

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 14.3

*Error de prohibición vencible: existencia. Venta de golosinas con derivados de marihuana a niños de siete y catorce años, ignorando la ilegalidad de la venta, pero sí conociendo la composición de los chupa-chups*

Primero.—Se formaliza un único motivo de casación por la vía del artículo 849.1 LECrim para denunciar la inaplicación del artículo 5.º CP, en cuanto establece que no hay pena sin dolo o imprudencia, es decir, sostiene el recurrente que no obró con dolo y que la imprudencia no es una forma de culpabilidad aplicable a los delitos contra la salud pública. Como segundo argumento, añade «la escasísima cantidad de droga que contenía el “chupa-chups”, lo que hace imposible que afecte de forma real al bien jurídico protegido».

En cuanto al primer argumento, la Audiencia ha considerado que el imputado actuó con error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), aplicándose en este caso la pena inferior en un grado a la prevista para el subtipo agravado calificado. Efectivamente, lo que se hace constar en el *factum* es que el recurrente «ignoraba la ilegalidad de la venta de “golosinas” de la concreta composición de las ofertadas», pero no que desconociese la composición de aquéllas, luego siendo un error de prohibición no es aplicable el párrafo primero del artículo 14 CP que se refiere a que la infracción será castigada como imprudente. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. El error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser vencible o invencible, en el primer caso se impone una pena inferior y en el segundo se excluye la responsabilidad criminal, es decir, no se castiga como si se tratase de una conducta imprudente, sino dolosa. Por ello, el argumento no puede ser atendido.

En cuanto al segundo, es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuridicidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública. Sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas, pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan (en el presente caso se trata de niños de siete y doce años de edad). Los argumentos de la Audiencia, apoyados por el Ministerio Fiscal, son atendibles en cuanto, como señala el perito que informó en la causa, mediante el suministro a menores de dichas sustancias se genera un favorecimiento específico de las mismas, ciertamente de no inmediata toxicidad, porque «vendrían a considerar que, en contra de lo postulado por los adultos, los derivados de la marihuana no resultan perjudiciales para la salud», favoreciéndose de esta forma el consumo de dichos menores, es lo que califica el Fiscal de «efecto psicológico que en absoluto es inocuo y entraña ese potencial riesgo para la salud pública». Ahora bien, siendo ello así, evidentemente el *non bis in idem* obliga a aplicar el tipo básico y no el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1 CP, pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios de la sustancia, luego si ademásuviésemos en cuenta el subtipo agravado el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica.

Por todo ello, el motivo debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 13 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 20.1

### *Eximente de alteración psíquica a causa de la grave adicción a las drogas. Requisitos. Eximente incompleta y atenuante analógica*

Quinto.—El motivo quinto del recurso se formaliza por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim, denunciando la inaplicación indebida de la atenuante prevista en el artículo 21.2.ª del Código Penal. Y el motivo sexto, por la misma vía, denuncia la inaplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.ª del mismo cuerpo legal en atención al trastorno de la personalidad.

Ambos motivos deben ser examinados conjuntamente, pues las afectaciones de la capacidad de culpabilidad derivadas de la adicción a las drogas y a la existencia de trastornos de la personalidad debidos a su consumo deben ser objeto de una sola valoración.

En el hecho probado se declara que el recurrente presenta un trastorno de la personalidad como consecuencia de su adicción a la heroína y, más excepcionalmente, cocaína. Este trastorno se manifiesta en impulsividad e intolerancia a la frustración. Padece VIH positivo desde 1984. Como consecuencia de la adicción a la heroína estuvo ingresado en la Comunidad Terapéutica de Tomiño desde el 29 de marzo de 1988 al 21 de octubre del mismo año, dato este último que resulta de la estimación parcial del anterior motivo de casación.

La doctrina de esta Sala en la materia ha establecido que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1.ª será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. Lo cual puede tener lugar en ocasiones, y ello deberá ser acreditado debidamente, a causa de un consumo muy

prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente, como puede ocurrir con la heroína. Por otro lado, en el artículo 20.2.<sup>a</sup> se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1.<sup>a</sup>, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente, pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La Sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997)), aunque en estos últimos casos sólo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

En tercer lugar, en los casos en los que concurra una grave adicción a esas sustancias y además se acredite que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el artículo 21.2.<sup>a</sup> del Código Penal.

Finalmente, en los casos en los que la adicción a las drogas sea apreciable es posible determinar, a través de las correspondientes pruebas que ha de valorar el Tribunal, la existencia de una afectación leve de las facultades del sujeto, dando lugar a una atenuante análoga del artículo 21.6.<sup>a</sup> en relación con el 21.1.<sup>a</sup> y 20.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, todos del Código Penal.

Con carácter previo debemos precisar que los preceptos a tener en cuenta son los del Código Penal de 1973, vigente a la fecha de los hechos, que es el que el Tribunal ha aplicado.

La aplicación de la anterior doctrina al caso actual podría conducir, en principio, a la apreciación de una eximente incompleta. Sin embargo, la doctrina reseñada no supone que los Tribunales deban proceder a una aplicación automática o mecánica de la eximente en los casos en que entiendan que concurren alguno o algunos de los elementos que se han tenido antes en cuenta. Por el contrario, la apreciación de la circunstancia de exención incompleta se basa en la alteración de las facultades del sujeto individualmente considerado, y por ello debe hacerse depender de las características de cada caso concreto, en función de los datos de los que dispone el Tribunal. Éste debe examinar las peculiaridades del caso y, por otra parte, debe explicitar adecuadamente su razonamiento en la sentencia para facilitar el conocimiento de las razones de su decisión y el oportuno control sobre la misma.

En el caso actual, el Tribunal destaca en su argumentación una serie de datos, que ya antes hemos mencionado en parte, que permiten precisar que, en este caso concreto, las facultades del sujeto no han sufrido como consecuencia de su drogadicción una perturbación suficientemente profunda como para debilitar su percepción de la ilicitud del hecho o su capacidad de actuar conforme a esa comprensión en una intensidad que justifique la exención incompleta, con los importantes efectos que produce en la pena. Efectivamente, no se trata de un supuesto de tráfico menor, o de actuaciones aisladas encaminadas simultáneamente tanto al tráfico como a la satisfacción de las propias necesidades derivadas de la adicción, ni tampoco se describe una actuación propia de quien tiene sus facultades seriamente afectadas, sino más bien de alguien que, además de atender a su consumo, se ha organizado de tal forma que, como se dice gráficamente, es un traficante profesional a gran escala que hace de operaciones de envergadura cual la juzgada su modo de vida hasta alcanzar un nivel de bienestar patrimonial ciertamente por encima de la media comunitaria. Así, en este mismo sentido, se dice en la sentencia de instancia que el procesado «no se hallaba bajo los efectos de tóxicos al emprender viaje a Madrid ni en su desarrollo; tampoco en estado carencial o síndrome de abstinencia; guardaba en su casa heroína suficiente (no jeringuillas) para proveer su argüida necesidad durante un tiempo amplio; tampoco se encontraba bajo los severos efectos de una pulsión psicológica que le compeliere a la obtención de droga; manejaba grandes sumas de dinero y no es lógico pensar que la adquisición de más de 500 gramos de heroína de cualificada riqueza persiguiese únicamente conseguir la satisfacción de lo inherente a su consumo».

Por lo expuesto, la Sala considera que el razonamiento del Tribunal de instancia, particularizado al caso concreto, es correcto, de forma que no resulta acreditada con la evidencia disponible la perturbación profunda de las facultades de comprensión de la ilicitud del hecho o las relativas a la capacidad de ajustar la conducta a esa comprensión.

Ello no impide, sin embargo, apreciar la existencia de alguna clase de afectación, como el propio Tribunal de instancia reconoce, al declarar probada una leve afectación de las facultades volitivas. Afectación que debe ser reconducida a la atenuante analógica prevista en el artículo 9.10.<sup>ª</sup> en relación con los artículos 9.1.<sup>ª</sup> y 8.1.<sup>ª</sup> del Código Penal de 1973, aplicado a los hechos, lo que determinaría la individualización de la pena en el grado mínimo, de conformidad con el artículo 61.1 del mismo cuerpo legal. Es decir, respecto del delito contra la salud pública, en el grado medio de prisión mayor que se extiende desde ocho años y un día a diez años. Y en cuanto al delito de tenencia ilícita de armas en el grado mínimo de prisión menor. No existiendo otros datos, y ya tenida en cuenta la cantidad de droga a efectos de la agravación por notoria importancia en el delito contra la salud pública, la pena se establecerá en el mínimo legal.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 20.7

*Eximente de cumplimiento de un deber, oficio o cargo. Requisitos. Policías que forcejean con detenido, provocando lesiones. Eximente incompleta por extralimitación en el uso del medio empleado*

