 25 siguiente, por lo que no resultando más beneficioso, procede aplicar el vigente al tiempo de los hechos, esto es, el Código de 1973.

Conforme a lo expuesto, se desestiman los motivos de los recurrentes Alfredo C. y José D. y se estima el motivo de Manuel Plaza.

(Sentencia de 12 de junio de 2002)

ARTÍCULO 369.2

Tipo agravado del delito de tráfico de drogas. Hechos realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados: fundamento de su apreciación. Deben excluirse los supuestos en los que el local es mero depósito transitorio de la sustancia ilícita poseída

Segundo. El cuarto de los motivos formalizados lo es por infracción de ley del artículo 849.1 LECrm, denunciando violación por aplicación indebida del artículo 369.2 CP, que tipifica el subtipo agravado relativo a la realización de los hechos definidos en el artículo 368 en establecimientos abiertos al público.

Se afirma que en los hechos probados no se constata tal agravación delictiva. Sin embargo, olvida el recurrente que se afirma que «en el interior del establecimiento abierto se encontraban varias personas, entre ellas tres que tenían en su poder diversas papelinas de cocaína que habían adquirido instantes antes la sustancia en el citado establecimiento». Tampoco puede pasarse por alto la descripción que se hace en el «factum», y que se recoge en el propio motivo, de los utensilios, sustancia estupefaciente y dinero ocupados en el establecimiento, así como las afirmaciones fácticas contenidas en el tercero de los fundamentos.

La Jurisprudencia de esta Sala, en relación con el subtipo agravado de referencia, ha declarado: a) su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la «ratio legis» de la agravación, sin que se permita una interpretación extensiva del tipo; b) el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representa aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad; y c) como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (SSTS de 20 de febrero y 19 de diciembre de 1997, 1 de marzo y 15 de diciembre de 1999, 10 de febrero de 2000).

Pues bien, en el caso de autos no se trata de un mero depósito de sustancias estupefacientes ajeno a las finalidades previstas en el tipo básico, sino que se constata la existencia de los útiles necesarios para su venta en el propio establecimiento, pues de lo contrario no tendría sentido su existencia en el mismo, y ello en relación con la constatada afirmación según la cual varias personas habían adquirido la cocaína en aquél en múltiples ocasiones, como así también se consigna en la sentencia impugnada con valor fáctico en el tercero de los fundamentos jurídicos.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de enero de 2002)

ARTÍCULO 380

Delito contra la seguridad del tráfico. Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. Diferencias con infracción administrativa. Supuestos en los que la negativa rebasa el desvalor propio de la infracción administrativa. Obligatoriedad de la realización de las dos pruebas, no bastando sólo una

Segundo. Los hechos que se declaran probados no permiten imputar al acusado —en la forma clara e indubitada precisa para una condena penal— la comisión del

delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del Código Penal del que viene acusado. El artículo 379 del Código Penal que castiga con las correspondientes penas al que «condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de (...) bebidas alcohólicas», guarda relación directa con el artículo 12 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RD 339/1990, de 2 de marzo), que prohíbe circular por las vías públicas «con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas» (v. artículo 20 del Reglamento de Circulación –RD 13/1992, de 17 de enero–), pero sin confundirse con él, ya que ambos preceptos tienen un ámbito de aplicación distinto. Para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (v. S. de 9 de diciembre de 1999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del artículo 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. SSTS de 19 de mayo de 1982, 7 de julio de 1989 y 5 de marzo de 1992, entre otras).

En el presente caso, las pruebas de cargo practicadas no han permitido a este Tribunal formar una convicción firme y precisa respecto del grado de impregnación alcohólica del acusado el día de autos, dado que únicamente se le practicó la denominada prueba de muestreo con un etilómetro manual y su comportamiento con la fuerza actuante fue, en todo momento, correcto y de colaboración con la misma; con independencia, claro está, de que –como hemos dicho–, para subsumir los hechos enjuiciados en el tipo penal del artículo 379 del Código Penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor del vehículo, sino que es preciso comprobar la influencia de la ingesta en la conducción, y, en el presente caso, se trata de una cuestión que no puede considerarse suficientemente acreditada por la prueba practicada. Para ello, hubiera sido necesario conocer –de forma inquestionable– el grado de impregnación alcohólica con la que el acusado conducía su vehículo el día de autos, y, en la medida de lo posible, las incidencias relevantes de su viaje, de modo especial las determinantes de la salida fuera de la calzada del vehículo que conducía.

Procede, en consecuencia, absolver al acusado del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379 del Código Penal del que venía acusado en esta causa.

Tercero. En cuanto al delito de desobediencia a los agentes de la autoridad del artículo 380 del Código Penal, del que también se acusa al señor D. L., debemos reiterar cuanto ya dijimos acerca del mismo en nuestra sentencia de fecha 9 de diciembre de 1999, tanto respecto al carácter doctrinalmente polémico de esta figura penal, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Penal de 1995, como sobre el reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (v. S. del Pleno, de 2 de octubre de 1997), y respecto de los casos en que la negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia por parte de los conductores requeridos al efecto por los agentes de la autoridad, rebasando el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tiene entidad suficiente para alcanzar el propio de la infracción penal –supuestos de negativa a someterse a estas diligencias por parte de conductores implicados en un accidente de circulación o que conduzcan con síntomas que permitan razonablemente presumir que conducen bajo la influencia de bebidas alcohólicas,

v. artículo 21.1 y 2 del Reglamento General de Circulación—. Todos los conductores de vehículos tienen la obligación de someterse a «las pruebas» que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (art. 12.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Obligación que se regula detalladamente en los artículos 20 y siguientes del Reglamento de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero). Tales pruebas —como se dice en el artículo 22 del Reglamento citado— «consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados»; precisándose luego —en el artículo 23 del citado Reglamento— que «si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 g de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado —como es el caso— (...), el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente» (el subrayado es nuestro) —exigencia, esta última, cumplida también en el presente caso—. Llegados a este punto, es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello —como sucede en el presente caso—, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto —dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo— podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal.

Es preciso concluir, por todo lo dicho, que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 380 del Código Penal, que castiga con las correspondientes penas al conductor «que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas (...)» (el subrayado es nuestro), que es precisamente lo que ocurrió en este caso, en el que el acusado tuvo un accidente de tráfico y presentaba algunos signos de ingesta alcohólica.

(Sentencia de 22 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 386

Posesión de moneda falsa adquirida de buena fe sin realizar actos de distribución o ponerla en circulación: supuestos de ejecución imperfecta

Primero. El hoy recurrente fue condenado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de expendición de moneda falsa del artículo 386.3 CP en grado de tentativa.

Frente a dicho pronunciamiento formula un único motivo de casación por ordinaria infracción de ley «ex» artículo 849.1 LECrM, denunciando aplicación indebida de los artículos 386.3, ya citado, y 16.1 del mismo Texto.

Se aduce en el desarrollo del motivo sustancialmente que el precepto citado en primer lugar no es aplicable al caso por cuanto no castiga la mera tenencia de moneda falsa, aun a sabiendas de su falsedad, cuando el conocimiento de dicha inautenticidad es posterior a la adquisición de la misma, y, por otra parte, la punición de la tentativa sólo es posible cuando se haya dado principio a la ejecución del delito mediante hechos exteriores, lo que en el presente caso no sucede, pues «se penaliza el hecho en base a la intención».

La vía casacional elegida exige el absoluto respeto de la declaración fáctica de la sentencia (artículo 884.3 LECrM), en cuyo texto, en lo que interesa, se afirma que «no queda probada la procedencia de estos billetes, pero sí que el acusado los tenía con intención de emplearlos en un viaje que pensaba realizar a Brasil y que sabía que eran billetes inauténticos».

El párrafo tercero del nuevo artículo 386, cuyo antecedente está constituido por el 286 del Texto derogado, criminaliza el supuesto de expendición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe después de constarle al agente la falsedad de la misma, siempre que el valor aparente de la moneda fuese superior a las 50.000 pesetas, pues siendo inferior será considerado el hecho como falta tipificada en el artículo 629 CP vigente. La consumación del delito, pues, exige: a) el hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en sí misma pero no del título de su adquisición; b) que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión; c) que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo; y d) que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 pesetas. A la vista de los requisitos anteriores se observa la falta de concurrencia del correspondiente al apartado c), de naturaleza eminentemente objetiva, pues los billetes no llegaron a cambiar de mano. Por ello la Audiencia entiende que el desarrollo del delito no alcanza el grado de consumación, pero los actos descritos en el «factum» son subsumibles en el grado de tentativa que con carácter general regula el artículo 16.1 CP.

La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberfan producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 CP.

El motivo debe ser estimado.

En primer lugar, por cuanto el sustrato fáctico no revela la existencia de hechos exteriores directamente encaminados a la ejecución del tipo penal, y la intención constatada del agente no deja de ser una mera ideación o preparación sujeta en su caso a la contingencia que dicho ánimo lleva consigo. No es posible reconocer desde una esfera ajena al sujeto un hecho externo ejecutivo basado en la mera ideación o

intención del mismo, cuando la mera tenencia de las monedas inauténticas adquiridas de buena fe no está criminalizada.

En segundo lugar, una valoración sistemática del complejo precepto constituido por el artículo 386 CP nos lleva a aceptar como criterio del legislador la punición expresa de determinados supuestos de tentativa de expendición o distribución de moneda falsa, así, el párrafo segundo de dicho precepto castiga la tenencia para su expendición o distribución siempre que la tenencia sea fruto de la connivencia con los falsificadores, introductores o expendedores a que se refieren los tres números del párrafo primero del citado precepto, lo que sin embargo no se prevé cuando la adquisición es de buena fe. Igualmente, el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 386, que castiga la tenencia preordenada a la circulación de la moneda falsa adquirida en ese concepto. Si en estos casos la barrera de protección penal se adelanta criminalizando lo que es una tentativa de expendición o distribución, ello es porque se trata de supuestos de injustos más graves que el previsto en el párrafo tercero aplicado por la Audiencia.

En tercer lugar, este último supuesto de expendición atiende también a una realidad respecto de la cual ensanchar su criminalización resultaría excesivo (vuelta en el comercio de un billete falso recibido de buena fe, constancia posterior de su inautenticidad, e intención del sujeto de reintroducirlo en el comercio). Ello debe responder al principio de intervención mínima desde la perspectiva del legislador.

Por último, la Jurisprudencia de esta Sala es cierto que ha admitido supuestos de ejecución imperfecta en relación con este tipo de delitos. La STS de 30 de junio de 1993 se refiere a una tentativa de expendición en relación con el antiguo artículo 285 CP/1973, pero no se trataba de adquisición de buena fe, admitiéndose cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente (intervención policial o que la moneda sea rechazada por la persona a la que se ofrece, antiguo supuesto de frustración). También SSTS de 12 de febrero de 1990, 1 de octubre de 1990, 2 de marzo de 1991. La de 1 de octubre de 1992, referida al antiguo artículo 287, afirma que se trata de un simple delito de actividad que por ello no acepta las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, la mucho más reciente sentencia 88/1999, de 27 de enero, afirma, aunque directamente para desestimar la aplicación del párrafo segundo del artículo 386 CP al caso enjuiciado, que no es delictiva la adquisición ni posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y decidir expendirla, porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición (lo que determinaría la aplicación de dicho párrafo), siendo otra cosa que la infracción se cometiera después con el hecho de expendirla sabiendo ya que era falsa, lo que equivale a entender impune la tenencia en la hipótesis del párrafo tercero.

(Sentencia de 29 de enero de 2002)

Contactar con personas para dar salida a los billetes falsos a sabiendas de ello. La falsificación de moneda es un proceso complejo: codominio de la acción

Tercero. Se trata de un recurso formalizado a través de cuatro motivos que si bien inicialmente se refería sólo a Sergio, posteriormente, por escrito aparte del Procurador se extendió a Francisco de forma escueta.

El primer motivo, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales en denuncia de haberse violentado el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo con una concisa argumentación de tipo teórico sobre el alcance del derecho a la presunción de inocencia, concluye «per saltum» con la afirmación de que en el presente caso no ha existido prueba de cargo capaz de enervar aquella presunción.

Con la misma concisión, debemos responder que en la sentencia recurrida, a los folios 16 y 18, se enumeran, también concisamente las pruebas de cargo existentes contra uno y otro.

En relación a Sergio, recordemos que en Málaga fue detenido cuando se entrevistaba con el otro recurrente, Francisco, ocupándosele en el vehículo una bolsa con diez millones de pesetas, falsos, siendo además el arrendatario del local en el que se encontró la máquina impresora Heidelberg.

En relación a Francisco, la prueba de cargo está constituida por la declaración de los agentes policiales que le seguían y que actuaron en la detención de ambos, que acudieron al Plenario –folio 821 del Rollo de Sala–, y ello unido a haberse encontrado en el registro de su domicilio unas 740.000 pesetas todas en billetes de cinco mil ptas. falsos, idénticos al resto de los ocupados en la causa. También se citan las contradicciones entre las declaraciones de ambos.

El resultado del control casacional es la verificación de que existió prueba de cargo siendo la valoración efectuada por la Sala razonable y en modo alguno arbitraria. No hubo vacío probatorio.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por el cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 denuncia como indebida la aplicación del artículo 386-1.º del Código Penal.

En relación a Sergio, único al que se refiere el motivo, la denuncia casacional no respeta el «factum», y por ello ya incurre en causa de inadmisión que en el presente momento opera como causa de desestimación. Estima el recurrente que como en el «factum» sólo se recoge la marcha del mismo a Málaga para dar salida a una partida de billetes falsos a través de Francisco S., y también se le reconoce como arrendatario del local en el que se encontró la máquina impresora, de ello no se deriva que ejecutara el verbo del tipo penal por el que ha sido condenado –386-1.º–, que se refiere al que «fabricase moneda falsa».