Tercero.—El segundo motivo, formalizado por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación del

artículo 147.1 del Código Penal, y dentro de este motivo, a impulso de una clara voluntad impugnativa, hemos de analizar la concurrencia de la exigente de cumplimiento de un deber, oficio y cargo, que es el planteamiento del recurrente en todo el desarrollo del recurso, y también en el juicio oral, ya que se ha alegado que toda la actuación fue consecuencia del cumplimiento de su deber policial. Esta Sala, en virtud de la llamada voluntad impugnativa de la resolución recurrida, puede entrar a valorar esta cuestión, favorable para el reo, siempre que se encuentre inserta en síntesis en su reproche casacional, conforme a una muy reiterada doctrina de esta Sala Segunda, de las que son exponentes, por citar sólo las más recientes, las Sentencias de 10 de julio de 2000, 6 de junio de 2002 y 9 de octubre de 2003. Los hechos probados narran tres episodios sucesivos, aunque con un desarrollo fugaz: en un primer momento, los policías actuantes detectan una operación de presunto narcotráfico, y detienen el vehículo en donde éste se produce; en segundo lugar, existe una frontal resistencia de los implicados, particularmente de Antonio, que forcejea con los policías nacionales, hasta hacer caer a éstos al suelo, e incluso se producen lesiones a Luis Enrique, como narra el *factum*, y, finalmente, en la operación de esposamiento, e incluso posteriormente, se producen las lesiones y una caída del detenido, en su intento de huida. Este tercer episodio es claramente revelador de una extralimitación en el ejercicio policial del ahora recurrente, que deberá ser contemplado bajo la exigente incompleta de cumplimiento de un deber, oficio o cargo.

En efecto, dice nuestra Sentencia de 5 de marzo de 2004 que «la exigente que se invoca, prevista en el artículo 20.7.º del Código Penal, requiere, según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 21 de septiembre de 1999, de 31 de octubre de 2000 y de 25 de abril de 2003, los siguientes requisitos, sintéticamente expuestos: *a)* que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; *b)* que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados; *c)* que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y *d)* que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (En el mismo sentido, Sentencia de 30 de septiembre de 2002.)»

Veamos ahora la aplicación por esta Sala Casacional. «Esta Sala –dice la Sentencia de 19 de junio de 1998, en un caso idéntico– estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la exigente alegada [...] con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado y, por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería». Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal *a quo*, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más «comprensiva» (*sic*), ante la «respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante», pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y el dictado de una nueva sentencia.

(Sentencia de 22 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 21.5

### *Atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos. Fundamento de la atenuación. Requisitos*

Segundo.—En el segundo motivo, por la vía de la infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 21.5.ª del Código Penal. La Audiencia ha entendido que la atenuante no es aplicable a pesar de que el acusado entregó a los padres de la víctima antes del juicio oral la cantidad de 7.000 euros, dándose éstos por suficientemente indemnizados. La razón de no apreciar la atenuación radica en que el acusado no reconoció los hechos y pretendía tan sólo garantizarse una atenuación. Entiende el recurrente que de seguirse el criterio de la Audiencia tal atenuante sólo sería de aplicación cuando el imputado se declare culpable.

El motivo, que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Señala el Ministerio Fiscal en su informe que la circunstancia modificativa alegada y desestimada está construida sobre elementos objetivos, concretamente reparar el daño ocasionado a la víctima del delito o disminuir sus efectos. Asimismo, señala que «la finalidad o móvil por la que actúe el culpable no la ha contemplado el legislador, habiendo perdido el nuevo texto punitivo de 1995 la vieja referencia al arrepentimiento espontáneo del culpable que contemplaba la derogada circunstancia del artículo 9.9.ª del texto de 1973». La Sala comparte básicamente el criterio sostenido por el Ministerio Fiscal en su informe sobre el recurso.

El artículo 21.5.ª del Código Penal considera circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

El fundamento de la atenuación se ha encontrado generalmente en la satisfacción de las necesidades de tutela de la víctima del delito. Si claramente es precisa una reacción del Estado ante los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos que se consideran más necesitados de protección, no menos conveniente resulta atender a la víctima de tales ataques, estableciendo las vías adecuadas para la restitución de las cosas al estado anterior al delito o, de no ser posible, para la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios causados. Así, hemos dicho en la Sentencia de 18 de noviembre de 2003 que esta circunstancia, «por su fundamento político criminal, se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito». Más adelante, esta misma sentencia señala que «como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 28 de febrero de 2003, entre otras) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un

papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad».

Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal, orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5.<sup>a</sup> no lo exija.

Estas consideraciones sobre el fundamento de la atenuación se corresponden con la desaparición, en su formulación legal, de elementos subjetivos referidos al arrepentimiento del autor, que la jurisprudencia anterior al nuevo Código Penal ya había ido abandonando progresivamente.

Importa, pues, el cumplimiento de las exigencias de tipo objetivo que se concretan en un elemento cronológico y otro de carácter sustancial. El primero exige para apreciar la atenuante que la acción reparadora tenga lugar con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Excluye, pues, del efecto atenuatorio las reparaciones realizadas durante el mismo plenario, después de su finalización o con posterioridad a la sentencia.

El segundo se refiere a la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No se refiere sólo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral (Sentencia de 18 de noviembre de 2003), y, de otro lado, comprende cualquier forma de «reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica».

Las cuestiones que puedan plantearse en casos de reparación parcial habrán de resolverse en atención a su relevancia en función del daño causado y de las posibilidades del autor.

En el caso actual, la sentencia impugnada declara probado que el acusado entregó a los padres de la menor la cantidad de 7.000 euros, considerándose éstos indemnizados. De acuerdo con el relato fáctico, pues, ha de considerarse que se trata de una reparación total. De otro lado, se ha producido antes de la celebración del acto del juicio oral, por lo que también cumple el requisito cronológico.

Es cierto que el acusado no ha reconocido los hechos. Pero no es una exigencia contenida en la descripción legal de la atenuante, que no condiciona sus efectos a dicho reconocimiento. No cabe duda que cuando se trata de una reparación simbólica es difícil concebir una reparación o disminución de los efectos del delito que no venga acompañada de una confesión de los hechos. Pero no es así cuando se trata de reparaciones de contenido económico, aunque se refieran a daños morales. La entrega de una indemnización relevante a los efectos de la atenuante no es radicalmente incompatible con una estrategia defensiva orientada a negar la existencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

De acuerdo con esta doctrina, el motivo se estima.

(Sentencia de 17 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 28

*Son coautores quienes intervienen de forma conjunta y coordinada en la realización del hecho criminal*

F) En este apartado estima indebidamente aplicado el artículo 28 CP por ausencia del elemento subjetivo propio de los delitos dolosos. En este punto el censurante parece confundir el elemento subjetivo del delito (dolo homicida en la modalidad de eventual) con la participación en el hecho criminal.

La circunstancia prevista en el artículo 28 CP supone una decisión común de los autores integrada por el acuerdo sobre la comisión de un delito y la aportación de su esfuerzo personal a la materialización del mismo. En su ejecución se produce una asignación de funciones o distribución de papeles a cada uno de los autores, los cuales intervienen de forma conjunta y coordinada en la materialización del hecho criminal, que constituye la base del dominio funcional compartido de ese hecho típico.

En nuestro caso el recurrente, ante los propósitos manifestados por su pariente Evaristo frente a la víctima, se adhiere junto con Alberto a la realización de esos propósitos y mientras el recurrente impide la huida de aquél y le sujeta para la más perfecta comisión del hecho, es Alberto, con el arma que le entrega Evaristo, el que le asesta un golpe letal en el vientre que si no llegó a ocasionar su muerte fue por las inmediatas atenciones médicas que le fueron dispensadas.

La decisiva contribución al hecho, asumido por todos, disipa cualquier duda sobre su condición de coautor. El argumento no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de enero de 2005)

*Coautoría. No hay autoría conjunta en la conducta de los tres acusados que realizan agresión a tercero, uno le da un cabezazo, otro un botellazo y otra acusada patadas y puñetazos, produciéndole un aneurisma y otras lesiones leves, siendo sólo responsable del mismo el que le golpeó con la botella, que fue el que efectivamente lo causó*

El recurrente centra su argumentación en el aspecto relativo a la existencia de un acuerdo entre los acusados para la causación de las lesiones, de manera que los tres son coautores de las mismas al ejecutarse la acción de común acuerdo. Éste es el aspecto central de la impugnación.

Con relación al denominado *pactum scaeleris* la jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia de 24 de marzo de 1998, tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción con la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamben su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho. 5) Que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad

de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito. 6) Que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne. Y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha «tomado parte directa» en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

Toda participación en la comisión del hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento –el objetivo– se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del «acuerdo previo» (*pactum scelleris* y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Otra teoría es la del «dominio del hecho» (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho en común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores «se excede» por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca. Consiguientemente, para resolver adecuadamente la cuestión aquí examinada, es preciso analizar detenidamente el conjunto de circunstancias que definen el hecho enjuiciado en esta causa.