El motivo no puede prosperar. La falsificación de moneda es un proceso complejo que se integra por una serie de tareas que van desde la compra de maquinaria y demás efectos, disponibilidad del local adecuado y el propio proceso de impresión, por ello, todos los que participan debidamente coordinados en un reparto de tareas en la ejecución de actos nucleares en relación al tipo, sin el cual aquél no puede conseguirse están evidenciando un efectivo codominio de la acción y deben ser tenidos por autores, de acuerdo con el concepto amplio de autor que rige en el Código Penal –artículo 28–. En el presente caso, ello es tanto más evidente cuanto que existía un previo concierto en los términos que se narran en el «factum».

En relación a Francisco, el motivo no efectúa referencia alguna, en todo caso y sin que pueda ser suplido el silencio que guarda el motivo respecto de Francisco por esta Sala, es obvia la falta de interés casacional del motivo porque, de acuerdo con el «factum», Francisco es la persona con quien contacta Sergio en Málaga para dar salida a sabiendas de su falsedad a los billetes falsos a través de una persona marroquí en el marco de una operación de droga y en consecuencia su conducta debe estimarse incurso en el núm. 3 del artículo 386 –expedición en connivencia con el falsificador– tal y como consta en el fallo de la sentencia recurrida, por lo que resulta inoperante el motivo respecto de Francisco.

(Sentencia de 5 de febrero de 2002)

Falsificación de moneda falsa: significado de fabricación. Aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 28 de junio de 2002

Segundo. (...) A) La denuncia de indebida aplicación contenida en los motivos Segundo y Tercero remite al artículo 386.1.º del Código Penal, ya que se sostiene que no se ha llevado a cabo verdadera «fabricación» de moneda (en la asimilación que a la «moneda» hace respecto de las «tarjetas de crédito o débito» el artículo 387 CP), que debe interpretarse exclusivamente como creación «ex novo», sino, tan solo, una «alteración» o «manipulación» de tarjetas ya existentes y verdaderas, llevada a cabo sobre la «banda magnética», que no puede ser considerado el único elemento principal de las mismas. Por lo que ante la única infracción frente a la que podríamos encontrarlos sería la falsedad documental, de los artículos 390.1.º y 392 del Código Penal, impune en este caso pues, a criterio del recurrente: a) tal falsedad se consumiría en el delito de estafa informática (art. 248.2 CP) o en el de robo con fuerza con uso de «llave falsa» (arts. 238 y 239.1.º CP); b) no se podría juzgar en España al tratarse de delito cometido en el extranjero por autor que no es ciudadano español, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y c) pues una condena de acuerdo con tales tipos, que no han sido objeto de acusación, infringiría el principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

Dejando para más adelante la exclusión del delito de robo con fuerza en las cosas mediante el uso de «llave falsa» o la inclusión de los iniciales actos falsarios dentro del supuesto de la estafa «informática», hemos de afirmar no sólo la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los hechos objeto de las actuaciones (modificación de las bandas magnéticas de unas tarjetas inicialmente auténticas y posterior uso fraudulento de los instrumentos de pago así confeccionados), que han sido cometidos en nuestro país, sino también la correcta calificación como delito de falsificación/fabricación de moneda, del artículo 386.1.º del vigente Código Penal, respecto de la confección de tarjetas mendaces mediante la sustitución de los datos auténticos contenidos en la banda magnética de las mismas.

De los numerosos problemas que plantea el tratamiento de las tarjetas de crédito o débito en nuestro Código Penal, que se agudizan en el caso de la falsificación de esos instrumentos de pago con la técnica de «asimilación» aplicada por el Código en su artículo 387, el que constituye ahora objeto único de nuestro interés no es otro que el de la determinación de si la manipulación de una tarjeta auténtica, en cuya banda magnética se introducen datos obtenidos fraudulentamente de otra, perteneciente a un tercero, ha de considerarse «fabricación» de moneda falsa, a los efectos del artículo 386.1.º del Texto punitivo.

El recurrente expresa algunas de las dudas que se suscitan a propósito de diversos aspectos de esta cuestión, tales como la determinación del bien jurídico que, en la actualidad, pretende proteger este tipo delictivo, en relación con la indudable gravedad de las sanciones legalmente previstas para él; el verdadero alcance del término «fabricar», al haberse suprimido en el Código de 1995 la acción consistente en la «alteración de moneda» de esta infracción; la importancia que pudiera tener la diferencia, según quien recurre, entre la confección «ex novo» de la tarjeta o la llevada a cabo mediante la combinación de unos datos obtenidos fraudulentamente y un soporte inicialmente auténtico, o el número, limitado o «en serie», de su producción, etcétera.

La alternativa, caso de no considerarse falsificación/fabricación de moneda, a la que el propio Recurso alude, sería la de considerar que nos hallamos ante una falsedad de documento mercantil (arts. 390 y 392 CP), en su caso en concurso instrumental con el delito de Estafa (art. 248 CP), o, incluso, la subsunción de toda la conducta

defraudatoria, incluida la falsedad, en el tipo especial del artículo 248.2 del Código Penal.

Sometida la cuestión, por la indudable trascendencia que entraña, al Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en sesión celebrada el día 28 de junio de 2002, se acordó que la correcta calificación de tales hechos, en criterio de dicho Pleno, habría de ser como delito de falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal, de acuerdo por tanto con el criterio de los Juzgadores «a quibus», toda vez que la generación de un documento nuevo, sin existencia previa, como es el caso, ha de considerarse «fabricación» y no simple «alteración», pues precisamente el elemento esencial en la tarjeta es la banda magnética y la voluntad del Legislador no parece otra que la de la severa represión de estas acciones, atendiendo a la importancia económica actual de las tarjetas como instrumentos de pago.

El número de las tarjetas objeto de falsificación sería también irrelevante, del mismo modo que el Código no establece mínimo alguno, en este sentido, para el caso de los billetes de Banco o del dinero metálico. No debiendo olvidar tampoco, en el caso concreto que aquí nos ocupa y según la propia literalidad de la narración de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, que en el domicilio del recurrente fueron hallados diferentes elementos tendentes a la producción numerosa de tarjetas falsificadas, tales como sesenta tarjetas de plástico con banda magnética en el reverso, quince soportes de plástico con bandas magnéticas, un lector de banda magnética, un aparato lector y grabador de bandas magnéticas escondido en el interior de la carcasa de un ordenador portátil, etcétera.

Literalmente el Acuerdo de la Sala, adoptado en el referido Pleno, dice así:

«Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de “dinero de plástico”, que el artículo 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la “banda magnética” de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal.

En tales supuestos, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede la imposición de la pena de multa, también prevista en el referido precepto.

Así mismo se pronuncia el Pleno favorablemente a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del Recurso de Casación se acuda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Penal, al Gobierno de la Nación exponiendo la conveniencia de la inclusión, en el Código Penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001.»

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en relación con el contenido del segundo párrafo del texto transcrito, desde ahora hemos de pronunciarnos negativamente frente a la sugerencia relativa a la remisión al Gobierno de la Nación de la propuesta de modificación legal, al amparo del artículo 4.3 del Código Penal, para la posible introducción de un precepto específico que regule los actos de falsificación de tarjetas bancarias, con establecimiento concreto de las penas aplicables a cada supuesto digno de consideración, como recomienda la Sala reunida en el referido Pleno no jurisdiccional.

Pues, aun cuando, como el propio Acuerdo refiere, según lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 28 de mayo de 2001, «sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», nuestro país está obligado a introducir en su ordenamiento, antes de junio de 2003, las reformas legales que considere necesarias para acomodar la persecución penal de conductas como la analizada a los mandatos contenidos en esa Decisión Marco, lo cierto es que el ámbito en que ha de insertarse la previsión legal y la finalidad de la misma se dirige al tratamiento específico del caso concreto, cuando, en él, se aprecie una evidente desproporción penológica, que motive la apelación al Gobierno, en tanto que promotor de la Reforma de la Ley.

Pero es que, en el caso al que nos enfrentamos, tal desproporción sancionadora no se produce, si atendemos a las circunstancias específicas del supuesto ante el que nos hallamos, dado que el delito enjuiciado, aunque su delimitación ha quedado debidamente determinada a efectos de este enjuiciamiento, ofrece ciertos perfiles que le vinculan con conductas desplegadas más allá de nuestras fronteras, es producto de una actividad con tintes de organización estable, se aplica a un número, si no excesivo sí al menos plural, de tarjetas de crédito, alcanza, en un momento posterior, a numerosos actos defraudatorios que suponen un perjuicio total de indudable entidad y, por último, prueba de la gravedad de los hechos y de su potencial peligrosidad es la ocupación, expresamente consignada en la narración de hechos de la Sentencia recurrida, de una serie de efectos, en poder de Oscar, tales como varias decenas de tarjetas preparadas para la falsificación ulterior o los instrumentos informáticos para llevar a cabo pluralidad de conductas ulteriores, en ese sentido ilícito, a los que ya nos referimos anteriormente.

Razones por las que, sin perjuicio del acierto que, sin duda, informa la parte del Acuerdo de esta Sala relativa a la conveniencia de la elaboración y remisión al Gobierno de una propuesta de modificación legal en el sentido que se expone, en el presente caso, que a nuestro juicio corresponde a aquellos en los que sí estaría suficientemente justificada la elevada sanción prevista hoy para estas conductas en el Código Penal, no hay fundamento legal bastante para formularla.

(Sentencia de 8 de julio de 2002)

ARTÍCULO 390

Falsedad documental cometida por particular. Simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: creación de facturas falsas que no responden a la realidad. Supuesto de falsedad ideológica punible

Quinto. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el segundo motivo de impugnación, se alega aplicación indebida de los artículos 302.9 y 303 del Código Penal de 1973.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, en el motivo, se suscitan dos cuestiones distintas:

a) Por una parte, la discutida cuestión de punición en el Código Penal vigente, de algunos supuestos de falsedad ideológica cometida por particulares. Evidentemente, el tema planteado es polémico y se presta a interpretaciones antagónicas.

Los argumentos en pro de una u otra interpretación son bien conocidos y resulta innecesario reiterarlos. Ha sido objeto de debate en el seno de este Tribunal un Pleno no Jurisdiccional celebrado al amparo del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 26 febrero de 1999 donde se llegó a un resultado no decisivo.

Como señala el Ministerio Fiscal, en su excelente informe, la jurisprudencia, aunque de forma todavía no decidida, camina en dirección opuesta a la sugerida por el recurrente, y abona la consideración de que hechos como el presente son plenamente punibles al no alcanzarles la destipificación de la falsedad ideológica de particulares en la medida en que pueden ser reconducidos a la modalidad falsaria de simulación del artículo 390.1.2. Ciertamente, además del Auto que se invoca en el recurso, no faltan pronunciamientos jurisprudenciales, alguno tan significativo como el representado por la sentencia de 26 de febrero de 1998, que avalarían la tesis del recurrente. Pero esa tendencia jurisprudencial es minoritaria habiéndose impuesto la contraria.

Entre esas sentencias que encarnan esa predominante línea jurisprudencial, paradigmática es la de 13 de junio de 1997, que precisamente obra unida en estas actuaciones al referirse a hechos muy similares y con algunos protagonistas coincidentes. Tras explicar cómo la simple incorporación de declaraciones mendaces de particulares a documentos mercantiles o públicos no sería constitutiva de delito, razona para afirmar que el supuesto de unas facturas falsas es distinto de la siguiente forma:

«La mera declaración mendaz de un particular en un documento mercantil, acorde con la doctrina expuesta, no puede subsumirse en el supuesto previsto en el núm. 4.º del artículo 302 del derogado Código Penal. Ello no significa que los hechos que se declaran probados por el Tribunal de Instancia, en la causa que es objeto de este recurso, no puedan subsumirse en otro de los supuestos previstos en el artículo 302 y en concreto en el que se menciona en su número 9.º, igualmente aplicado por el Tribunal sentenciador.

El particular también puede cometer una falsedad en documento mercantil simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Así reza el núm. 9.º del artículo 302 del anterior Código al que se remite el artículo 303 del mismo texto legal.

Esta Sala en sentencia de 21 de marzo de 1989 tiene declarado que el número 9.º del referido artículo 302 fue introducido por el Código de 1944, sosteniendo, algunos sectores doctrinales, la superfluidad de la innovación, toda vez que los preceptos precedentes ya permitían unos y otros el castigo de las conductas ahora descritas. Sin embargo, aunque esto pueda ser cierto, no sobraba la introducción de una figura de falsedad total, mediante la cual se sancionaba la simulación entera o íntegra de un documento, no existente y jamás confeccionado y redactado con rigor o veracidad, de un modo lo suficientemente hábil y perfecto para que pudiera inducir a error al común de las gentes o a cualquier ser humano medianamente perspicaz y clarividente. La estructura de esta modalidad es sencilla pues basta que se simule, finja o aparente un documento de modo que induzca a error sobre su autenticidad...» La sentencia de esta Sala de 18 septiembre de 1993, a los efectos de mejor entendimiento de ese supuesto de falsedad documental, declara que simular equivale a crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad tanto por su estructura como por su forma de confección. Con el mismo fin la sentencia de 26 noviembre del mismo año se remite al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el que se recoge que simular significa representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no sea. Y en la sentencia de 14 de abril de 1992 se dice que «se ha simulado con la creación “ex novo”, un documento que induce a error sobre su autenticidad, exi-

gencia esta última que según la mejor doctrina se satisface, si el documento así creado tiene idoneidad para engañar a un sujeto de características medias desde el punto de vista social, es decir, que la alteración de la verdad “inmutio veri” y el remedo de la misma «imitario veri» es bastante para llevar a error al común de las gentes.»

De la lectura del relato histórico de la sentencia fluye sin dificultad, que las facturas que representan el suministro de bienes y maquinaria por parte de las sociedades inactivas que se mencionan constituyen una ficción total, simulando la creación de documentos mercantiles inexistentes, con suficiente apariencia de credibilidad para inducir a error a las sociedades de leasing a las que iban destinadas... La función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido, y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido.

Así pues, los delitos de falsedad en documento mercantil han sido correctamente apreciados al poderse subsumir la conducta de los recurrentes en el supuesto previsto en el artículo 303 del anterior Código Penal, en relación con el número 9 del artículo 302 del mismo texto legal.

Doctrina similar sienta la Sentencia de 28 octubre de 1997, que afirma también tajantemente que la creación de facturas falsas que no responden a la realidad es una simulación de documento que está tipificada en el número 2.º del artículo 390 del Código Penal vigente y que, en consecuencia, también puede ser punible cuando es perpetrada por un particular.

Más recientemente puede citarse la sentencia de 12 de marzo de 1999, que aunque confirma la absolución y no aborda directamente este tema, incidentalmente da a entender que de existir no sólo los falsos apuntes contables, sino también facturas falsas, los hechos sí serían merecedores de reproche penal.

«...los acusados no confeccionaban pólizas, ni albaranes que sirvieran de soporte a los apuntes contables, sino que exclusivamente fueron anotaciones contables, que no afectan a elementos esenciales, porque son declaraciones unilaterales que no se pueden invocar frente a terceros, al carecer de soporte preciso para reclamarlos y, por tanto, no pueden reputarse documentos que prueban nada...»

Los últimos pronunciamientos pueden radicarse en las sentencias de 25 junio y de 14 de diciembre de 1999. La primera versa también sobre un caso de facturas falsas con grandes analogías con el aquí enjuiciado, que resume las argumentaciones y sentencias a favor de una u otra postura. De ambas parece emerger un nuevo criterio para demarcar la frontera entre la pura falsedad ideológica impune –faltar a la verdad en la narración de los hechos–, y la simulación de documento encuadrable en el artículo 390.1.2: cuando la autenticidad se refiere al origen creador del documento. Y así, se dice, si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él, su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número cuarto del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir, auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En la operación falsaria por la que se ha condenado a este recurrente aunque quizás pudiera discutirse la inautenticidad en la dimensión subjetiva en la medida en que se contaba con la anuencia de quien, el propio recurrente, representaba a la sociedad que figuraba como supuesta vendedora, es palmaria la inautenticidad de origen en su

vertiente objetiva: no se trata de una mera mendacidad en cuanto a algunos o muchos de los datos que figuran en la factura –precio, tipo de contrato...–, es que esa operación de venta no existió nunca.

(Sentencia de 24 de enero de 2002)

ARTÍCULO 392

El delito de falsedades no es un delito de propia mano, no siendo relevante quién haya materialmente realizado la falsedad. Falsificación de documentos públicos u oficiales: finiquitos falsificados con el único y exclusivo fin de surtir efectos en demandas presentadas en los Juzgados de lo Social

Primero. (...) Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 20 de mayo de 1996, que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace en la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y, por ello, ha admitido que los Tribunales pueden «correr el velo» tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social. Y conforme a esta doctrina se puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

En la Sentencia citada de esta Sala se añade que la «teoría del levantamiento del velo» establece qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos, sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el levantamiento del velo no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia, en contra de lo postulado por la Defensa.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al supuesto que nos ocupa resulta evidente, por las declaraciones de los testigos perjudicados y de los propios acusados, como señala el Tribunal sentenciador, evidencia que el recurrente era quien administraba la sociedad LMI, SL, y que fueron decisiones suyas las que produjeron los hechos enjuiciados; igualmente, aparece el recurrente, aunque materialmente no falsificara los finiquitos, como la persona que decidió su falsificación y la presentación en el Juzgado de lo Social aunque utilizara a otro como instrumento.

Es doctrina reiterada de esta Sala –cfr., entre otras, Sentencia de 27 de julio de 2001– que la falsedad documental no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento.

Por ello resulta irrelevante, como se infiere de la prueba pericial practicada, que el recurrente no fuese quién personal y físicamente imitase la de los trabajadores en los finiquitos presentados y lo hiciese otra persona por indicación suya y en su beneficio, como se razona por la Sala sentenciadora.

Segundo. En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación del artículo 307 del Código Penal de 1973 y subsidiariamente del artículo 304, y por aplicación indebida del artículo 499 bis del Código Penal.

Con relación al delito de falsedad, se defiende en el motivo que los hechos serían, en su caso, constitutivos de un delito de uso de documento privado falso o subsidiariamente de uso de documento oficial falso.

En primer lugar, se alega que se trata de un documento privado en el que un particular pretende causar perjuicio a un tercero, y para que un documento pueda ser catalogado como público u oficial debe tenerse en cuenta el momento de confección del documento.

El Tribunal de instancia ha dado puntual y correcta respuesta a esta cuestión mencionando sentencias de esta Sala que en la que se expresa que si bien ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, esta doctrina experimenta una inflexión cuando el documento nace con el único destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas. Así ciertamente se pronuncian sentencias de esta Sala, como son exponentes las de 31 de mayo de 1995 y 17 de mayo de 1996, en las que se declara que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial, innovando declaraciones anteriores, ha venido manteniendo que la incorporación o destino a un expediente público no permite llevar el documento privado al campo del artículo 303, razonando que ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, sin que pueda extenderse el dolo del autor a finalidades, destinos o incorporaciones que ni siquiera están en su mente cuando realiza alguno de los comportamientos del artículo 302; este criterio jurisprudencial, que no tiene excepción cuando el documento genuinamente privado se incorpora –sin posible previsión de su autor y sin relación funcional alguna– a un expediente público, tiene una reconocida inflexión cuando el documento nace o se hace con el único o exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas determinando resoluciones del ente receptor con trascendencia para el tráfico jurídico (sentencias de 2 de junio y 14 de mayo de 1992, 8 de marzo de 1993, 28 de septiembre de 1994 y 13 de marzo de 1995).

En supuesto que examinamos es un claro ejemplo de esta doctrina jurisprudencial ya que los finiquitos fueron falsificados con el único y exclusivo destino de surtir efectos en las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social para eludir los pagos a que venía obligado el acusado.

Así las cosas, los hechos que se declaran probados han sido correctamente calificados como de falsificación de documento oficial.

En el motivo se defiende, a continuación, que debe aplicarse la modalidad de uso de documento falso y no la figura de la propia falsificación.

Ya se ha expresado, para rechazar el anterior motivo, que la falsedad documental no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento, sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento y eso es lo que se expresa en los hechos que se declaran probados y que deben ser respetados.

Por última, se rechaza que los hechos que se declaran probados sean constitutivos de un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo en la modalidad prevista en el penúltimo párrafo del artículo 499 bis del Código Penal derogado que tipifica la conducta de quienes en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores y eso es precisamente lo que hizo el acusado según se infiere del relato fáctico de la sentencia de instancia en el que se atribuye al

acusado el plan e idea de liquidar la sociedad LMI, SL sin abonar los derechos correspondientes a los trabajadores, sociedad que se encontraba en crisis y con deudas de más de cuarenta y dos millones de pesetas, y para ello, con el fin de desprenderse de los trabajadores y eludir los costes del despido, simuló la enajenación de la sociedad y presentó documentos falsos que aparentaban el finiquito de las relaciones laborales.

Así las cosas, el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente los artículos del Código Penal derogado que se cuestionan en el presente motivo que, por lo expuesto, no puede ser estimado.

(Sentencia de 24 de enero de 2002)

Falsedades en documentos mercantiles cometidas por particular: lo comete quien altera materialmente el documento y quien se aprovecha del mismo con dominio funcional del hecho; Es autor quien utiliza la tarjeta de crédito de tercero por el acusado, siendo irrelevante que los tickets de compra los firmase el acusado u otra persona, al tener aquél el dominio funcional del hecho

Segundo. El relato factual de la Sentencia recurrida describe, a cargo del acusado, la utilización en cinco ocasiones de una tarjeta de crédito, «Visa Oro», de un tercero, sustraída, pagando con ella en cuatro restaurantes, y en una casa de masajes, si bien en dicha ocasión, el intento resultó frustrado ante la situación de no conformidad de la referida tarjeta. Probada tal utilización, en las múltiples ocasiones que se describen en el «factum», por el propio acusado, fue éste condenado como autor de un delito de estafa continuada, condena aceptada por él mismo, y que, como se afirma en el escrito de impugnación del recurso, es firme respecto a aquél.

Para dar respuesta al motivo planteado por el Ministerio Fiscal hay que partir de la necesaria falsedad de la firma del tickets que hubo de ser firmado para la utilización de la tarjeta, como así lo expone la Sentencia de instancia, y de la prueba pericial que también maneja la Sala sentenciadora, en el sentido de que no fue posible una conclusión de todo punto concluyente acerca de su autoría.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, esta Sala Casacional ya declaró en Sentencia, de fecha 1 de febrero de 1999, que el delito de falsedad en documento mercantil no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre tal falsificación. La Sentencia de 15 de julio de 1999 declara que es indiferente que el acusado realizara materialmente la falsificación o que actuara en connivencia con quien la realizó. De modo que partiendo de estos parámetros interpretativos, hay que analizar ahora si la utilización por el recurrente de la tarjeta de crédito, junto a una necesaria falsedad en la firma del tickets de compra, realizada por él o por otra persona que, en connivencia con el acusado, se aprovecha de los ilícitos beneficios que se obtienen como consecuencia de la estafa, debe comportar también el concepto de autoría en la falsificación, que deviene imprescindible para la utilización de la tarjeta. En tal sentido conviene afirmar, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, que el delito de falsedad puede cometerlo quien tiene el dominio funcional del hecho, siendo indiferente la realización material de la falsedad, pues si existe una decisión conjunta de realizar el hecho, resulta irrelevante la materialización de los rasgos falsarios, ya que esa connivencia convierte en autores a todos los posibles par-

tipicantes; y en el supuesto de utilización de tarjetas de pago falsas, ello no exime de responsabilidad en el delito de falsedad a quien ha adoptado la decisión de la utilización conjunta de la tarjeta para realizar compras y consumiciones y obtiene los beneficios que de su uso se derivan.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que lo relevante es la presencia física del autor de la estafa, y el dominio funcional de la acción, haya firmado o no los tickets, pues si existe un plan preconcebido, resulta intrascendente «el que no firmaran en concreto los tickets correspondientes, ostentado el dominio del hecho», ya que «la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría» (Sentencia de 7 de abril de 1999); y en el propio signo, la Sentencia de 8 de noviembre de 1999, igualmente sobre tarjetas de crédito, pone el acento en la decisión conjunta en la utilización de la tarjeta, y no en la materialización de la firma por uno u otro de los intervinientes.

(Sentencia de 27 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 395

Falsedades en documento privado para perjudicar a otro: falsificación en acreditación de ingresos dirigida a obtención de préstamo finalmente impagado. Búsqueda de ventaja que no conlleva necesariamente intención de perjudicar ni detrimento patrimonial para la contraparte

Cuarto. Como tercero de los motivos del recurso, por el cauce del artículo 849.1.º LECrm, se denuncia infracción de Ley, por aplicación indebida del artículo 395 CP.

El argumento es que en la conducta de la recurrente faltó el elemento intencional consistente en el propósito de «perjudicar a otro», cuya ausencia resulta reconocida por el propio tribunal de instancia en la sentencia. Por otra parte, se apunta, la acusada pagó una serie de plazos y la entidad concedente del préstamo no pudo resultar perjudicada en modo alguno, debido a la garantía hipotecaria con que operó.

El Fiscal ha manifestado su apoyo a este motivo, debido a que en la sentencia se acepta expresamente que los acusados «tenían un inicial y verdadero propósito de cumplir la obligación de pago de las cuotas mensuales, siendo su imposibilidad económica la que generó el impago», lo que equivale a reconocer que no obraron con la intención de perjudicar que es elemento del tipo del artículo 395 CP, sin embargo, aplicado.

Cierto es que, en otro momento de la fundamentación de la sentencia, se cifra el propósito de causar perjuicio en el ánimo de obtener el crédito sin la garantía personal, adicional a la real exigida. Pero en ese aspecto de la acción –si, realmente y como se afirma por el tribunal, había «un inicial y verdadero propósito de cumplir la obligación»– puede verse, a lo sumo, la búsqueda de una ventaja en la contratación del crédito, que no llevaba asociado de forma necesaria un detrimento patrimonial para la contraparte. Lo que en modo alguno equivale a la específica y directa intención de perjudicar que integra el supuesto de hecho del precepto del artículo 395 CP, por tanto, indebidamente aplicado. Pues, como esta sala ha declarado –haciendo referencia a idéntica prescripción del CP/1973– para que aquél resulte aplicable no basta con

que concurra el elemento objetivo propio de toda falsedad, que es la mutación de la verdad, sino que ha de estar presente el aludido elemento intencional (entre otras, STS de 30 de junio de 1992).

Es por lo que debe estimarse el motivo, con efectos para ambos recurrentes, a tenor de lo que dispone el artículo 903 LECrm.

(Sentencia de 4 de junio de 2002)

ARTÍCULO 404

Prevaricación de funcionarios. Bien jurídico protegido. Concepto de resolución. Alcalde que compromete fondos en publicidad de camisetas de entidades deportivas, siendo los beneficios para el Club que preside: carencia de partidas presupuestarias y adopción de decisiones sin observar ninguna de las prescripciones legales

Decimoséptimo. (...) 3. El anterior Código Penal incluía dentro de su Título VII «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en un mismo Capítulo «De la prevaricación», tanto la proveniente de los jueces como la de los funcionarios públicos. En cambio el actual Código sanciona estas dos conductas de forma separada. Así, mientras que a la prevaricación judicial dedica el Capítulo I del Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia», la de los funcionarios públicos se encuentra penada en el Título XIX «Delitos contra la Administración pública», y más concretamente en el artículo 404 en el que se establece que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

En este ámbito de la función pública el bien jurídicamente protegido lo constituye el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

Señala la doctrina que a garantizar dicho principio se dirigen también otras ramas del ordenamiento jurídico, como es el Derecho administrativo a través del sistema de recursos, la jurisdicción contencioso-administrativa e, incluso, el derecho disciplinario.