Desde la perspectiva anteriormente expuesta es preciso analizar si el hecho declarado probado aparece apoyado en una actividad probatoria respecto, en primer lugar, a los elementos objetivos del tipo penal. La respuesta es afirmativa, en cuanto a los hechos realizados por cada uno de los imputados tal y como se relata en el hecho probado. La declaración del perjudicado y de las personas que le acompañaban el día de la agresión permite acreditar que este recurrente fue el primero que agredió al perjudicado propinándole un cabezazo. Con posterioridad a ese hecho, el perjudicado recibe un botellazo que le propina el otro recurrente, Vicente, y de la tercera condenada, también recurrente, patadas y puñetazos. La pericial médica ha informado al

tribunal la causación de lesiones que consistieron en un aneurisma producido por dilatación postraumática de la arteria temporal superficial en el lugar en donde se había producido un hematoma.

El tribunal hace a todos responsables de las lesiones en virtud de un acuerdo previo entre los tres acusados en la producción de unas lesiones agravadas por la utilización de un medio peligroso. Sin embargo, el enjuiciamiento no permite tener por acreditado ese acuerdo previo ni que los imputados tuvieran dominio de la acción realizada. La rapidez con la que ocurren los hechos, en los que de una inicial discusión sobre un conocimiento personal anterior subsigue una agresión, un cabezazo por el recurrente y, seguidamente, otras agresiones. Del hecho probado no resulta plausible considerar que actuaran de acuerdo en la producción de las lesiones.

Consecuentemente, al recurrente sólo cabe imputarle la agresión realizada al perjudicado consistente en el cabezazo al que no cabe imputar la producción del aneurisma a tenor de las propias afirmaciones del perjudicado, folio 133, al manifestar que el aneurisma estaba en el lugar en el que recibió el botellazo, y de la pericial que indica su causación con un objeto romo, como una botella. La indeterminación del resultado de la acción hace que subsumamos el hecho en la falta del artículo 617.1 del Código Penal.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 50.5

*La cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas*

El artículo 50.5 del Código Penal dispone, en efecto, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas.

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguientes extremos: *a)* la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; *b)* alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); *c)* cuando menos, algún dato que el Juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; o *d)* en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (Sentencia de 3 de octubre de 1998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil

pesetas, la imposición de una cuota diaria en la «zona baja» de esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento (Sentencia de 26 de octubre de 2001). Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes Sentencias de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001, que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que «Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva».

A su vez, la Sentencia de 11 de julio de 2001 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

«El artículo 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias “teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”. Como señala la Sentencia de 12 de febrero de 2001, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales. Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la Sentencia de 7 de abril de 1999, si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos

supuestos sí consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

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

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, aun cuando es cierto, como el Recurso refiere, que no constan las circunstancias económicas de los recurrentes ni el Tribunal de Instancia ha consignado motivación expresa para la imposición de las mil pesetas diarias que aplica, ha de considerarse que, en definitiva y de acuerdo con la doctrina expuesta, la fijación en mil pesetas diarias de la cuota integrante de la sanción pecuniaria no puede tacharse, en modo alguno, de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales.»

(Sentencia de 28 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 138

### *Homicidio. Diferencias entre dolo eventual y culpa consciente*

Tercero.—Los motivos formalizados en tercero y cuarto lugar, ambos por la vía del artículo 849.1 LECrim, denuncian, respectivamente, la aplicación indebida de los artículos 138, 16 y 5.º CP, pueden ser examinados conjuntamente en la medida que suscitan la existencia del dolo de matar en los acusados. Sostiene el primero que aceptando el motivo anterior no es posible llegar a la conclusión de la existencia de dicho ánimo de matar, incluso partiendo de los propios hechos probados debe llegarse a la misma. El motivo siguiente, cuarto, impugna la concurrencia del dolo eventual, suscitando los problemas derivados de la línea divisoria entre dolo e imprudencia (culpa consciente). Sostienen los recurrentes que su propósito consistía en que la víctima subiese a su vehículo.

A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resul-

tado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza por que, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar el resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso al agente que aquél no se va a producir. Tanto en un caso como en otro la caracterización del elemento culpabilístico no está en función de la voluntad sino del riesgo para lesionar el bien jurídico que lleva consigo la acción realizada que excede el límite de lo permitido y en función de su intensidad se dará el dolo eventual o la culpa consciente.

Razona la Audiencia, tras descartar el dolo directo de matar, para justificar la existencia del dolo eventual que los recurrentes realizan la acción «conociendo las características de las armas que portaban, dos escopetas del calibre 12, y también de la munición con que estaban cargadas, cartuchos con postas de nueve perdigones cada uno, sabedores también de que dentro del vehículo se hallaba una persona, su conductor, realizaron a corta distancia hasta ocho disparos... impactando todos en la parte delantera del turismo, llegando a penetrar uno de ellos a través de la luna delantera para incrustarse los perdigones sobre el respaldo del asiento del copiloto», añadiendo que «aun cuando los disparos no se ejecutaron apuntando directamente hacia la persona que ocupaba la posición conocida del conductor, sí los efectuaron apuntando hacia el vehículo, estando éste ya en movimiento... con pleno conocimiento y siendo conscientes ambos de que en su interior se hallaba una persona», volviendo a insistir en las características de las armas y su munición, lo que suponía «un elevadísimo riesgo y altísima probabilidad de que el ocupante del turismo resultase alcanzado por alguno de los proyectiles disparados, ya por impacto directo, pues las postas que cargaban los cartuchos disparados, a diferencia del disparo efectuado con bala única, se dispersan a medida que se alejan del arma que las percute, ya por acción de rebote de alguno de tales perdigones en las superficies metálicas hacia las que estuvieron dirigidos la mayor parte de los disparos», subrayando el riesgo generado por los disparos realizados en dirección del turismo ya en movimiento y, especialmente, «el que necesariamente debe enlazarse con el disparo dirigido hacia la luna del vehículo». Los argumentos de la Audiencia deben ser plenamente ratificados, sustancialmente en lo que se refiere al disparo efectuado al parabrisas estando el conductor ya a los mandos del vehículo. Naturalmente que el arma no fue dirigida directamente a dicho objetivo, pues entonces se trataría de dolo directo de primer grado, pero indudablemente los recurrentes tuvieron que representarse el altísimo riesgo que ello entrañaba aún dirigiendo el disparo a la zona del copiloto, sin olvidar las características del arma y munición empleadas, como recuerda la Audiencia, no siendo asumible en este caso la convicción o confianza de los autores en que mediante dicha acción el resultado no iba a producirse, precisamente teniendo en cuenta las circunstancias objetivas descritas. Podría ser objeto de controversia el hecho posterior de dirigir los disparos hacia la parte delantera del capó. Sin embargo, siendo ya suficiente el primer disparo para la calificación de los hechos llevada a cabo por la Audiencia, debe tenerse en cuenta en relación con los segundos el material sobre el que se efectúan (metal), las caracterís-

ticas de las armas empleadas y la incidencia de un ulterior rebote, sin olvidar que el objetivo no permanecía inmóvil.

Por todo ello, los dos motivos deben ser desestimados

(Sentencia de 24 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 147

*Delito de lesiones. Dolo: existencia: el que golpea fuertemente con una botella en la cabeza de la víctima persigue un resultado y actúa dolosamente aunque no pueda concretarlo, causando un aneurisma*

Tercero.—En el primer motivo de su oposición denuncia el error de derecho existente en la sentencia al inaplicar el artículo 617 del Código Penal, la falta de lesiones. En su argumentación mezcla diversos contenidos que hacen difícil la comprensión del contenido de su impugnación. De una parte, refiere que las lesiones causadas, el aneurisma, «incidió un factor ajeno a la acción inicial (las complicaciones postraumáticas)». De otra parte, que la «sentencia extiende al acusado una responsabilidad objetiva por un resultado que, no sólo no fue abarcado por su dolo, sino que no puede ser vinculado normativamente con la acción realizada». En conclusión, entiende que la acción del recurrente se subsume en la falta, como realizó el Juzgado de instrucción al declarar los hechos constitutivos de falta, de acuerdo con el dictamen del médico forense que dio la sanidad a la lesión producida a los siete días.

El motivo se desestima. La investigación de los hechos dio lugar a una primera declaración de falta de los hechos teniendo en cuenta las lesiones producidas y su sanidad. Cuando el juicio de faltas fue convocado tuvo que ser suspendido, remitiéndose el enjuiciamiento a la Audiencia provincial al peritarse que las lesiones producidas requirieron tratamiento médico e intervención quirúrgica. En el juicio oral el perito expresó que la contusión en la región temporal, la que el perjudicado identifica con la producida con una botella realizada por el recurrente, se complicó «se hizo un aneurisma en un vaso», que no fue apreciada en un principio pero en un segundo examen «sí se estableció relación causa efecto», señalando la compatibilidad de la lesión sufrida con la acción realizada, golpear con una botella. El que no sea una lesión frecuente no rompe la relación de causalidad que la sentencia impugnada establece entre la acción y el resultado que pericialmente ha sido informada.

Existió relación de causalidad entre la acción realizada, un botellazo en la cabeza y las lesiones declaradas probadas, lesiones que tardaron en curar 150 días que precisaron intervención quirúrgica para extirpar dilatación postraumática de la arteria temporal superficial.