Esta plural situación exige una adecuada articulación de las distintas formas de tutela, lo que supone limitar la intervención del Derecho Penal a los ataques de una mayor gravedad, con respeto del principio de mínima intervención.

Por ello la injusticia y arbitrariedad de la resolución a la que se refiere el transcrito precepto sustantivo penal puede verse concretada, tal como se hace en el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 2001 con cita de las sentencias de 20 de abril de 1995 y 1 de abril de 1996, a los tres siguientes aspectos. 1. Absoluta falta de competencia del acusado. 2. Inobservancia de las más elementales normas del procedimiento. 3. Resolución cuyo fondo implique una contradicción patente y grosera con el Ordenamiento Jurídico, de manera que la misma pueda ser apreciada por cualquiera.

Ya la sentencia de 14 de noviembre de 1995, citando las de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992 y 21 de febrero

de 1994, dice que este delito se genera «por omisión de los trámites procedimentales o formales, custodios y salvaguardias de las adecuadas garantías, a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la Autoridad o del funcionario».

De los Hechos Probados de la sentencia de instancia resulta que el acusado Pedro R. Z., Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, persuadido por el también acusado Jesús G. y G., Alcalde del citado Ayuntamiento, cabeza de lista del Grupo GIL en el que estuvo incluido el señor R. y Presidente del Atlético de Madrid, decidió firmar los días 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 sendos contratos de esponsorización con este Club por un importe total de 450 millones de pesetas, sin que el 26 de diciembre de 1995, 3/4 años después, el Interventor del Ayuntamiento conociera «que hubiera antecedentes municipales de tales operaciones... razón por la que no existía dotación presupuestaria para las mismas». Siendo en fecha muy posterior, mayo de 1999, cuando el Pleno del Ayuntamiento se pronuncia sobre ello.

Esta actuación de don Pedro R. evitó el conocimiento de las operaciones por los grupos que integran el Ayuntamiento, que tienen el control político de unas decisiones discrecionales que afectan a importantes sumas de dinero. Y también el control económico que exige la actuación previa del Interventor. Eliminación de ambos controles que afecta al interés público relativo a la correcta utilización de los fondos municipales.

En definitiva, la indicada resolución del acusado se aparta de la legalidad de una manera patente, notoria y manifiesta, «incidiendo significativamente en los administrados y en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública (sentencia de 5 de noviembre de 1998); lesionando el bien jurídico protegido e incurriendo en la conducta descrita en el artículo 404 del Código Penal.

Por ello, teniendo en cuenta además lo razonado en el Fundamento de Derecho Duodécimo de esta sentencia, respecto al delito de prevaricación administrativa, el Motivo Segundo del recurso de don Pedro R. debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULO 428

Tráfico de influencias: conceptos de “influir” y prevalerse. Alcalde que influye en Teniente de Alcalde para que firme en nombre del Ayuntamiento contratos de esponsorización del equipo de fútbol que él preside

Décimotercero. 2. El llamado delito de tráfico de influencias fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo. En el entonces artículo 404 bis a) aplicado en este caso, de redacción similar aunque no idéntica a la del actual artículo 428, se decía:

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de

arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.»

Los elementos que constituyen este delito son pues los siguientes:

1. Que el autor sea autoridad o funcionario público.
2. Que el sujeto actúe con el propósito de conseguir directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
3. Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

Estas cualidades están definidas en el artículo 24 del Código Penal.

El término «influir» —ejercer predominio o fuerza moral— resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas.

Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias.

En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia.

Algún sector de la doctrina añade que la decisión que se adopte debe ser injusta, requisito que no aparece recogido en los preceptos penales examinados.

La sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver sentencia de 24 de junio de 1994).

Lo que claramente exige el Código Penal es que la resolución genere un beneficio económico para el sujeto activo o para un tercero.

Siendo de señalar, por último, que nos encontramos ante un delito doloso, no solamente porque el legislador no ha tipificado expresamente la conducta culposa, sino porque la misma estructura del delito —influir prevaliéndose— así lo reclama.

3. En el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que ahora se impugna, la Sala «a quo» hace las siguientes afirmaciones:

«En el acusado Jesús G. y G., se daba desde el momento de acceder al cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella la doble condición de Alcalde de esta ciudad y Presidente del Club Atlético de Madrid, SAD, Sociedad de la que era titular aproximadamente del 85% de las participaciones. Esta coincidencia matiza las cosas desde el primer momento, pues la más elemental de las máximas de experiencia y de la lógica nos indica que fue él, y no otro, el que decidió que fuera el Club Deportivo que presidía el que iba a tomar, más o menos en exclusiva, la publicidad dinámica del logotipo “Marbella” para ser exhibido en cuantos eventos deportivos aquél participase.»

«Estamos ya definiendo, lo que consideramos que fue una “elección interesada”; y decimos esto porque, al margen del Servicio comercial publicitario que se prestó puntualmente, el valor de mercado, que sin duda tal objeto de comercio debe tener y tiene, latía, en el fondo, el interés por obtener un beneficio económico (no decimos ilícito, sólo económico), que supone esponsorizar un logotipo publicitario a cambio de dinero y que, a su vez, no le fuera rivalizado por un tercero, o incluso obstaculizada la idea, a la vista de la oposición que podría haber expuesto otro u otros grupos políticos municipales y de la información que pudieran dar los medios de comunicación. Todo esto se evitó acudiendo al modo de decisión directa que se produjo.»

«Los contratos citados que suscribe R. Z., así como los Decretos de iguales fechas y los posteriores son el resultado de la inducción y de la influencia que, para evitar el escollo de la incompatibilidad, ejerció sobre él el acusado Jesús G., prevaleciendo de su superior jerarquía como Alcalde, obteniendo así el beneficio citado.»

De ello y de lo recogido en los Hechos Probados de la sentencia resulta:

– Que en el año 1991 Jesús G. y G., que era Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, que militaba en la Primera División, decidió concurrir a las Elecciones Municipales a celebrar en ese año encabezando las listas del Grupo GIL con la aspiración de convertirse en Alcalde de Marbella, cargo para el que fue efectivamente elegido en el mes de junio.

– Que Pedro R. Z., Licenciado en Derecho y Secretario del Ayuntamiento en excedencia, concurrió a la mencionada convocatoria electoral en las listas del indicado Grupo GIL, resultando elegido Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella.

– Que los días 15 de julio de 1993 y 22 de agosto de 1994, invocándose la existencia de unos contratos de fechas 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 en los que se pactaba entre Pedro R. Z. por el Ayuntamiento de Marbella y Enrique C. T. como vicepresidente del Atlético de Madrid, que los jugadores de este Club lucieran en sus camisetas el nombre de «Marbella» a cambio del pago de 250 millones de pesetas por cada una de las dos temporadas convenidas, el señor R. Z. reconoció la obligación de la Corporación de satisfacer la cantidad de 450.000.000 de pesetas al Atlético de Madrid, cantidad que fue íntegramente abonada a dicha entidad.

– Que en todo momento Pedro R. Z., que ninguna relación tenía con el Atlético de Madrid, actuó en razón a la inducción que para evitar el escollo de la incompatibilidad ejerció sobre él Jesús G. y G., que era superior jerárquico como Alcalde y cabeza de la lista en la que se había presentado a las elecciones municipales.

– Que en Jesús G. ha existido siempre el propósito y la voluntad de que los reseñados contratos fueran efectivamente realizados, con el consiguiente beneficio económico para el Club que preside.

De lo expuesto resulta que en la conducta del acusado recurrente se dan los requisitos objetivos y subjetivos que configuran el delito descrito en el artículo 404 bis a) del anterior Código Penal tal como se han expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, por lo que el Motivo Noveno de este recurso debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos: bien jurídico protegido. Modificaciones destacables en el CP/1995. Concepto de «sustraer». Contrato de sponsorización entre el Ayuntamiento de Marbella y el Club Atlético de Madrid

Segundo. 3. El Capítulo VII del Título XIX del actual Código Penal ha introducido importantes reformas en la regulación de este delito, como es la misma rúbrica «Malversación», en la que se suprime la tradicional referencia a los caudales públicos; la desaparición en el delito base del sistema de cuantías para la determinación de la pena; y la notable reducción de la pena máxima a imponer.

Pero tres modificaciones merecen ser destacadas: 1.^a Desaparición del delito en el que se sancionaba al funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere lugar a una sustracción de caudales públicos. 2.^a Exigencia expresa del ánimo de lucro en los artículos 432 y 434. 3.^a Supresión del delito consistente en dar a los caudales o efectos una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados.

Ello ha permitido a la doctrina percibir una mayor proyección en estos tipos delictivos del principio de subsidiariedad materializado en la desviación al Derecho Administrativo de las conductas antes penadas en los artículos 397 y 398 del Código de 1973.

El bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos (ver sentencia de 26 de noviembre de 1998). Refiriéndose la doctrina moderna a la pluriforme protección por estos delitos contra la Administración pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público, en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución.

De los elementos que integran el delito descrito y penado en el artículo 432.1 cuya aplicación se pretende, fijaremos nuestra atención en uno de ellos básico y esencial, el relativo a la sustracción de caudales o efectos públicos.

Ciertamente el término «sustraer» se ha entendido en el sentido amplio de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio, para hacerlos propios.

Mas también es cierto que la doctrina ha subrayado que el sinónimo jurídico gramatical más adecuado para «sustraer» puede ser el de «apropiarse», ya que la conducta penada en el delito de malversación tiene un claro correlativo en la del delito de apropiación indebida.

Habiéndose también afirmado que el delito de malversación de caudales públicos se perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público.

En esta situación, aun reconociendo que, como afirma el Fiscal, el uso de fondos públicos sin cumplir esenciales requisitos legales puede constituir el delito de malversación, no se puede olvidar que el núcleo esencial de este delito lo constituye la lesión patrimonial a un Ente Público.

Se ha de rechazar en primer lugar la aplicación del artículo 433 del actual Código Penal, destino de los caudales a usos ajenos a la función pública, en cuanto que la publicidad que fomenta el turismo con el consiguiente beneficio para importantes sectores económicos de la Ciudad, cumple esa condición pública; y también la aplicación del anterior artículo 397 del Código de 1973, dar a los caudales una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados, en cuanto que esta conducta no ha sido incluida en el Código vigente.

Ciñéndonos pues a los artículos 432 y 394 de los Códigos Penales de 1995 y 1973, que son aquellos cuya inaplicación se denuncia, sustracción de caudales, hemos de poner de relieve determinadas peculiaridades de los hechos que ahora se analizan.

En primer lugar, que no se aprecia en el principal acusado Jesús G. y G. un propósito de obtener un inmediato beneficio económico, como lo demuestra que inicialmente los jugadores del Atlético de Madrid lucieran en sus camisetas el anagrama «Marbella» sin compensación económica alguna; que la retribución pactada por lucirla en las temporadas 1991-1992 y 1992-1993 no se hiciera efectiva hasta varios años después; y que la derivada de la exhibición del nombre «Marbella» por el Club de baloncesto Juventut de Badalona en la temporada 1992-1993, aún no haya sido satisfecho.

También es importante resaltar que en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia se considera no acreditado que los traspasos de los jugadores, Diego Pablo S., Pedro G. y M., entre el Sevilla y el Atlético de Madrid guarde relación alguna con los contratos de esponsorización celebrados por estos Clubes con el Ayuntamiento de Marbella.

Y final y especialmente que en el párrafo primero del citado Fundamento Jurídico Cuarto se dice que nos encontramos con que las cantidades transferidas al Club, «no son otra cosa, a falta de mejor prueba, que el pago en compensación causal de una prestación recibida». Prestación que en este caso «ha sido el desarrollo de un Servicio Comercial Publicitario que tiene, no podemos ignorarlo, un importante valor económico y de promoción en el mercado actual».

No se deben considerar inadecuados aquellos fines que son admitidos generalmente, como ocurre con la publicidad, que a lo largo del año presupuestario se concretan en gastos determinados. En la genérica partida de gastos diversos no se excluyen los de publicidad, partida a la que se alude expresamente en el párrafo 5 del Hecho Probado 1.º

Por esta razón, dado que el gasto realizado forma parte de los destinados a la normal actividad de promoción de la Ciudad, la conducta del acusado no resulta constituir una sustracción en el sentido del artículo 432 del Código Penal, sin que ello signifique que la misma no pueda incardinarse en otros preceptos legales incluidos en el mismo Título, como son los relativos a los delitos de prevaricación y tráfico de influencias.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULOS 446 Y 447

Prevaricación Judicial: concepto. No existe en el caso de Magistrados que otorgan libertad con fianza de preso que iba a ser juzgado próximamente, fundando la medida en informe médico en que se exponía que existía riesgo de suicidio del mismo. No concurre la injusticia de la resolución al estar ésta fundada en informe médico. Dictar Sentencia o resolución manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable: su comisión requiere que el autor obre con culpa consciente o con representación. El error sobre la injusticia de la resolución excluye la culpa consciente y motiva la atipicidad de la conducta

Primero. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado en diversas sentencias el contenido de la ilicitud propia del delito de prevaricación judicial. Básicamente se ha

considerado que el delito se comete cuando el juez adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la Ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por lo tanto, se dará cuando el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la Ley por alguno de estos métodos, no se la podrá considerar como una aplicación de la Ley vigente, sino como un acto voluntarista del juez. Es claro que en estos casos se dará la «irracionalidad» a la que se refiere el excelentísimo señor Fiscal y de la que se habla en algunas sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional citadas por el mismo, pues «irracionalidad» y ausencia de respaldo en los métodos interpretativos es exactamente lo mismo. La razón de la aplicación del derecho, en el sentido de los principios del Estado de Derecho, será siempre de apreciar, precisamente, cuando el fundamento de la resolución judicial sea la Ley. Toda resolución que no se pueda derivar de la Ley por un método admisible será, por lo tanto, irrazonable.

El auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, de 21 de diciembre de 2001, en el que se fundamenta la querrela de las Acusaciones, es una resolución judicial en la que se aplicó por dicho Tribunal el artículo 504 (segundo párrafo) LECrm. Esta norma no se basa en la comprobación de un hecho concreto y la determinación de su consecuencia jurídica, es decir: no es una norma de las conocidas como de programación condicional, en las que dado el hecho se debe aplicar la consecuencia jurídica. El mencionado artículo contiene, por el contrario, una norma cuya aplicación no depende de la comprobación de un hecho, sino de la formulación de un pronóstico –a partir de los hechos– sobre el comportamiento futuro de una persona. Se trata, en consecuencia, de una disposición legal para cuya aplicación el legislador concede a los tribunales un margen de apreciación dentro del cual deben ser ponderadas las circunstancias con el fin de fundamentar una decisión respecto de los medios legales adecuados para lograr un determinado fin. Dicho con otras palabras: si el Tribunal afirma un pronóstico de fuga debe denegar la medida cautelar; si, por el contrario, no lo estima, deberá determinar las medidas que, de acuerdo con su valoración, sean adecuadas para impedir que el inculpado eluda la acción de la justicia.

En el ordenamiento jurídico procesal existen numerosas normas que responden a esta estructura, sobre todo en materia de medidas precautorias.

La injusticia de la aplicación de este tipo de normas no se puede enjuiciar con los mismos criterios que son aplicables en el caso de las normas de estructura condicional. En una norma con las características del artículo 504, segundo párrafo, LECrm, se trata de establecer si los principios, aplicados por el tribunal o juez para concretar el pronóstico requerido por la aplicación de la norma, son ajustados a derecho o no, es decir: se trata de si los criterios de la decisión tienen el apoyo jurídico que los legitima y del juicio referente a las cautelas imponibles.

A tales fines resulta indiferente que el pronóstico –como tal– se haya cumplido o no, dado que, por su naturaleza, todo pronóstico, condicionado por variantes múltiples y no totalmente controlables, es falible. La injusticia de la resolución no será, por lo tanto, consecuencia de que los hechos posteriores defrauden la expectativa expresada en el pronóstico judicial. También habría un fracaso del pronóstico si se pudiera demostrar que un preso preventivo, del que se supuso que podría fugarse, no lo hubiera hecho. Pero, es evidente que en tal caso nadie consideraría injusta la resolución que hubiera denegado la libertad, no obstante, lo erróneo del pronóstico sobre su conducta futura.

Por tales razones, lo decisivo para juzgar sobre la injusticia de la resolución es el apoyo de la misma en principios jurídicamente reconocidos y la correcta deducción a partir de los mismos. Esto rige tanto para el pronóstico en el que se basa la privación

provisional de la libertad, como para el que sirve de apoyo a la liberación bajo fianza durante el proceso, toda vez que, en un Estado de Derecho, la privación de la libertad no puede estar sometida a condiciones menos estrictas que las exigidas para liberación.

En el caso que ahora consideramos el Ministerio Fiscal ha basado su pretensión en la incorrecta determinación del peligro de fuga por parte de los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en el auto de 21-12-2001. Por lo tanto, la resolución sería injusta porque se concedió la libertad bajo fianza pese a existir peligro de fuga. Para ello señala especialmente las siguientes circunstancias, de carácter puramente objetivo: la afirmación de tal peligro en resoluciones anteriores de dicha Sala, la gravedad de las penas solicitadas por el Fiscal en sus conclusiones provisionales, el señalamiento del juicio para pocos días más tarde y la inconsistencia del informe médico en el que se ha basado la decisión (ver pág. 18). Considera asimismo el excelentísimo señor Fiscal que no es necesario insistir en la injusticia de la decisión referente a las medidas cautelares impuestas, pues ello, ya ha sido admitido por el auto del excelentísimo señor Instructor que impugna.

Es cierto que en resoluciones anteriores a la de 21-12-2001 la Sala de la Audiencia Nacional había afirmado que existía peligro de fuga. Sin embargo, en ese auto los Jueces consideraron una situación nueva, surgida como consecuencia del informe médico oportunamente solicitado, a cuya ponderación se hará luego referencia.

Es cierto también que el Fiscal de la causa había solicitado penas graves. Pero no es menos cierto que la Ley procesal aplicada no hace depender la libertad bajo fianza —como ocurre en otros derechos— de una presunción de fuga establecida «*juris et de jure*» para ciertos delitos, considerados por ello como delitos que no permiten la excarcelación por la gravedad de la pena, sino que impone la comprobación del peligro de fuga en todos los casos.

Tampoco es directamente contrario a la Ley aplicada que sólo faltaran pocos días para la celebración del juicio, pues la Ley no condiciona la excarcelación bajo fianza a determinadas fases del proceso.

En todo caso, ninguna de estas dos últimas circunstancias es, por sí misma, determinante del peligro de fuga. Al no haber establecido límites al respecto, el legislador ha querido dejar al criterio jurídicamente vinculado del Tribunal de la causa la decisión sobre el peligro de fuga en todos los delitos y en todas las fases del proceso.

En consecuencia, sólo debemos concentrarnos en la ponderación realizada por el Tribunal del informe médico en que basó su afirmación de que «la enfermedad aparece como elemento neutralizador del riesgo de fuga» y en la aplicación de «consideraciones humanitarias» (auto de 21-12-2001). El excelentísimo señor Fiscal considera al respecto que los tres Magistrados dispusieron la libertad del acusado, al que describe como el protagonista de la «más importante operación de tráfico de droga descubierta en los últimos años», «desentendiéndose del peligro de fuga y exponiendo como argumento de su invención que la “enfermedad aparece como elemento neutralizador del riesgo de fuga”».

Por su parte el excelentísimo señor Instructor partió de la premisa según la cual «injusta sólo puede ser aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable» y, aplicándola al caso, estimó que «la Sala basó su decisión en un informe médico, de características psiquiátricas, oficial, que evidenciaba un alto grado de probabilidad de suicidio (...), por lo que, en este apartado, la Sala actuó con el soporte técnico que le proporcionaba, a su vez, cobertura a la decisión que adoptó (...)».

Esta Sala comparte el punto de vista del Instructor. A nuestro juicio carece de importancia que el Fiscal de la causa no hubiera solicitado la práctica de una prueba

pericial o que no se haya opuesto a la consulta con el médico de la institución penitenciaria decidida por la Audiencia, pues el delito de prevaricación no depende de la acción del Fiscal, sino de la acción de los Jueces. La exclusión del carácter injusto del pronóstico referido a la fuga proviene, a nuestro modo de ver, del criterio de ponderación de bienes y del apoyo en un dictamen médico hasta ahora no contradicho. Por lo tanto, los criterios en los que los Magistrados inculpados apoyaron su decisión no son, en este punto, jurídicamente incorrectos. Compartimos también el criterio del Instructor respecto de la necesidad de una mayor motivación del auto. Pero el delito de prevaricación no consiste en una motivación insuficiente, sino en dictar una resolución injusta. La injusticia de la resolución no desaparece con una extensa motivación, ni una motivación poco informativa es determinante de la injusticia de la resolución.

Ciertamente, es posible dudar de lo acertado de la conclusión extraída por dichos Magistrados en lo referente a la excarcelación como el mejor medio de eludir el peligro de suicidio. Pero, lo cierto es que, ante el conflicto de bienes jurídicos que tenían que resolver y ante la necesidad de aplicar una norma que deja abierta la solución, no resulta posible considerar injusta una resolución que –sin contradecir una prohibición expresa– opta por asumir un riesgo para salvar el bien jurídico más importante de los que están en conflicto. No se debe olvidar que el propio artículo 504 (párrafo tercero) LECrm ordena que «el Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión no se prolongue más allá de lo necesario». Es evidente que una prisión provisional que puede conducir al suicidio del preso preventivo, protegido, no obstante las sospechas que puedan pesar sobre el mismo, por la presunción de inocencia, genera un riesgo que el Tribunal de la causa no podía desconocer y que elimina el carácter necesario de la prisión provisional.

Es posible que los Magistrados hubieran podido disponer otras medidas, que arriesgaran menos en relación con la presencia del acusado durante la celebración del juicio. Pero ante la apertura de posibilidades que la norma permitía, la elegida no era, en sí misma, injusta, ni era reveladora de una decisión que no podía ser deducida de la Ley a través de criterios interpretativos admitidos, pues la ponderación de bienes es un criterio general que informa el ordenamiento jurídico y la remisión a los conocimientos médicos contenidos en el informe de un facultativo oficial no ofrece ningún reparo jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta que exteriormente dicho informe, en el momento de ser considerado por los Magistrados que suscribieron el auto de 21-12-2001, se ajustaba a los estándares que se observan en la práctica cotidiana en los informes médico-forenses. Téngase presente que el Doctor A. L., Médico Forense de la Audiencia Nacional, declaró ante el Instructor haber sido consultado en el despacho del Presidente de la Sección, donde pudo leer el informe del médico de la prisión. Al respecto manifestó haber informado al Magistrado que «a la vista del informe le pareció que la situación era grave y así se lo hizo saber al presidente de la Sección» (ver folio 1.017), admitiendo que era práctica «que los jueces admiten informes de los médicos de los Centros Penitenciarios (ver folio 1.018)».

Un problema diverso es el que se refiere a la suficiencia de las medidas cautelares impuestas para asegurar la presencia del acusado en el juicio. El excelentísimo señor Instructor concluyó que en ese aspecto el auto de 21-12-2001 vulneraba claramente el artículo 531 LECrm, básicamente por lo exiguo de la cuantía de la fianza real impuesta y el excelentísimo señor Fiscal se adhirió a este punto de vista. Sin embargo, en el auto impugnado se impusieron medidas razonables utilizadas en la práctica. Desde la constitución de una fianza real hasta la prohibición de salir del país con retirada del pasaporte, la obligación de presentación quincenal en el juzgado, la

fijación de domicilio y la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio. Desde el punto de vista meramente cautelar, y sin entrar en otras consideraciones, lo cierto es que estas medidas abarcan un amplio espectro del arsenal de cautelas. Desde el punto de vista del Instructor y del Fiscal, sin embargo, las medidas impuestas no eran suficientes, porque la Sala ya había sostenido que el preso carecía de arraigo a pesar de la documentación que acreditaba la tramitación de su matrimonio con española, que en las circunstancias de la causa existía peligro de fuga y que la cantidad de cinco millones de pesetas no era suficiente para impedir la fuga.

Esta Sala no considera que estas medidas hayan sido insuficientes en el contexto en el que se las adoptó. Es evidente que nadie ha dicho en esta causa a cuánto debería ascender la fianza real para ser efectivamente garantizadora de la comparecencia del acusado. Tampoco se ha dicho qué otras medidas cautelares deberían haber tomado los Jueces inculpados para dar cumplimiento a la Ley. El problema central de esta causa no consiste, a nuestro juicio, en la suficiencia de estas cautelas, sino en la afirmación del auto de 21-12-2001 en la que se llega a la conclusión que en el estado psíquico del acusado el peligro de fuga se neutraliza. Partiendo de tal premisa es claro que las medidas cautelares eran suficientes, pues no había peligro de fuga. Una cuestión diferente es la de si la referida premisa era correcta.

En este sentido entendemos que la razón que determina la injusticia de la resolución reside precisamente en esa afirmación sobre la neutralización del peligro de fuga, que los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional no pudieron deducir del informe médico, pues éste no llegaba a ninguna conclusión sobre el peligro de fuga. Por lo tanto: un juicio que necesitaba de un apoyo en conocimientos que el Tribunal no tenía fue convertido en el fundamento de la aplicación del artículo 504 (segundo párrafo) LECrm sin tales apoyos científicos justificantes del pronóstico de conducta realizado. El informe médico en el que se basó el cambio de opinión sobre el peligro de fuga sólo decía que el paciente podía llegar al suicidio y que su internamiento en un establecimiento carcelario era perjudicial para la enfermedad.

En consecuencia, con esta diferencia de matiz, esta Sala coincide con el excelentísimo señor Instructor en lo concerniente a la tipicidad objetiva de las acciones imputadas a los inculpados.

Segundo. También entendemos correcto el criterio mantenido en el auto que acuerda la conclusión del sumario respecto del tipo subjetivo del artículo 446 CP. En efecto, su decisión se basa en el reconocimiento por los Jueces inculpados del error de valoración respecto del peligro de fuga. El excelentísimo señor Instructor consideró probado el error afirmando que «de los elementos fácticos indiciarios que conforman el sumario, no existe ninguno» que autorice a suponer que dichos Magistrados obraron «voluntariamente». Asimismo el error alegado se tuvo por probado por la inmediata reacción de éstos «cuando toman conciencia del error padecido» y «tratan de contener la más que probable evasión». Por lo tanto, admitido el error en la formulación del pronóstico, es claro que se debe excluir el dolo del tipo.

El excelentísimo señor Fiscal, en su escrito de formalización del recurso de reforma, ha considerado que el conocimiento del derecho que es propio de los jueces, sobre todo si son experimentados, debería privar de fundamento a la alegación del error en este caso. Sin embargo, el error de los inculpados no versa sobre el derecho aplicado, sino sobre las consecuencias de un diagnóstico médico respecto del «peligro de fuga», es decir, sobre el pronóstico de comportamiento futuro de un acusado, necesario para la aplicación del artículo 504 LECrm.

Tercero. También debemos confirmar el auto cuya reforma se solicita en lo referente a la ausencia de imprudencia.