Analizada la causalidad desde la imputación objetiva se observa que entre el hecho y el resultado existe la causalidad natural, pues la dinámica comisiva desarrollada es productora del resultado. La conducta creó el riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y el resultado es concreción de la acción.

La tipicidad subjetiva del delito de lesiones dolosas fluye del relato fáctico. Resulta obvio que quien golpea, en la forma que se describe en el hecho probado, con la intensidad que se refiere actúa dolosamente y persigue la realización de un resultado. También es obvio que el resultado concreto de la acción, en este caso la dilatación de un vaso arterial, no es algo que pueda ser abarcado por el dolo del autor que no puede concretar con exactitud cual es el resultado de su acción. El dolo de lesionar no se refiere al resultado, salvo en aquellas figuras típicas de lesiones que requieren

un resultado concreto, sino que va referido a la acción, conociendo que como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla se va a producir un resultado de lesiones.

Desde esta perspectiva resulta clara la existencia de un delito doloso de lesiones, pues el acusado conoció y quiso el resultado típico, lesiones, desarrollando una conducta dirigida al resultado bien entendido que, como hemos dicho, el dolo no puede abarcar el concreto resultado sino la realización de una acción peligrosa del bien jurídico protegido, en este caso, la integridad física. Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 147.2

### *Lesiones. Concepto de tratamiento médico. Tipo atenuado: el hecho no reviste especial gravedad*

Segundo.—Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del artículo 899 LECrim, denuncia en el correlativo la indebida aplicación del artículo 147.2 y la inaplicación del artículo 617, ambos de nuestro texto punitivo.

1. Se impone en el motivo la no fácil distinción entre primera asistencia facultativa y tratamiento médico, como criterio delimitador entre la falta y el delito de lesiones.

Esta Sala ha realizado innumerables pronunciamientos tendentes a precisar el concepto de tratamiento médico. Recordemos la de 26 de septiembre de 2001, en la que se dice: «el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias, o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias».

Es, pues, una planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa.

Aunque ese tratamiento tendente a la sanidad del lesionado lo decida o prescriba un médico o facultativo sanitario, no empece para que la actividad de materialización posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, o incluso se imponga al paciente a través de la prescripción de fármacos o a medio de la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.).

2. A partir de este panorama conceptual debemos descender a nuestro caso para comprobar si realmente nos hallamos ante un tratamiento médico. En tal función hermenéutica no debemos pasar por alto la flexibilidad del artículo 147 CP a la hora de prever las penas para el delito básico de lesiones, en el que advertimos la existencia de un número segundo, que permite suavizar la pena para aquellos casos, en que no obstante existir tratamiento médico, el hecho no revistiere especial gravedad, circunstancia que aconseja no ser excesivamente rigurosos a la hora de establecer exigencias o condicionamientos en la delimitación del concepto de tratamiento médico, si no queremos que se produzca una desprotección del bien jurídico que la Ley quiere tutelar.

Al lesionado se le prescribió el uso de un collarín cervical y es indudable que ello no obedeció a medidas precautorias o cautelas con proyección en el futuro, sino que fue consecutivo a la lesión y, dada su naturaleza, medio necesario o de todo punto conveniente para evitar el dolor y obtener la sanidad lo más rápidamente posible.

A nadie pasa por alto, por muy escasos conocimientos médicos que posea, que para un esguince cervical resulta esencial, en términos generales (con exclusión de casos de especial gravedad), la inmovilización de las vértebras cervicales, en una determinada postura, función que cumple el «collarín» prescrito.

En lo concerniente a la ingestión de fármacos (analgésicos y antiinflamatorios) es indudable que no iban a estar tomándose *sine die*, sino conforme a un plan médico que estableciera unos límites en su dosificación y administración que el paciente debe seguir, haciendo él mismo notar cualquier contratiempo, complicación o efecto secundario que advierta, con objeto de que el propio médico pueda variar, intensificar o suprimir el tratamiento inicialmente impuesto, si lo estima conveniente.

Por todo ello entendemos que en la primera asistencia facultativa se puede perfectamente establecer un plan curativo que imponga un necesario control médico para evitar el dolor producido por la lesión y recuperar prontamente la salud, curando de la dolencia sufrida.

Por todo lo expuesto el Tribunal no incurrió en ningún error de derecho al calificar el supuesto enjuiciado como delito y no como falta. El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 163.2

*Detenciones ilegales. Aplicación del subtipo atenuado, incluso no mediando la acción libertadora de terceros, la privación de libertad no podría prolongarse por mucho más tiempo*

Segundo.—En los dos siguientes motivos, se denuncia, por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim dos diferentes infracciones legales, de una parte, la indebida inaplicación del artículo 163.2 del Código Penal, que alude al subtipo atenuado de la Detención ilegal con base en la puesta en libertad del detenido, antes de transcurridos tres días de la detención y sin alcanzar el propósito de la misma (motivo primero bis), y la indebida aplicación del artículo 73 en relación con el 172, 163 a 165 y 617 del Código Penal, pues los hechos enjuiciados tan sólo constituirían una simple falta de Coacciones del artículo 620.2.

El cauce procesal aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este 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.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo Segundo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idóneo para alcanzar su conclusión condenatoria, tanto respecto de la presencia del delito de coacciones, como del de detención ilegal y la falta de lesiones.

En efecto, la gravedad de la conducta que supone la privación de libertad deambulatoria y retención de una joven de doce años de edad, para forzar a su acompañante, de quince años, a que acceda a los deseos del autor de tales hechos, dirigiéndose

a adquirir, para éste, cierta cantidad de sustancia estupefaciente, conducta que se reitera en tres ocasiones sucesivas, ante los intentos de eludir el encargo por parte del muchacho, al que se le llega incluso a conminar apoyándole un objeto, que posteriormente resultó ser una pistola de fogueo, contra su cuello, causándole la leve lesión que consta acreditada en autos, evidentemente no puede ser calificada como una simple falta de coacciones leves, sino que encuentra el más correcto acomodo en la triple calificación jurídico-penal llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, como constitutiva de sendos delitos de detención ilegal y coacciones y una falta de lesiones leves.

Cosa distinta es, sin embargo, la pretensión contenida en el motivo Primero bis, acerca de la subsunción de la referida detención ilegal dentro del supuesto básico del apartado 1 del artículo 163, en vez del privilegiado del apartado 2 de ese mismo precepto, pues si bien es cierto que la joven fue liberada por sus familiares transcurridos unos minutos desde su detención, no lo es menos que esa liberación se produce, como queda dicho, antes de transcurridos los tres días de privación de libertad y sin que el autor de la misma hubiere alcanzado el propósito buscado con ella.

Lo que, en todo caso, nos llevaría a considerar si, en el ánimo de quien hoy recurre, puesto que ha resultado imposible conocer el real alcance de sus propósitos, ante la rápida intervención de los libertadores, se encontraba el mantenimiento de su ilícito comportamiento más allá del término de los tres días o hasta que alcanzase a ver hecho realidad el propósito que motivó la detención.

Y, en el presente caso, es obvio, por la precaria mecánica de comisión del delito, ejecutado en plena vía pública y con una finalidad tan urgente como la de la inmediata obtención de droga, que, aunque no hubieran intervenido terceros en la precipitada conclusión de la ilegal situación, la misma no se hubiera prolongado por tiempo superior a tres días.

Quedando, en definitiva, tan sólo el interrogante acerca de si le hubiera sido posible al autor culminar con éxito su propósito delictivo antes de dejar en libertad a la niña.

Especulación que, obviamente, no puede traducirse en la afirmación más gravosa para el reo, de entre las hipotéticamente posibles. Sino que, antes al contrario, nos obliga a optar por la más favorable para él.

Lo que nos sitúa ante el subtipo privilegiado cuya aplicación en el recurso se interesa.

En realidad, el apartado 1 del meritado artículo 163, al quedar circunscrito *a contrario* por los límites descriptivos del apartado 2 del mismo precepto, hay que entender que castiga a quien detuviere a alguien por más de tres días y menos de quince (con más de quince se cometería el subtipo agravado del apartado 3) o no le pusiera en libertad hasta ver cumplido el propósito que le llevó a cometer la infracción.

En casos como el que nos ocupa tal situación no se da, pues, aun cuando tampoco ha «dado libertad» a su víctima en forma voluntaria, como literalmente requiere el apartado 2, en modo alguno se ha alcanzado el referido plazo de detención ni cumplido la finalidad perseguida con ésta.

Por lo que, como queda dicho, en aras a la interpretación más favorable para el reo, máxime en un supuesto en el que todo indica que, incluso no mediando la acción libertadora de terceros, la privación de libertad no podría prolongarse por mucho más tiempo, lo correcto es la aplicación del subtipo atenuado.

En sentido semejante, baste citar, entre otras, la Sentencia de 28 de octubre de 2002 que dice:

«El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el

delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla.

Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención, no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que ésta alcance la relevancia necesaria.

Por ello no resulta indiferente para la calificación y gravedad del delito el que se acredite que la decisión del autor está presidida de antemano por una limitación en la duración de la privación de libertad, pues el artículo 163.2 prevé una pena inferior cuando el culpable diera libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que había propuesto. Esta Sala ha considerado que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso.

(Sentencia de 28 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 167

### *Detención ilegal cometida por policía, sin mediar causa por delito. Error de prohibición vencible*

Primero.—El único motivo de la Acusación Particular tiene su fundamento en la aplicación indebida del artículo 530 y 532 CP. En el recurso se sostiene que los hechos debieron ser subsumidos bajo el tipo del artículo 167 CP.

El recurso debe ser estimado.

1. La sentencia recurrida estimó que el acusado no había cometido el delito del artículo 167 CP, pues estimó que «puede dudarse» de que «en el momento de ordenar la detención» dicho acusado «fuera consciente de que los hechos no eran constitutivos de delito». Para ello la Audiencia se basa en la Sentencia de 20 de mayo de 1997, que estableció que «el funcionario público cuando realiza la detención (...) debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas (...) la gravedad de la acción».

2. Como se ve, se trata de que la Audiencia entendió que concurría en el caso un error sobre un elemento normativo del tipo, es decir, sobre si la acción se desarrollaba en el contexto de una causa por delito o no.

Como es sabido el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y, dada la actual regulación contenida en el artículo 14.1 CP, también el de los elementos normativos del tipo. Estos elementos son aquellos que el autor sólo conoce mediante la comprensión de los hechos y no simplemente a través de su percepción sensorial, como en el caso de los elementos descriptivos del tipo. En un número considerable, al menos, son errores jurídicos, como el presente caso. Respecto de los elementos normativos, sin embargo, el dolo no requiere un conocimiento técnico-jurídico, sino, simplemente, el conocimiento paralelo en la esfera del lego o, como resulta terminológicamente más correcto, la valoración paralela en la esfera del lego. Dicho brevemente: el dolo sólo requiere que el autor haya conocido la valoración de los hechos en el nivel del lenguaje cotidiano, no técnico.

Estos presupuestos han sido implícitamente expuestos en la sentencia citada por la Audiencia cuando se refiere a «calibrar a simple vista y por las apariencias externas» la gravedad de la acción.

Sin embargo, la solución dada al caso no es acertada, dado que la valoración paralela que, como lego en derecho, debía realizar el acusado, era extremadamente simple, pues tenía una manifestación meramente cuantitativa: se trataba de la comprobación del valor del daño a través de los documentos que existían en el atestado, concretamente, de la estimación en dinero del daño que la propia denunciante proporcionó en la denuncia. Con la sola lectura de la denuncia el acusado, por lo tanto, pudo saber que el hecho no era constitutivo de delito. Por consiguiente, no cabe duda que supo que el hecho instruido en el atestado tenía un valor inferior a las 50.000 ptas. Y, en este sentido, que el dolo alcanzó completamente a todos los elementos del tipo del artículo 167 CP, inclusive el elemento normativo: supo que el daño no alcanzaba a 50.000 ptas. Para el dolo no se requiere más.

3. Sin embargo, la Audiencia consideró que el principio *in dubio pro reo* le impedía afirmar que el acusado hubiera ordenado la detención por error. «Todo parece apuntar –dice la Audiencia– a una supina ignorancia de las condiciones en las que puede acordarse la prisión» (Fundamento Jurídico cuarto). Esta decisión de la Audiencia no puede ser modificada, en tanto comprobación de un hecho, en el recurso de casación. Sin embargo, la calificación jurídica de ese error y las consecuencias que del mismo se derivan son objeto de la casación. En tal sentido debemos señalar que es técnicamente incorrecto haber considerado que al ordenar la detención el acusado obró con un error que excluía el dolo, es decir, subsumible bajo la prescripción del artículo 14.1 CP. En efecto, como se vió, en el caso se daban todos los elementos del dolo del tipo del artículo 167 CP. El error, por tal razón, sólo pudo recaer sobre la antijuricidad del hecho típico y debió ser considerado de acuerdo a las reglas del artículo 14.3 CP.

Desde esta perspectiva es evidente que se trata de un error de prohibición evitable, dado que el acusado actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le acuerda la ley en relación con los derechos fundamentales de una persona.

En otras palabras: ateniéndonos a las manifestaciones de la Audiencia expuestas en la sentencia, es evidente que se debieron aplicar los artículos 167 (en relación con el artículo 163.4 CP) y 14.3 CP.

(Sentencia de 21 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 179

*Delito de violación. Ausencia de consentimiento. Intimidación: no es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual*

Tercero.–El Ministerio Fiscal alega, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 178 del Código Penal e inaplicación indebida del artículo 179 del mismo texto legal.

En concreto, estima el Ministerio Público que, en el presente caso, al Tribunal ha ignorado el conjunto de circunstancias intimidatorias y violentas en el que se produjo el acceso sexual del recurrente con la víctima, cuya falta de consentimiento es patente y que la ausencia de resistencia viene perfectamente justificada por la situación de

desamparo en que se encontraba. Concluye el Ministerio Fiscal estimando que debería haberse apreciado el delito de violación del artículo 179 del Código Penal en atención a la violencia e intimidación empleadas para ganar el acceso sexual.

De la lectura de los hechos probados se desprende que el día 24 de diciembre de 2002, el acusado fue a buscar a Marina al local donde trabajaba. Como quiera que la mujer no pudo hablar con él por encontrarse trabajando, el acusado comenzó a llamarle reiteradas veces por el teléfono móvil anunciándole que se iba a suicidar. Al salir la mujer al exterior del establecimiento en el que trabajaba, no pudo ver ni al inculpado ni a su coche, por lo que estableció contacto telefónico con éste, quien le comunicó que estaba en su casa en el barrio de La Galera y que se iba a suicidar. Marina acudió al domicilio y cuando entró en su casa, el recurrente aprovechó el hueco dejado por la puerta entreabierta para penetrar asimismo en el interior de la vivienda y comenzar a revolver toda la casa pretendiendo buscar a un hombre con el que supuestamente la mujer tenía relaciones. Al apreciar la actitud crispada del recurrente, la mujer optó por abandonar la casa y dirigirse hacia la calle, momento en el que el recurrente armado de un cuchillo de cocina, que aplicó al costado de la mujer, la conminó a introducirse en el vehículo de su propiedad. A continuación, el recurrente activó el cierre centralizado del vehículo y le dijo a la mujer que iban a ir a San José del Alamo a comer. Al pasar esta localidad sin pararse, la mujer preguntó hacia donde se dirigían, momento en que el recurrente empezó a golpearle con la mano derecha mientras sostenía el volante con la izquierda, al tiempo que le anunciaba que «hoy vamos a morir los dos». Seguidamente, la obligó a desprenderse de su ropa íntima, y al observar que tenía manchas de la menstruación empezó a recriminarla que tuviese relaciones sexuales con otro hombre. Por último, el recurrente introdujo el vehículo en un descampado y ahí obligó a la mujer a que descendiese el vehículo. Acto seguido, le levantó la falda y, sin introducir los dedos dentro de la vagina, le palpó los genitales, «para averiguar si había tenido relaciones sexuales con otros hombres». A continuación, Luis comenzó a golpear a la mujer, lanzándola contra el suelo y, mientras Marina yacía desconcertada, fue a buscar el cuchillo que habían dejado en el lateral de la puerta del vehículo, y cogiendo a la mujer por el pelo, la arrastró hasta un punto donde el terreno sufría una inclinación, dejándola caer bruscamente al suelo, al tiempo que se ponía de rodillas encima de Marina y la golpeaba, al tiempo que le colocaba la mano en la boca y nariz hasta el punto que la mujer, a la que le faltaba el aire, para lograr respirar tuvo que morderle en la mano al acusado Luis. Por último, volvió a coger a la mujer por los pelos y, arrastrándola, la condujo hasta el borde de un precipicio.

En este punto cuando la mujer, con evidente intención evasiva, según resulta patente en el contexto de los hechos referidos, pues teme por su vida, y le sugiere, en primer lugar, hablar juntos y fumarse un porro. Acto seguido se producen relaciones sexuales con penetración vaginal, que el Tribunal de instancia interpreta consentidas.

Una vez mantenidas las relaciones sexuales, Marina solicita al recurrente volver lo que sólo consigue unas dos horas y media después. Por último, llegando a La Galera, hacia las siete horas de la tarde, Marina ve una tienda de comestibles abierta y solicita al recurrente que pare el vehículo para ir a comprar algo de comer. Tan pronto la mujer entra en el comercio, comunica al propietario Joaquín que está amenazada de muerte y retenida en contra de su voluntad. Joaquín avisa a la Policía Nacional, que se persona con una dotación en el lugar de los hechos. En ese momento, Marina echa a correr y se introduce en el vehículo policial para evidentemente protegerse del acusado.