En nuestra sentencia 359/2002 hemos afirmado que «el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución se haya representado –culpa con representación– la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución» (F. 2.º). En consecuencia, el delito del artículo 447 CP requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación pues cuando la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente.

(Auto de 23 de julio de 2002)

ARTÍCULO 457

Simulación de delito. Provocar actuaciones judiciales no es una condición objetiva de punibilidad, sino el resultado típico del ilícito. Grados de ejecución

Segundo. El segundo motivo de recurso alega también infracción de ley en lo que se refiere a la condena por el delito de simulación de infracción criminal en grado de tentativa del artículo 457 del CP/1995. Estima la parte recurrente que la actuación del propio recurrente fue determinante para que no se llegaran a incoar diligencias judiciales como consecuencia de la denuncia, por lo que no concurre la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo, no siendo admisible apreciar este delito en grado de tentativa.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado por las razones expuestas por el Ministerio Público, que no coinciden totalmente con las expresadas por el recurrente. En efecto en el tipo delictivo enjuiciado la efectiva provocación de actuaciones procesales no constituye una condición objetiva de punibilidad, como pretende el recurrente, sino el resultado delictivo, como ha declarado esta Sala en la Sentencia de 17 de mayo de 1993, resolución en la que se apoya correctamente la sentencia de instancia, por lo que cabe apreciar la eventual concurrencia de grados de ejecución distintos de la consumación, y sancionar por ello los casos de tentativa.

Como señala la referida sentencia «la necesidad político-criminal de la pena de este delito no depende de que se hayan producido o no actuaciones procesales, pues el peligro de que éstas tengan lugar tiene ya relevancia social suficiente como para atacar la confianza en la vigencia de la norma. Por lo tanto, el legislador no ha tenido ninguna razón para condicionar la punibilidad a la producción de actuaciones procesales y renunciar, por consiguiente, a la punibilidad de la tentativa y la frustración (coincidentemente SSTS 2-5-1970 y 31-10-1973) en el artículo 338 CP/1973», no apreciándose razón alguna para modificar dicha doctrina respecto de la nueva redacción del tipo incluida en el artículo 457 del CP/1995.

Pero lo cierto es que en el supuesto actual, aún cuando no se recoja así expresamente en el relato fáctico, la incoación de actuaciones procesales se evitó por el desistimiento activo del propio recurrente, al personarse en las dependencias policiales donde había denunciado mendazmente los hechos, para explicar la realidad de lo ocurrido y reconocer la autoría de la supuesta sustracción, lo que determinó el archivo sin más consecuencias de la denuncia formulada ante la policía, tal y como afirma la

parte recurrente, reconoce el Ministerio Fiscal y puede constatarse examinando las actuaciones conforme a lo prevenido en el artículo 898 de la LECrm «para la mejor comprensión de los hechos».

En consecuencia, la retractación antes de que se hubiesen iniciado actuaciones procesales determina la exención de responsabilidad del recurrente conforme a lo prevenido en el artículo 16.2.º del CP/1995, al evitar voluntariamente la producción del resultado. El motivo debe ser estimado.

Tercero. Cabe, en consecuencia y como doctrina general, diferenciar en este tipo delictivo tres supuestos en lo que se refiere al grado de ejecución:

1.º Cuando se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y, sin embargo, no llega a incoarse procedimiento penal alguno; por ejemplo, porque los funcionarios policiales que tramitan el atestado descubren la falacia en el curso de las primeras diligencias practicadas antes de la remisión de las actuaciones a la Autoridad judicial: en tal caso nos encontramos ante un delito no consumado, dado que la mera incoación del atestado no equivale a «actuaciones procesales». La tentativa es punible, conforme al artículo 16 del CP/1995, porque el agente ha practicado actos que objetivamente deberían producir el resultado –la incoación de un procedimiento penal– y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2.º Cuando la denuncia inicial provoca la incoación de un procedimiento penal por el órgano jurisdiccional correspondiente, diligencias previas, sumario o procedimiento previo al juicio de faltas: el delito debe sancionarse como consumado.

3.º Cuando se formula la denuncia por una infracción inexistente o se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y, sin embargo, la retractación del agente impide que llegue a incoarse procedimiento penal alguno. En este caso, que es el actualmente enjuiciado, la aplicación del párrafo segundo del artículo 16 de CP/1995, determina la exención de responsabilidad penal por el delito intentado, por desistimiento activo, dado que es el propio agente quien impide la consumación del delito al evitar la producción del resultado.

(Sentencia de 6 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 463

Obstrucción a la justicia. Dejar de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado en proceso criminal con reo en prisión provisional provocando la suspensión del juicio oral: requisitos. No existe delito y si sólo responsabilidad disciplinaria en el caso de Abogado que padece una enfermedad y no comunica tal circunstancia al tribunal, pues no puede confundirse la concurrencia de la justa causa con la comunicación de dicha circunstancia

Tercero. El segundo motivo del recurso se formaliza por la vía del artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «error facti» y consiguiente infracción de ley («por la íntima conexión en ambos temas», dice el autor del recurso, al

que concede erróneamente una vertiente constitucional, cuando es claramente legal). En apoyo del motivo se esgrime un informe médico del odontólogo don Mario G. S., perteneciente al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid, que acredita que el acusado acudió a consulta el día 5 de marzo de 1997, presentado una gingivitis ulcero necrotizante aguda, localizada en toda la cavidad bucal, recetándosele diversos medicamentos que describe, y en la mañana siguiente, 6 de marzo, vuelve a presentarse con sintomatología muy dolorosa, practicándosele bajo anestesia local un «raspaje y curetaje» de las zonas más afectadas, aconsejándole seguir con la medicación antes mencionada durante siete días como mínimo. Tal enfermedad fue ratificada en el acto del juicio oral por una compañera del despacho del acusado, en la época de producción de los hechos, concretamente por doña Virginia C. L., conforme consta en el acta del juicio oral, declarando que iban a ser los familiares del preso preventivo y acusado en el juicio suspendido los que iban a comunicar tal circunstancia a la Audiencia Provincial.

El nuevo delito de obstrucción a la Justicia, definido en el artículo 463 del Código penal de 1995 requiere para su concurrencia los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio fiscal, e igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional, y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. A continuación, el precepto castiga con multa a quien, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez, en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

En el caso sometido a nuestra consideración, se trataba de un abogado defensor de acusado en situación de prisión provisional, dando lugar su incomparecencia a la suspensión del juicio oral.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, confunde la Sala de instancia la falta de concurrencia de justa causa con la falta de comunicación de imposibilidad de comparecencia a juicio oral. La justa causa fue la enfermedad del Letrado, aducida desde el primer momento en que se le recibió declaración como imputado. Fue acreditada mediante informe médico suscrito ante notario y aportado en el acto del juicio oral, y corroborada testificalmente, dejando de valorar dicha prueba la Sala sentenciadora bajo la tesis de la falta de comunicación; y así se dice: «no se constata que existiera un impedimento absoluto para llevar a cabo la comunicación personalmente o cerciorarse si sus instrucciones habían sido cumplidas» (fundamento jurídico quinto «in fine»), lo cual quiere decir que el Tribunal de instancia, aún admitiendo la certeza de la enfermedad, reprocha al recurrente que no hubiera puesto tal circunstancia en conocimiento de la Sala, lo que nos sitúa en otro plano de responsabilidad, en la responsabilidad disciplinaria, en su caso, conforme se dispone en los artículos 442.2 y 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no en la responsabilidad penal si concurre justa causa, sino en su falta de justificación de inmediato ante el correspondiente Juzgado o Tribunal cuando no comparecieren y una vez citados en forma. Así, en los hechos probados de la Sentencia recurrida únicamente se expone que no acudió, «sin que el referido acusado haya justificado su ausencia», pero no se expone, como debió hacerse para completar el tipo penal, que el acusado sin justa causa no compareció al juicio oral. En consecuencia, procede la estimación del motivo, dictándose seguidamente Sentencia absolutoria y la incoa-

ción de diligencias disciplinarias, no procediendo el estudio del resto de los motivos casacionales.

(Sentencia de 4 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 550

Delito de atentado a la autoridad. El ánimo tendencial de menoscabar el principio de autoridad se halla ínsito en la acción del delito

Único. (...) B) Conviene advertir que la figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal, cuya aplicación pretende el recurrente, queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que la resistencia típica consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad a sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal. También existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes. La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales (STS 18-3-2000). El ánimo de ofensa, menoscabo o falta de respeto va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Cuando la autoridad o el agente –y el funcionario público– actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona, dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de tales funciones o con ocasión de las mismas, evidencien la voluntad de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y el ánimo de vulnerar o dejar malparado el principio de autoridad (STS 23-5-2000).

(Auto de 11 de enero de 2002)

Los disparos dirigidos a varios agentes no da lugar a tantos delitos como el número de éstos, sino a uno solo. Diferencias con el delito de resistencia

Primero. (...) Se sostiene por el recurrente que no existen los dos delitos de atentado porque el recurrente se limitó a disparar al aire la pistola que portaba, sin intentar agredir ni disparar contra los policías en prácticas que le perseguían.

El motivo no respeta los hechos probados que constituyen el presupuesto del motivo, no obstante, el motivo prosperará parcialmente por otras razones. En dichos hechos se narra que el recurrente, a consecuencia del altercado que provocó en la dis-

coteca con exhibición de una pistola, salió de allí, encontrándose con cuatro agentes de policía en prácticas, de paisano, que se identificaron verbalmente y con exhibición de sus carnés y sin detenerse, huyó, siendo perseguido por los agentes. En esta situación efectuó diversos disparos al aire, y tras dividirse los agentes en dos grupos en un momento dado el recurrente efectuó dos disparos en dirección a los agentes ... y ... obligando a que se lanzaran al suelo y se protegieran tras unos automóviles.

Es en concreto en esta acción donde la sentencia encuentra los dos delitos de atentado por los que condenaron al recurrente. Es evidente que tal acción constituye a no dudarlo no ya una grave intimidación, sino un acometimiento a dos agentes públicos, por concurrir todos los elementos que integran el delito; a) la acción del sujeto activo en cualquiera de las manifestaciones descritas en el artículo 550; b) la condición de autoridad o agentes de la misma, y c) el elemento subjetivo del injusto constituido por el deseo de menospreciar y vulnerar la función pública que el agente encarna y representa; en el presente caso los agentes tenían la obligación de intervenir aunque estuviesen francos de servicio, e incluso fueran funcionarios en prácticas porque conforme al artículo 5-4.º de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se consideran en servicio permanente y en cualquier momento pueden y deben actuar en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana –SSTS de 30 de mayo de 1983 y 2 de julio de 1984–.

Precisamente, el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a esa función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática, por eso el delito de atentado responde a la naturaleza de los delitos de pura actividad, que se perfeccionan con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, aunque éste no llegue a consumarse en la persona de los agentes atacados –SSTS de 11 de octubre de 1984, 30 de abril de 1987 y 16 de noviembre de 1987–. En concreto, existe consolidada doctrina de esta Sala, que estima consumado el delito en el hecho de apuntar a un agente con un arma cargada, obligándole a tirarse al suelo ante la eventualidad del disparo –SSTS de 29 de noviembre de 1989 y 10 de julio de 1995–. En el presente caso, se produjeron dos disparos dirigidos a los dos agentes, por lo que puede afirmarse fundamentamente que el ataque revistió la forma de acometimiento.

Consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido, es que la realidad de una actividad agresiva frente a varios agentes o funcionarios públicos no da vida a tantos atentados cuantos agentes existan, sino sólo a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes; cuestión distinta es que la realidad de múltiples agresiones den vida a otro delito –contra la integridad física–, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos de lesiones u homicidios como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado –SSTS de 22 de marzo de 1993 y de 25 de septiembre de 2000–.

Una aplicación de la doctrina expuesta a los hechos probado, lleva a declarar que la acción del recurrente de disparar con su pistola a los dos agentes que le seguían, a una distancia de cinco metros –dato fáctico incluido en la fundamentación pero que debe integrarse en el «factum»–, agentes que previamente se habían identificado verbalmente y por exhibición de la documentación correspondiente por lo que su condición de tal era obvia para el recurrente y que estaban legitimados para intervenir ante las circunstancias del caso constituye un ejemplo de acometimiento de una indudable peligrosidad que da vida a un solo delito de atentado y no dos, y es en este aspecto que debe ser revocada la sentencia y admitido parcialmente el motivo.

Procede la estimación parcial del motivo.

Segundo. El segundo motivo, por igual cauce constituye la lógica consecuencia de la tesis del recurrente. Los hechos, según su planteamiento, constituirían un delito de resistencia del artículo 556 del Código Penal, que debía haber sido aplicado.

El Código Penal define el delito de resistencia de una manera excluyente en relación al delito de atentado y, por tanto, dotándole de una naturaleza residual, de suerte que en el delito de resistencia se sancionan comportamientos más leves y que no tienen cabida en el delito de atentado, por lo que la diferenciación de una y otra figura delictiva debiera efectuarse a la vista de las concretas circunstancias de los casos a examinar porque como se reconoce en la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1995 existen entre ambas infracciones zonas de confluencia y de divergencia.

Entre las primeras podemos citar que el sujeto pasivo sea autoridad o agente de la misma, que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, que ello sea conocido por el sujeto activo y un especial «animus» tendencial de menospreciar el principio de autoridad.

Entre las divergencias, el elemento nuclear es la forma en la que se realiza la acción en el que está excluida la nota del acometimiento que es sustituida por la de una desobediencia grave o una resistencia pasiva, es decir, no de oposición, sino de simple obstaculización aunque lo relevante es el análisis de cada supuesto, porque pueden existir situaciones fronterizas entre la resistencia activa, constitutiva de atentado, y la pasiva de resistencia.