Ante lo expuesto, es evidente la situación de intimidación y violencia en la que se desarrolla, enmarca y condiciona el contacto sexual entre la mujer y el acusado. La

situación de violencia e intimidación se da, en primer lugar, mediante reiteradas agresiones físicas durante el trayecto hasta el descampado así como con las continuas amenazas de acabar con la vida de la mujer que profiere el acusado, armado de un cuchillo de grandes dimensiones. A mayor abundamiento, el lugar, buscado ex profeso por el inculpado, es un descampado que aumenta la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, quien no puede esperar encontrar ayuda ajena en esas circunstancias. Además, los hechos se desarrollan entre las 16:30 y las 19:00 horas del día 24 de diciembre de 2002, cuando la luz empieza a menguar y en una fecha navideña en la que disminuye sensiblemente el número de personas fuera de sus hogares.

Por último, hay una situación de grave intimidación a la víctima que se produce cuando es arrastrada por los pelos hasta el precipicio. Es en este conjunto de circunstancias donde deben situarse las relaciones sexuales habidas, que forman parte del ardid que la mujer idea para intentar calmar al recurrente y presumiblemente evitar males mayores, como se desprenden de sus propias declaraciones tal y como constan en el acta de la vista oral. La víctima afirma que finge desear realizar el acto sexual y afirma rotundamente que, de no mediar la situación intimidatoria, en ningún momento hubiera tenido contacto sexual con el recurrente. Los propios hechos declarados consignan como probado que la víctima está «aterrorizada y convencida de que el acusado cumpliría su anuncio de matarla» cuando concibe, como estrategia de supervivencia, intentar calmarle, hablando y fumándose juntos un porro, y finalmente accediendo al mantenimiento de relaciones sexuales.

Debe también tenerse en consideración que la situación intimidatoria no se ha roto con las relaciones sexuales. La receptividad que muestra la mujer sólo forma parte del ardid para salir de la situación. Después de las relaciones sexuales, la mujer aún está retenida durante dos horas y media y cuando tiene la primera oportunidad de desembarazarse del cerco intimidatorio del acusado, la aprovecha y busca inmediato refugio en el vehículo policial. Esta actitud sería ilógica, si, como se pretende, las relaciones sexuales hubiesen sido consentidas y hubiese mediado una suerte de reconciliación entre la víctima y el acusado.

En tales circunstancias, no puede estimarse que Marina preste el consentimiento para las relaciones sexuales de forma libre. Más que de consentimiento, en su caso, puede hablarse de una suerte de aceptación resignada del contacto sexual ante la inminencia de un peligro aún mayor e incluso de la pérdida de la vida. La penetración vaginal, en sí misma, no es forzada, en cuanto que se emplee fuerza para obtener el acceso sexual, pero claramente el consentimiento se encuentra viciado por la situación intimidatoria y por la violencia aplicada inmediatamente antes. No puede hablarse, pues, de un consentimiento pleno y libre de la mujer, en el sentido jurídico.

Como esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse, no es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual. Como dice la Sentencia de 18 de octubre de 1999, «... en cuanto a la resistencia del sujeto pasivo, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que ésta fuera trascendente, casi heroica, para estimarse más adelante que la resistencia debía ser seria, más tarde definida como razonable».

En efecto, lo que no debe ser ignorado es que cada persona que sufre una violación, reacciona de distinta manera y con distinta intensidad ante una agresión sexual de este tipo, de acuerdo con la específica personalidad de cada uno. De ahí que la víctima no tiene porqué ofrecer una resistencia propia del héroe; quizás ni siquiera tendría que ser seria, bastando con que sea razonable ante la situación creada por el agresor. La víctima puede ser consciente de que una resistencia a ultranza sólo puede resultar infructuosa o llevar, incluso, a peores consecuencias.

Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo. Como dice la Sentencia de esta Sala de 1 de julio de 2002, «El tipo básico de las agresiones sexuales, artículo 178 CP, vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. También la Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo ( Sentencias de 9 de noviembre de 2000 y 25 de enero de 2002)

En consecuencia, se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 15 de diciembre de 2004)

*Delito de violación en grado de tentativa: hubo propósito de yacer que quedó sin realizarse por la astucia de ella que aguzó su ingenio. No es que él haya desistido de su propósito inicial, sino que ella lo elude como puede*

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim se alega infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 179 CP. Nos dice el recurrente que no tuvo intención de yacer, sino sólo de realizar tocamientos y otros actos semejantes de significación sexual, de modo que debió aplicarse la figura más leve del artículo 178.

En síntesis, la argumentación del letrado autor del escrito de recurso es que estuvo a su alcance haber realizado ese propósito de yacer, porque ella cada vez tenía menos fuerzas para resistir, según dice el relato de hechos probados de la sentencia recurrida —ello es cierto, página 2 al final—, y sin embargo no lo hizo. Añade que, aunque él tuvo inicialmente el propósito de tener acceso carnal completo, es lo cierto que su actuación posterior puso de manifiesto que, «llegado el momento, el autor se decidió por la realización de un delito distinto», el de menor gravedad del artículo 178, que sanciona las agresiones sexuales sin ánimo de violación.

La Audiencia Provincial no lo entendió así y por ello aplicó el artículo 179.

Nosotros ahora en casación entendemos que, a la vista de tales hechos probados, es razonable el pronunciamiento de la sentencia recurrida en este aspecto.

Decimos aquí una vez más que los hechos probados de la sentencia recurrida vinculan a cuantos intervenimos en un motivo de casación amparado en este artículo 849.1.º LECrim, por lo dispuesto en el núm. 3.º del artículo 884 de esta misma Ley procesal. Las partes han de hacer sus alegaciones en pro o en contra del recurso con sujeción a tales hechos probados y esta sala queda vinculada también a estos hechos a la hora de resolver.

En base a esos hechos probados vamos a distinguir aquí varios episodios:

1.º Comienza todo cuando ella se ha marchado y él, instantes después, la agarra y la empuja hacia el bar Avenida, ella le dice que la deje, él la sujeta por ambos brazos

y la arrastra; como ella se resiste le tapa la boca y nariz, le dice a ella «ven conmigo a la estación de autobuses donde tengo estacionado mi vehículo», ella se niega, atraviesa la carretera, todo por la fuerza, y entonces él manifiesta que le gusta y que le va a echar un «polvo que va a ver las estrellas».

En este primer episodio nos encontramos ya con múltiples actos de fuerza de él ante la evidente resistencia de ella y con una expresión verbal del agresor que revela su propósito de tener acceso carnal con la señora, pese a que está viendo cómo ella se opone.

2.º Marina, aprovechando el paso de un vehículo, logra escapar; pero de nuevo Franco consigue sujetarla, ella cada vez tiene menos fuerzas y él con la chaqueta le cubre la cabeza lo que dificulta su respiración.,

Vemos cómo continúa la agresión física y es aquí donde nos dice el relato que ella va perdiendo fuerzas, algo que no es un factor determinante, pues después ella continúa oponiéndose y se va defendiendo más por su astucia que por sus energías físicas.

3.º En el tercer episodio se narra cómo el procesado arrinconó a su víctima contra la pared de un edificio y allí le tocó los pechos, la besó a la fuerza y sacó su miembro viril pretendiendo que se lo tocara y chupara, distrayéndole entonces Marina para ganar tiempo.

En este episodio comienza la agresión de tipo sexual. Tiene especial significación esa pretensión de que le chupara el pene, porque nos sitúa ya en la órbita del artículo 179 («acceso carnal por vía bucal»). Y es en este momento cuando ella lo distrae y comienza el 4.º episodio. Ella, cuando ve que se acerca lo más grave tiene habilidad para evitarlo, como también ocurrió al final. No es que él haya desistido de su propósito inicial, sino que ella lo elude como puede.

4.º La arrastra hasta llevarla debajo de un puente, la tumba, se coloca encima de ella por su superioridad física, le exige que se baje pantalones y bragas, ella se los baja –de otro modo no habría podido meterla los dedos en la vagina–, la llama zorra al tiempo de tal introducción de los dedos, todo ello agarrándola por el cuello.

Parece que es este momento al que se refiere el escrito de recurso cuando nos dice que estuvo al alcance del acusado haber consumado el acto carnal y voluntariamente no lo hizo conformándose con los roces y tocamientos. Pero no fue así: de nuevo ella aguza su ingenio y actúa como exponemos a continuación.

5.º Episodio final. Cuando ella percibe próxima su penetración vaginal se acuerda de la intención inicial de Franco y le dice que pueden ir a la estación de autobuses hasta su coche, prometiéndole no escaparse. Accede el procesado y los dos se dirigen a tal lugar. Pero se encuentran con una pareja, ella pide su ayuda, la recibe y termina el incidente con la denuncia inmediata a la policía local.

A la vista de lo expuesto –los hechos probados y nuestro comentario al respecto–, consideramos aquí en casación que nos parece razonable lo que resolvió la Audiencia Provincial en este punto: hubo propósito de yacer que quedó sin realizarse por la astucia de ella que aguzó su ingenio, como de modo expresivo nos dice la sentencia recurrida en el propio relato de lo sucedido. Y de esta manera se vio libre de tener que chupar el pene y de padecer el acceso carnal por vía vaginal, conductas ambas incardinadas en la más grave agresión sexual del artículo 179, que es el aplicado al caso presente, si bien limitando la condena al grado de tentativa (artículos 16 y 62).