En el presente caso, el hecho de disparar un arma de fuego, a corta distancia contra dos agentes, integra, a no dudarlo, una de las materializaciones más acabadas del acometimiento a que se refiere el artículo 550.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 21 de enero de 2002)

Diferencias entre delito de atentado y delito de resistencia no grave

Primero. Se formula un único motivo de casación por ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrm, denunciándose inaplicación del artículo 556 CP y aplicación indebida del artículo 552.1 en relación con el 550, también CP.

Se aduce que el hecho probado debe ser subsumido en el artículo cuya indebida inaplicación se denuncia, 556 CP, por cuanto se trataría de un supuesto de resistencia y no de atentado o resistencia activa previsto en el artículo 550 del mismo Texto. Se afirma que si bien es cierto que el acusado se resistió a su detención «tampoco lo es menos que dicha resistencia no estuvo teñida de acometimiento, ni de intimidación grave, ni del resto de las notas características, siendo, más bien, una resistencia a la propia detención, sin pretensión de menoscabar la autoridad del funcionario actuante».

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

La Jurisprudencia de esta Sala a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia ha señalado, en primer lugar, que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (SSTS, entre otras, de 21-12-1995 ó 5-6-2000). La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 CP/1973) en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio que se refuerza desde la publicación del Código Penal de 1995, por cuanto el artículo 550 incorpora la expre-

sión activa aplicada a la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el 556, que no menciona a estos últimos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Igualmente existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 y 11-3-1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio dando entrada en el tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento propiamente dicho”». La STS de 18-3-2000, como recuerda la de 22-12-2001, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 CP. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales.

En el presente caso el hecho probado describe que cuando los agentes optaron por trasladar a Comisaría al acusado para verificar su identidad, introduciéndolo en el vehículo policial, «sacó una navaja con la que se propinó varios cortes en el antebrazo izquierdo, tratando los agentes de desarmarlo, lo que propició que en el forcejeo que mantuvo con los mismos el referido Policía resultara con heridas consistentes en traumatismos por los golpes que aquél le propinó y varios cortes superficiales en mano izquierda que precisaron asistencia médica, sin que consten los días invertidos en su curación y habiendo renunciado el agente a cualquier tipo de indemnización ...», una vez desarmado y dentro del vehículo policial, el acusado, «con ánimo de autolesionarse, comenzó a dar cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo, así como puntapiés contra la puerta del mismo».

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, los hechos descritos no constituyen propiamente acometimiento ni resistencia activa equivalente frente a los agentes, sino que la acción perseguida no es otra que la de autolesionarse y precisamente la actividad de los agentes enderezada a evitarlo es lo que ocasiona los golpes y lesiones superficiales referidas. La violencia ejercida por el ahora recurrente contra sí mismo constituye la causa del forcejeo entre éste y los agentes que tratan de evitar aquélla. La reacción ante la detención no se da propiamente frente a aquéllos, sino contra sí mismo, ocasionándose varios cortes en el antebrazo izquierdo y dándose cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo. No se trata de un supuesto de resistencia activa, nítida y diáfana, sino de una reacción de impotencia contra sí mismo, y por ello debe ser subsumido en el artículo 556, inciso 1.º, CP.

(Sentencia de 4 de marzo de 2002)

ARTÍCULOS 566 Y 567

Depósito de armas. Concepto de depósito. En el nuevo Código una sola arma de guerra constituye depósito. Cuando se trata de un depósito de armas hecho por una sola persona, el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador

Primero. 1. El único motivo del recurso de casación de José P. G. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrm, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como un delito de depósito de armas, haciendo en consecuencia aplicación indebida de los artículos 566.1, 567.1 del CP.

Entiende el recurrente que, en relación al artículo 566 del CP, la conducta enjuiciada en la sentencia en ningún caso puede considerarse como de fabricación o comercialización, y sólo pudiera incardinarse en la actividad contemplada como de establecimiento de depósito de armas o municiones, pero para ello será preciso a su vez que el mencionado establecimiento se efectuase por persona que tuviera el carácter de promotor u organizador, lo que no puede deducirse de la conducta del señor P.

Según literalmente se expresa en el recurso «el concepto organización no debe entenderse como la mera participación en la perpetración de unos hechos, sino que requiere un grado de centralización de decisiones y jerarquías ejecutivas, elementos que no pueden ser apreciados en el presente caso, es necesario una interpretación lógica y finalista del precepto, y dado que la “ratio essendi” de la agravación penológica está prevista para un supuesto de mayor entidad y trascendencia, que en el supuesto concreto no traspasaría la simple coparticipación, siendo además que la sentencia de instancia se parte sin concretar, como ya se señaló, a qué organización, a qué personas y a qué entidades se refiere, privando, por tanto, del camino lógico por el cual se deduce dicho conocimiento que permita la adecuada subsunción en el subtipo agravado penal ...».

Se argumenta también en el recurso, en segundo lugar, que el artículo 567 del CP no establece ni determina cuántas armas de guerra se precisan para la constitución de un depósito, creándose un vacío legal que conlleva irremediablemente a la inseguridad jurídica; y siguiendo la tesis más progresista de la Doctrina científica (Vives Antón, Carbonell, Mateu) entiende que debe exigirse, si se trata de armas de guerra, la reunión de tres o más de dichas armas, cualquiera que fuese su modelo y clase.

En consecuencia, entiende el recurrente que la conducta del señor P., si es ilícita, tan sólo podría subsumirse en los artículos 563 y 564 del CP.

2. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso, en cuanto que el agente único, como lo había sido José P. G., habría de ser equiparado al promotor u organizador del depósito y no podía considerarse como cooperador en la formación del mismo, según el criterio de las sentencias de esta Sala de 10-3-1979 y 5-3-1997, poniendo de relieve el Ministerio Público que la sentencia recurrida condenó al acusado, como promotor, rechazando que pudiera considerarse organizador, por no constar que hubiese actuado en coordinación con otras personas.

En cuanto al número de armas de guerra exigida para la constitución de depósito, pone de relieve el Ministerio Fiscal que, frente al criterio del CP/1973, que requería la reunión de tres armas para la formación de depósito de armas de guerra, salvo que se tratase de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano, el nuevo Código de 1995 entiende constituido el depósito con una sola arma de guerra.

3. El recurso de José P. G., debe ser desestimado, puesto que no fueron indebidamente aplicados el artículo 566.1.º del CP, ni el artículo 567.1.º del mismo Cuerpo Legal:

A) El arma detentada por el acusado, el subfusil marca «Uzi», calibre 9 mm parabellum, de fabricación israelí (Israel Military Industries de Tel Aviv) debe reputarse arma de guerra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Armas, aprobado por el RD 137/1993, de 29 de enero, que en el apartado c) considera como tales a las armas de fuego automáticas, teniendo tal carácter los subfusiles, y reconociéndose en el informe pericial, obrante a los folios 180 a 195 del sumario, que el subfusil «Uzi» intervenido a José P. podía disparar, a voluntad del usuario, a tiro automático o semiautomático, y que se trataba de un tipo de arma, con la que estaba dotadas unidades militares y policiales de todo el mundo, siendo especialmente utilizadas por unidades de operaciones especiales y organizaciones terroristas.

El carácter de arma de guerra del subfusil o metralleta ha sido reconocido en las sentencias de esta Sala de 21-4-1994 y de 5-3-1997, en la que se afirma que el subfusil ametrallador ocupa un lugar intermedio entre la pistola ametralladora y el fusil ametrallador. En la sentencia de 16-2-2001 se reputa arma de guerra, por aplicación del artículo 6 del Reglamento de armas de 1993, la pistola automática.

B) Dado el carácter de arma de guerra del subfusil «Uzi» poseído por José P., la detentación de dicha arma integraba depósito de armas de guerra, con arreglo a lo establecido en el artículo 567.1.º del CP/1995, que considera que constituye tal delito la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas. Es obvio que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose, por tanto, el criterio del Código anterior que exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola arma, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano.

Por lo expuesto, no cabe apreciar en la sentencia recurrida la aplicación indebida del artículo 567.1.º del CP/1995.

C) Tampoco cabe apreciar en la misma sentencia la indebida aplicación del artículo 566.1.º del CP/1995, que se denuncia en el recurso.

En la sentencia recurrida se reputa la detentación del subfusil por José P. G. como promoción de depósito de armas de guerra, subsumible, por tanto, en el artículo 566.1.º del CP/1995, considerándose que la actuación del acusado no puede calificarse de cooperación, ni tipificarse conforme al número 2 de dicho artículo, en cuanto que la cooperación exige la concurrencia de otra persona promotora principal del depósito, a la que se presta auxilio, lo que no sucedió en el supuesto enjuiciado. Esta Sala estima aceptables los argumentos del Tribunal de Castellón expuestos en el párrafo 1.º de la página 7 de la sentencia, basados en el significado gramatical de la palabra «promotor», de los que se deduce que puede serlo una persona que actúe por sí sola, sin coordinación con otras.

Pero además, la jurisprudencia más reciente de esta Sala, manifestada en las sentencias de 5-3-1997 y de 16-2-2001, ha estimado que cuando se trata de un depósito de armas hecho por una sola persona, el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador. Según se indica en la sentencia de 1997 la solución alternativa llevaría absurdamente a la absolución, puesto que la cooperación resulta entonces intrínsecamente imposible. Se ajustan las sentencias citadas al criterio segundo por la de 10 de marzo de 1999, que consideró promotor u organizador al agente único de un depósito de municiones para armas de defensa, y se apartan del observado en las sentencias de 3-4-1981 y de 21-4-1994, que, estimando que en el caso de agente único del

depósito, no cabe la doble categoría del promotor y organizador por un lado y de cooperador por otro, debería de ser aplicada la alternativa más favorable e imponer la pena propia del cooperador.

Segundo. La Sala, teniendo en cuenta que la pena impuesta por el delito de depósito de armas de guerra, de 6 años de prisión, resulta desproporcionada, al no constar en el relato fáctico datos de los que se deduzca la peligrosidad social del autor el depósito o su intención de usar el subfusil, con fines ilícitos procederá proponer un indulto de la mitad de la pena impuesta por tal delito, según autoriza el artículo 902.2.º de la LECrM, ponderando también que en las dos sentencias citadas de 1997 y 2001, en que se aplicó la pena propia del promotor y organizador del depósito de armas de guerra, a la actuación singular y aislada de un depositante de las mismas, las penas resultantes fueron de seis meses y un día y un año de prisión menor, respectivamente, por haberse aplicado la atenuante del artículo 256 del CP/1973, y haberse rebajado las penas en dos grados.

(Sentencia de 1 de abril de 2002)

ARTÍCULO 578

La apología del terrorismo no constituye delito de terrorismo. Incompetencia, por tanto, de la jurisdicción española para perseguir delito de apología del terrorismo cometido fuera del territorio nacional

Tercero. Al inicio de sus consideraciones, sostiene el recurrente que «la afirmación de que el concepto de terrorismo es un concepto de indagación jurisdiccional, con expresa independencia de la voluntad legislativa, sugiere una serie de interrogantes de no fácil solución». Estas son: que «introduce un régimen jurídico diferenciado entre tipos penales del mismo “nomen iuris”, de idéntico tratamiento sistemático y de similar capacidad lesiva desde la perspectiva del bien jurídico protegido»; que «alimenta dudas en cuestiones que no debieran ser objeto de controversia, como, por ejemplo, las que afectan a la perseguibilidad de estos delitos»; y que provoca un interrogante sobre la naturaleza del delito de exaltación del terrorismo.

El Fiscal, como premisa de su discurso, atribuye a este tribunal algo que en modo alguno está presente en el auto recurrido. En efecto, allí no se prescinde de la «voluntad legislativa», que, por el contrario, es el punto de partida del discurso motivador de la resolución. La voluntad de legislador, en este caso, es bien clara: incluir por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, el delito de «exaltación del terrorismo» en la sección 2.ª del capítulo V, del título XXII del libro II del Código Penal, con objeto de «sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo», como se lee en la exposición de motivos.

Cuarto. En contra de lo que sugiere el recurrente, el legislador no resuelve expresamente todas las cuestiones que conlleva la aplicación del nuevo precepto. En primer lugar, por razones de carácter procesal, y debido a que limitó su reforma de 2000 al ámbito del derecho sustantivo, dejando intocadas las previsiones del artículo 23 LOPJ. Del examen de éstas, que contienen presupuestos de inexcusable observancia para la aplicación de la ley penal española fuera de España resulta: a) que la apología del terrorismo no tiene encaje en el apartado número 2, debido a que en este caso está ausente la doble incriminación, puesto que tal conducta no resulta per-

seguida en Francia; b) que esa figura delictiva no está contemplada en el apartado número 3, destinado a dar protección transnacional a ciertos bienes jurídicos españoles de particular relevancia, y c) que, asimismo, y por lo que se decía en el auto recurrido, en lo que se abundará más adelante, tampoco aparece comprendida dentro del apartado número 3 (que sería el pertinente, por razón de especialidad). Lo que se hace bien patente al acudir, como es obligado en materia de persecución universal, a la normativa de derecho internacional con valor de derecho interno (artículo 96.1 CE), para fijar el campo semántico del sintagma «delitos de terrorismo».

Situados en este plano, es obligada, en primer término, la cita del Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, ratificado por España. En su artículo 1 niega la consideración de delito político –y valora, por tanto, como delitos de terrorismo– a los efectos de extradición entre Estados contratantes, a las conductas que integran: «c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas, f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos». Y en el artículo 2.º se contempla la posibilidad de dispensar el mismo tratamiento «a cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas».

La propia Constitución Española se hace eco de este mismo criterio al distinguir nítidamente, a efectos de extradición, los delitos políticos de «los actos de terrorismo» (artículo 13.3).

Según el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997, asimismo ratificado por España, «comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja, o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un grave perjuicio económico». Según la misma disposición, se perseguirá también «la tentativa», la participación «como cómplice» y la de quien «organice o dirija a otros (...) o contribuya de algún otro modo a la comisión» de los aludidos delitos (artículo 2.1).