(Sentencia de 14 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 197

*Delitos contra la intimidad personal. Descubrimiento y revelación de secretos. Instalación de cámara oculta para grabar la relación sexual de conocido periodista con prostituta: existe vulneración del derecho a la intimidad aun en los casos de intimidad compartida. Hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen social o vida sexual o la víctima fuere un menor o un incapaz: existencia: venta de vídeo que contiene relación sexual con prostituta. Hechos realizados con fines lucrativos que afecten a datos de carácter personal: existencia: no se refiere sólo a los profesionales de la información*

Octavo.—Nos restan por examinar los motivos undécimo, duodécimo y decimotercero, por ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. El primero denuncia la aplicación indebida del artículo 197.1.3 y 5, mientras que el segundo se ocupa de la infracción por la sentencia del apartado sexto del mismo artículo y el tercero invoca la falta de aplicación del artículo 14, todos ellos del Código Penal, error de prohibición invencible.

Los tres motivos deben ser desestimados.

A) El motivo undécimo, tras exponer con carácter general el alcance y fundamento del artículo 197 CP, sostiene que no concurren en el caso los requisitos para la consumación del tipo, aduciendo concretamente como razones de ello la aplicabilidad de la teoría de la intimidad compartida, el consentimiento en la grabación de las imágenes del denunciante y la falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo en la acusada.

El artículo 197 CP ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis CP de 1973, reformado por la LO 18/1994, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1.º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2.º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3.º, 1, del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste

una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aun sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal. En relación con el subtipo agravado del 1.º inciso del apartado 3.º (revelación, difusión o cesión a terceros), que es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, debemos señalar que tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aun cuando la primera suponga una mayor publicidad. El apartado 5.º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior. Las Sentencias de 14 de mayo de 2001 y 20 de junio de 2003 se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal –que es el bien jurídico protegido–, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española –derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen–, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado –art. 497–. Los elementos objetivos del artículo 197.1 se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: *a)* apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y *b)* la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones». Respecto al *iter criminis*, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1 se consuma con el apoderamiento, interceptación, etcétera, sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una

de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las Sentencias citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte, puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo. Como señala la STC 70/2002 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana», con cita de las SSTC precedentes, y ello así sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone el artículo 18 en sus apartados 3.º y 1.º CE, puesto que el objeto de la protección en el primero de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales, exponiendo que «quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea en su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE)». Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 CE, con el alcance penal tipificado en el artículo 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones.

La existencia o no del consentimiento del denunciante en la grabación puede considerarse un elemento subjetivo y como tal sujeto al juicio de valor de la Audiencia mediante las inferencias correspondientes. Lo que sucede es que la conclusión negativa sobre la existencia de dicho consentimiento es totalmente adecuada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho, de naturaleza objetiva y externa, tal como se reflejan en el *factum*, con independencia de la propia declaración del perjudicado.

De la misma forma debemos negar la falta del elemento subjetivo del tipo que exige el conocimiento y voluntad del empleo del modo comisivo desplegado con la finalidad descrita en el precepto, vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, que no es dependiente de un ulterior comportamiento. Al tratar el motivo referente al error volveremos sobre esta cuestión.

Tampoco es posible cuestionar error de subsunción alguno cuando la Audiencia aplica los supuestos agravatorios de los apartados 3.º y 5.º del artículo 197 CP, pues el

sustrato fáctico de los mismos se encuentra en el hecho probado, que es intangible en un motivo como el presente. Evidentemente existe cesión a terceros, mediante precio, y las imágenes contienen o revelan datos o aspectos de la vida sexual del denunciante, es decir, afectan al núcleo duro del derecho a la intimidad.

B) El duodécimo denuncia la aplicación indebida del supuesto agravatorio contenido en el apartado sexto del artículo 197 mencionado. Se refiere a la realización de los hechos con fines lucrativos, estableciéndose en este caso en su mitad superior las penas previstas conforme a los apartados 1.º al 4.º del precepto. Si además concurre la agravación del apartado 5.º (cuando los hechos afecten al núcleo duro de la intimidad), la pena sufre una exasperación al fijarse entre los cuatro y siete años.

Sostiene la recurrente que dicho apartado no es aplicable «porque no es posible acreditar que los hechos realizados por Marí Trini estaban conducidos por el ánimo de lucro. Más bien al contrario, se realiza con la intención de causarle una sorpresa agradable al señor Octavio, sin intención alguna de comercializarla». Estas alegaciones se dan de bruce con los hechos probados que comienzan por sentar precisamente que el coacusado Miguel Ángel propuso a la ahora recurrente «un negocio consistente para venderla a quien pudiera interesarle su difusión y así obtener un importante beneficio económico». Más adelante se afirma que los coacusados Bruno y Gaspar acudieron «al domicilio de la señora Marí Trini, que estaba con Miguel Ángel, les entregó 50 millones y ellos le entregaron el vídeo con una carta manuscrita de Marí Trini». A la vista de lo anterior no existe el error de subsunción que se denuncia, es más, ni siquiera la Audiencia ha debido acudir a la inferencia cuando los hechos así descritos han sido obtenidos mediante prueba directa (declaración de la propia acusada).

Esta figura agravada, con independencia de que pueda aludir o referirse principalmente al «mundo de la información ilegal», es también aplicable a los no profesionales cuando su conducta esté guiada por una finalidad lucrativa, es decir, obtener un beneficio, ganancia o utilidad evaluable económicamente. Su fundamento está en la mayor reprochabilidad de la acción en estos casos. Se trata, en síntesis, de una especial cualificación agravatoria del móvil del sujeto activo.

C) El motivo decimotercero denuncia la inaplicación del artículo 14 CP. Aduce que el Tribunal no ha tenido en cuenta el error de prohibición que concurre en la acusada y que la sentencia ha resuelto esta cuestión de modo defectuoso. Más adelante se refiere a la existencia de un claro error sobre la norma prohibitiva, error que califica de invencible. Por último se refiere a la posible existencia de consentimiento tácito del perjudicado.

El artículo 14 CP distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico, sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior, el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser invencible o vencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal, impunidad de la conducta, y en el segundo se impone una pena inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error,

sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (Sentencia de 28 de mayo de 2003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia. Es lo que sucede en el caso de autos, pues se trata de una grabación subrepticia, tal como se constata en el *factum*, que forma parte del plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo. La Sentencia de 10 de octubre de 2003 expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas, sino legos en esta materia, por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

El motivo se refiere también a la creencia de la acusada de un consentimiento tácito del perjudicado. La cuestión aquí se refiere a la concurrencia de una posible causa de justificación que puede ser considerada como error de prohibición indirecto o bien como un error de tipo sobre los presupuestos de una causa de justificación (puesto que ello es independiente del error sobre la licitud o ilicitud de la acción), es decir, el sujeto activo cree erróneamente que concurre la misma, el consentimiento tácito del perjudicado. Ahora bien, sólo es posible sustituir la falta de un consentimiento real cuando sea imposible obtener el mismo, lo cual evidentemente no sucede tampoco en el caso de autos. La acusada no puede pretender la existencia de un consentimiento tácito cuando ninguna circunstancia impedía la obtención directa del consentimiento real del sujeto pasivo.

(Sentencia de 10 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 248

### *Delito de estafa. La falsedad del cheque es un tipo independiente cuya realización concurre realmente con el de estafa*

3. Totalmente diversa es la situación en lo que concierne al delito del artículo 248 CP. La cuestión se basa más que en un problema de prueba, en un manifiesto error de concepto respecto del delito de estafa en el que incurrieron tanto el Fiscal como la Acusación Particular. La Audiencia, por su parte, omitió el procedimiento del artículo 733 LECrim.

En efecto, es necesario poner de manifiesto que la Audiencia se equivoca al considerar que el tipo penal de la estafa «se integra por el propio hecho falsario». No es así. La falsedad del cheque es un tipo independiente cuya realización concurre realmente con el de estafa. La simple lectura, sin más, del artículo 77 CP demuestra que una infracción debe ser medio necesario para cometer otra. Si no fuera así, la Audiencia debería haber aplicado el artículo 8 CP. La estafa es, a su vez, otro tipo independiente que requiere engaño, pero que no se integra con la falsedad, pues ésta no es el único modo típico para realizar la acción de engaño.

De esta falsa premisa la Audiencia parece haber deducido que, teniendo por probada la falsedad, era innecesario probar la concurrencia de los elementos de la estafa. Lo cierto es que en la causa hubieran existido elementos para aplicar al caso el artículo 252 CP, que ni el Fiscal ni la Acusación Particular acusaron y, que, en consecuencia, el Tribunal *a quo* no podía aplicar, como se dijo, sin recurrir al procedimiento del artículo 733 LECrim, al que no recurrió.

Pero, esta omisión de la Audiencia no puede ser cubierta aplicando el artículo 248.1 CP sin establecer legalmente los hechos que se subsumirían en el tipo penal de la estafa.