Es asimismo elocuente la Propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2001. En ella se lee que «todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional» y que consistan en: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes (...), e) destrucciones masivas...».

También resulta relevante para esta resolución, lo acordado en la Posición común del Consejo de la Unión Europea sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, de 27 de diciembre de 2001. A los efectos de la misma, «se entenderá por acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su con-

texto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, tipificado como delito según el derecho nacional», que consista en: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona, c) secuestro o toma de rehenes...» (artículo 1.3).

Y sabido es que, según reza el artículo 15 del Tratado de la Unión Europea, «las posiciones comunes [adoptadas por el Consejo] definirán el enfoque que dé la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático. Los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes».

Las minuciosas referencias a diversos planos de legalidad que acaban de hacerse son meridianamente claras y coincidentes a la hora de dotar de un contenido preciso a la expresión «delitos de terrorismo», que, sin sombra de duda, denota exclusivamente las prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo, generalmente, de forma organizada e invocando fines políticos. Es, pues, por demás claro que acciones como la que describe la querrela, quedan fuera del campo de aplicación de tal categoría normativa. Así, el criterio interpretativo de que se hizo uso en el auto recurrido no es arbitrario o caprichoso, y ni siquiera de utilización facultativa, puesto que viene preceptivamente impuesto por disposiciones que son parte integrante de nuestro orden jurídico vigente, que tiene en esas pautas la única clave de lectura válida en la materia.

Quinto. A lo expuesto hay que añadir, además, que la inclusión del artículo 578 en el Código Penal por el legislador de 2000, suscita problemas de interpretación sistemática, que tienen que ver con la naturaleza de la nueva figura jurídica, en su relación con la de las demás a las que se encuentra ahora especialmente asociada. Problemas que este tribunal no pudo dejar de lado al estudiar la querrela del Fiscal, pues del modo de resolverlos dependía también el sentido de la decisión sobre la misma.

En tal orden de cosas, no es la Sala la que «introduce un régimen jurídico diferenciado entre tipos penales del mismo “nomen iuris”». El régimen jurídico diferenciado es consecuencia inevitable de la heterogeneidad de las infracciones agrupadas en la misma sección a partir de la indicada reforma legal. Algo que, por cierto, no pasó desapercibido al propio legislador, cuando, ya en el texto de la exposición de motivos, que se ha citado, distinguió claramente las acciones de «enaltecimiento» o «justificación», de esa otra clase de acciones que —en su propio discurso, como en la realidad social y jurídica— son «los delitos de terrorismo». La diferencia entre unas y otras, ciertamente notable, fue descrita con singular plasticidad por un autorizado tratadista español, ya clásico, al discernir entre «actividades criminales reales» y «actividades ideales de apología», es decir de «alabanza de una conducta ajena en la cual no se participa materialmente» sino sólo «de forma ideal de aprobación y solidaridad».

Por eso, tampoco puede darse por cierto que —más allá de lo que significa compartir la misma sección dentro del Código— exista entre ambas figuras delictivas esa comunidad de «nomen iuris» a que alude el recurrente. Antes al contrario, la diversidad ontológica de las conductas (acciones terroristas/expresiones verbales de apoyo) no podía dejar de tener reflejo en la forma de denotarlas (delitos de terrorismo/apología del terrorismo). De ahí el limitado alcance interpretativo que cabe atribuir en este asunto a los que en doctrina se conocen como argumento sedes materiae y argumento a rúbrica, en cuya utilización no podría prescindirse de consideraciones básicas de concepto, como las apuntadas, que son determinantes.

Partir, pues, de la constatación de esa diferenciación conceptual, con tan firme raíz empírica, no es una opción arbitraria, sino una necesidad, acentuada, precisamente, por la inclusión de la exaltación del terrorismo entre los «delitos de terro-

rismo», de la forma en que se llevó a cabo, es decir, olvidando las previsiones del artículo 23 LOPJ, que, por cierto, obligan, al ser también obra del legislador. Y porque, además, el legislador de 2000, por operar en el plano sustantivo de la manera que acaba de ilustrarse, hizo difícil la comprensión integradora del cuerpo legal resultante, al etiquetar formalmente de «delitos de terrorismo» conductas que morfológicamente no lo son y que él mismo presentaba como material y conceptualmente no terroristas. Lo que tiene claro reflejo en el tratamiento diferencial en tema de pena y en el mismo hecho de que los actos de nueva incriminación hubieran podido quedar impunes en la redacción original del Código Penal de 1995. Precisamente, porque –al contrario de lo que se dice en el escrito del recurso– la capacidad lesiva de unos y otros modos de obrar no es en absoluto similar, sino abiertamente disímil.

De ahí que tampoco sea justo decir que el auto recurrido «alimenta dudas», pues éstas, de existir, serían previas a la actuación judicial, es decir, debidas a la intervención del legislador. Y es cometido constitucional y legal de la jurisdicción despejarlas, y hacerlo con recursos procedentes de la propia legalidad y mediante técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad jurídica. En este caso, recabando del propio corpus normativo, citado con detalle al comienzo, las pautas conceptuales precisas para solucionar la antinomia introducida por la reforma de 2000, al presentar una conducta como acción terrorista (en virtud de la rúbrica) y como acción no terrorista (en el articulado), al mismo tiempo. Pues, no hay más remedio que insistir: si el «enaltecimiento o la justificación» de acciones terroristas son acciones, por definición legal, de realización «ex post» y desde la falta de implicación en las primeras, es obvio que –por ineludible imperativo del principio de no contradicción– no se podrá decir del apologeta que está, a la vez, dentro y fuera del campo de aplicación del delito de terrorismo, tal y como éste debe entenderse en el marco legal de la Unión Europea, de la que España forma parte.

Por todo lo expuesto, las preguntas del Fiscal –¿Qué es la apología si no es terrorismo? ¿Qué bien jurídico le confiere la referencia valorativa?– hallan respuesta en nuestra mejor cultura jurídico-penal. Se trata de un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del «iter criminis». De un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines.

Sexto. Dice el Fiscal que «la apología, conforme al Código de 1995, representa una forma de provocación delictiva», que es lo que explicaría el tratamiento legal dado en 2000 a un tipo específico de la misma. Pero no es así, porque en sentido legal y técnico-jurídico estricto, provocación es (sólo) la incitación directa a la perpetración de un delito. En cambio, la apología genérica es «la exposición... de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» (artículo 18.2.º, Código Penal). Y únicamente cuando constituya «incitación directa a cometer un delito» podrá ser tratada como efectiva provocación para delinquir. Al igual que sucede con la apología específica del artículo 578, Código Penal, por imperativo de lo que dispone el artículo 579 del mismo.

Séptimo. En apoyo de la tesis mantenida en el auto objeto de recurso, esta Sala citaba la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, que prevenía frente a la asimilación en el tratamiento de las dos clases de conductas que están siendo objeto de comparación. El Fiscal considera que esta cita no es pertinente al caso, porque –dice– la resolución aludida, en este punto, tenía sólo que ver con la cuestión relativa a la suspensión de derechos fundamentales, que el Tribunal Consti-

tucional reputaba no aplicable a los imputados por apología; mientras el que aquí se examina es un tema de perseguibilidad.

Pues bien, tampoco en esto cabe dar la razón al recurrente. En efecto, la no perseguibilidad en el extranjero de las conductas del artículo 578, Código Penal, como su falta de castigo en el Código de 1995, es consecuencia directa de la diferente naturaleza y menor lesividad de las mismas, en comparación con las constitutivas de los delitos de terrorismo en sentido técnico.

Octavo. Cuestiona el Fiscal que los actos de «enaltecimiento» o «justificación» de delitos de terrorismo puedan ser calificados como de opinión. Y argumenta diciendo que el Código Penal, bajo la rúbrica «Delito de genocidio», en el artículo 607.2, sanciona conductas consistentes en «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos» tipificados en el apartado anterior del mismo precepto. Con lo que —dice— de aplicarse el criterio sustentado en el auto recurrido, tales conductas apologéticas serían de imposible persecución más allá de nuestras fronteras, a pesar de que —a su juicio— no es tal lo pactado en el Convenio para la represión y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, que incorpora en su artículo III c) la apología del genocidio.

Pero ocurre que ni en el plano teórico, ni en el de la normativa internacional, ni en el de derecho interno encuentra apoyo ese juicio del Fiscal. De una parte, porque el delito de apología se comete expresando un punto de vista, difundiendo una opinión. Y, de otra, porque en el Convenio para la prevención y castigo del genocidio la apología de éste no es genocidio; como resulta de su artículo II, que sólo incluye en esa categoría típica los actos consistentes en matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental, sometimiento a condiciones de existencia destructivas, medidas destinadas a impedir nacimientos, y traslados de niños por la fuerza. Y, también, porque lo que ese texto proscribe con proyección universal es (únicamente) «la instigación directa y pública a cometer genocidio». Donde «instigar» en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española equivale a «incitar», que es precisamente el verbo empleado en el artículo 18, Código Penal para definir la provocación, algo empírica y legalmente distinto de la apología.

De este modo, la consecuencia es, por tanto, que la genérica apología del genocidio no está incluida en el Convenio y no es perseguible internacionalmente, aunque sí lo sea en España, por imperativo del artículo 607.2, Código Penal. Lo que hace patente la total simetría que existe entre el tratamiento dado por nuestro legislador y por el legislador internacional a la apología del genocidio y el que la apología del terrorismo ha recibido de esta sala, en materia de persecución, en este caso. Y no podía ser de otro modo, por un elemental criterio de racionalidad jurídica, a tenor del consistente e inequívoco fundamento legal.

Noveno. También cuestiona el Fiscal la validez del argumento del auto recurrido según el cual «si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología...»; y lo hace porque, a su juicio, la acción denunciada «nada tiene que ver con [ese] gráfico encadenamiento de sucesivas apologías». Y porque «la inducción a la inducción de la inducción, no impediría el castigo del que, en último término, induce directamente a la comisión de un hecho delictivo». Pero lo cierto es que en el Código Penal vigente la apología de la apología del terrorismo no tiene carácter típico, lo que demuestra una vez más que no merece la misma consideración que el delito-base o delito-objeto, ni siquiera para el legislador de 2000. Sin contar con lo difícil que resulta seguir al recurrente cuando redarguye atribuyendo la calidad de directa a una hipotética inducción, a la inducción de la inducción a cometer un delito.

Décimo. Avanza, en fin, el Fiscal su preocupación por las posibles consecuencias indirectas de la solución adoptada en el auto impugnado. En concreto, teme que la negación del carácter de delito de terrorismo al delito de exaltación previsto en el artículo 578 pudiera llevar consigo el efecto procesal de negar la competencia para la investigación a los órganos de la Audiencia Nacional.

Pero ésta no es una consecuencia que se derive necesariamente, con necesidad lógica y tampoco jurídica, de la posición exteriorizada por la Sala en este caso.

Los delitos del artículo 578, Código Penal no son delitos de terrorismo, en el sentido profusamente ilustrado en esta resolución y en la recurrida, y conforme resulta del propio precepto legal que acaba de citarse. Ahora bien, unos y otros son delitos que guardan evidente relación. Tanta, que los primeros no podrían producirse, y ni siquiera explicarse, sin los segundos. Los de apología son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal, por más que este dato carezca de la eficacia transformadora en el orden conceptual y de la tipicidad, que ha querido atribuírsele.

De otro lado, concurre la circunstancia de que las normas procesales de determinación de la competencia –la disposición transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, en este caso– no están sujetas al mismo imperativo de estricta legalidad que las propiamente sancionadoras; por lo que admiten, incluso precisan, de cierta ductilidad en la interpretación, siempre que ésta responda a criterios racionalmente fundados según Constitución y ley, aplicados con carácter general. A tal respecto, entre los que aquí pueden invocarse, están: la comunidad en la referencia al bien o bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de unas y otras conductas infractoras; la especialización en la materia de ciertos órganos jurisdiccionales, y, tratándose de delitos de terrorismo, la necesidad de asegurar un clima de serenidad en el enjuiciamiento, como presupuesto de imparcialidad, entre otros que podrían citarse. Así, pues, y en definitiva, mientras no cabría optar facultativamente por la persecución de un delito cometido fuera de España cuando, como aquí ocurre, por razón de su configuración típica, falta marco procesal para hacerlo; la propia ley al determinar el régimen de la competencia de los tribunales en el orden interno abre un razonable espacio a la flexibilidad en la interpretación. Como lo demuestra, sin ir más lejos, la forma pacífica en que se viene aplicando el artículo 65.1.º c) LOPJ relativo a algunas de las competencias de la Audiencia Nacional en materia penal.

Por último, hay que decir, coincidiendo en esto con el fiscal, que, en efecto, existe un problema en relación con el juego de la agravante de reincidencia (artículo 22.8.º Código Penal), por la inclusión del artículo 578 Código Penal en la sección «De los delitos de terrorismo», que tiene que ver con la similitud o no de naturaleza entre los delitos de ese precepto y los restantes tipificados en la misma. Ahora bien, una vez más habrá de poner de relieve que este problema no lo ha creado «ex novo» el auto que se impugna, sino el tratamiento legal dado a la apología del terrorismo. Esta Sala se ha limitado a poner de relieve las peculiaridades del delito de que se trata, sólo porque era necesario como presupuesto legal de la decisión de perseguir o no una determinada conducta. Y esta decisión no prejuzga las que los tribunales competentes vayan a adoptar en los supuestos de aplicación del artículo 22.8.º, Código Penal que puedan presentárseles. Aunque, ciertamente, al hacerlo, no podrán dejar de tener en cuenta la abismal diferencia que en materia de dinámica comisiva, de desvalor de la acción y de entidad de los resultados, separa a los actos de terrorismo de sus diferentes formas de apología, por más repudiable que ésta sea.

Así, por todo lo expuesto, debe confirmarse el auto recurrido.

(Auto de 14 de junio de 2002)