En efecto, el Tribunal a quo debería haber comprobado que el recurrente engañó con los cheques falsificados al sujeto que realizó la disposición patrimonial, que debe ser –como es claro– distinto del que engaña. Los elementos del tipo de la estafa surgen de la mera lectura del artículo 248.1 CP, que requiere producir error «en otro». La prueba de estos elementos no se ha expuesto en la sentencia. No se ha aclarado racionalmente si el acusado engañó a otro. Puede haber vendido o cedido los cheques a un comprador conocedor de la falsedad, y, por lo tanto, haber realizado quizá un acto de agotamiento de la apropiación indebida (no acusada). En ese supuesto no habría consumado la falsificación para cometer otro delito. En todo caso, se podría haber considerado la hipótesis de la participación en el delito ejecutado por otro, sobre la que sólo es posible conjeturar.

En el hecho probado lo único que se dice es que el acusado actuó «disponiendo de distintas cantidades de dinero, mediante la falsificación de la firma de los otros dos socios, en los cheques [...] con cargo a la cuenta bancaria de dicha sociedad, abierta en el Banco Central Hispano núm. [...], ascendiendo el total a la suma [...]». Aquí no aparece ningún segundo sujeto engañado, que haya dispuesto, por error, la suma perjudicial.

Por lo tanto, respecto del delito de estafa la Audiencia ha vulnerado manifiestamente el derecho del recurrente a la presunción de inocencia.

4. No obstante, la pena establecida por la Audiencia está casualmente dentro del límite que impone el artículo 74.1 CP, en relación al 392 CP y, consecuentemente no hay razón para modificar el fallo. Es decir, se trata de una pena justificada.

(Sentencia de 31 enero de 2005)

## ARTÍCULO 257

### *Alzamiento de bienes. Bien jurídico protegido. Elementos del tipo*

Efectivamente, en el artículo 519 del Código Penal derogado, que se aplica en la sentencia, se sancionaba al que se alzase con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Este delito «tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil y, de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio» (Sentencia de 27 de noviembre de 2001).

Tal como decíamos en la Sentencia de 15 de octubre de 2003, «... el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase

de ejecución, sino a la de agotamiento del delito. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado, como se recuerda en la Sentencia de 5 de julio de 2002, que uno de los elementos del delito es la producción de “un resultado no de lesión, sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo”. También hemos dicho que “el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son: 1.º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, 2.º) un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor, 3.º) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido, y 4.º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (numerosas sentencias de esta Sala, entre las últimas, las de 28 de septiembre y 26 de diciembre de 2000, de 31 de enero y 16 de mayo de 2001 y de 13 de marzo de 2002). Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes, dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (Sentencia de 31 de enero de 2003) que resulten accesibles a los acreedores, pues en ese caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores”».

Por lo tanto, para estimar la comisión de un delito de alzamiento de bienes, es preciso que el deudor haya actuado sobre sus bienes propios de forma que pueda entenderse que pretendió situarlos fuera del alcance de las acciones que corresponden a los acreedores para la efectividad de sus créditos, originándoles el correspondiente perjuicio en sus derechos. Bien porque resulte imposible hacerlos efectivos ante la inexistencia de bienes sobre los que dirigir la reclamación, o bien porque su actuación suponga una dificultad seria y relevante para ello. Consecuentemente, no existirá delito de alzamiento de bienes respecto de acreedores propios si los actos realizados por el acusado afectan solamente al patrimonio de terceros.

En el caso actual es preciso partir del relato fáctico. Se declara probado que el acusado recurrente, que había adquirido a la querellante sus participaciones sociales, el 50 por 100 de las totales, y no había satisfecho una gran parte del precio, procedió a resolver el contrato de arrendamiento del local del que era arrendataria la sociedad, renunciando a cualquier derecho, incluidas indemnizaciones. Sin perjuicio de que no se declaran probados los términos del contrato de arrendamiento, lo cual resultaría de interés para valorar su relevancia respecto del patrimonio de su titular, se trata de

derechos que correspondían a la sociedad como arrendataria, y no al acusado personalmente.

También se declara probado que, a través del propietario, encontró a otra persona que firmó un nuevo contrato de arrendamiento sobre el mismo local, como titular de la entidad Restauración González Vidal, a la que pasó con sus elementos el negocio tal y como venía funcionando, y que el acusado permaneció al frente de la explotación y fue nombrado administrador único de esta segunda entidad.

En realidad, por lo tanto, según el hecho probado el acusado no dispuso de bienes propios, sino de bienes o derechos de la sociedad, sin que se precise la repercusión que ello pudiera tener en su patrimonio.

Respecto de los elementos del negocio, que por otro lado no se describen en la sentencia sin que conste su estado o su valor o las cargas existentes sobre los mismos, se dice que pasaron a un tercero. Sin embargo, la propiedad de estos elementos, que originariamente parecía corresponder a la sociedad Pefli, aunque la sentencia no lo dice con claridad, o bien permaneció en dicha sociedad, o bien pasó al propietario del local en virtud de la mencionada resolución del contrato, pero en ningún momento se declara probado que su propietario viniera a ser la nueva entidad arrendataria, sin que conste que el acusado tuviera ninguna posibilidad real de acceso directo a la propiedad de los mismos.

El Tribunal de instancia razona que el acusado vació por completo el activo patrimonial de la mercantil con el consiguiente perjuicio para la querellante, «a quien de esa manera le impedía hacer efectivo el crédito que tenía contra ella», y añade más adelante que «la querellante era acreedora ante Pefli por una cantidad de 3.750.000 pesetas (importe de las cinco cambiales impagadas)», y que «en esta situación la querellante se queda sin posibilidad de encontrar el más mínimo activo patrimonial en Pefli sobre los que realizar su derecho de crédito». Tal forma de argumentar confunde los términos de la cuestión, pues la querellante no tenía ningún crédito contra la sociedad, sino contra el acusado, ya que tal como se dice en la sentencia fue éste, junto con otra persona, quien adquirió las participaciones sociales y, por lo tanto, quien estaba obligado al pago del precio. Por esa razón la disposición de bienes de la sociedad, cuya justificación o explicación pudiera deberse a causas variadas, no afectó a la solvencia aparente o real del acusado, que, como ya se ha dicho, respondía de sus deudas con sus propios bienes, según el artículo 1911 del Código Civil, y no con los bienes de la sociedad. Ni tampoco supuso, en principio, ningún perjuicio para el crédito de la querellante, pues en ningún caso podría dirigirse contra los bienes de la sociedad para hacerlo efectivo.

Tampoco puede entenderse que el patrimonio del acusado sufriera una disminución apreciable al disponer de bienes de la sociedad como lo hizo. El valor de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada se corresponde con el capital social (art. 5 LSRL) y éste debía estar completamente desembolsado por imperativo legal (art. 4 LSRL). Se ignora, pues no lo dice la sentencia, si el precio pactado en la compraventa se corresponde con el valor nominal de las participaciones sociales o es diferente, con lo cual no puede deducirse directamente de los hechos probados que el valor de aquéllas sufriera ninguna modificación por el hecho de la resolución del contrato de arrendamiento. Y de otro lado, la resolución de éste también supone la desaparición, al menos, de la correlativa obligación de pago de la renta a cargo de la sociedad. Y no consta en la sentencia que el negocio hasta entonces explotado tuviera beneficios para los socios.

Por otro lado, las participaciones sociales permanecieron en poder del acusado y, por lo tanto, al alcance de las acciones de reclamación de la querellante, y, además, según se argumenta en la sentencia, aquél «se aseguraba la continuidad en el negocio

a través de la pantalla que suponía la nueva sociedad Restauración González Vidal, obteniendo, de paso, las ventajitas o beneficios que de otra manera tendrían que haber ido a parar a Pefli». No deja de apreciarse que esta argumentación resulta un tanto contradictoria desde la perspectiva de las exigencias propias del delito de alzamiento de bienes, pues en caso de que tales beneficios no existieran la disposición de los bienes resultaría irrelevante al no afectar al patrimonio del deudor, y en caso de existir, al pasar al patrimonio del acusado, lo incrementarían de forma que ello facilitaría el cumplimiento de sus obligaciones.

De todo lo expuesto no se deduce que el acusado ocultara su patrimonio para hacer ineficaz o para dificultar seriamente las reclamaciones de la querellante, pues no sólo las participaciones de la sociedad continuaban en su poder, sino que, además, recibía los beneficios de la explotación, aun cuando fueran solamente en concepto de retribución como administrador, sobre los que, sin duda, podría dirigirse la reclamación de cantidad de la querellante a través de la vía procedente en derecho.

Por lo tanto, no se aprecia la existencia de un delito de alzamiento de bienes, lo que determina la estimación del motivo.

(Sentencia de 17 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 318 BIS

*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Existencia: favorecer, con ánimo de lucro y dentro de una red estable, jerarquizada y con distribución de papeles y apoyos en el exterior; el tráfico de extranjeros desde países del Este a España, privándoles de derechos fundamentales*

3. Por el cauce del artículo 849.1.º LECrim, Pedro Francisco denuncia la aplicación indebida del «artículo 318 bis, apartados 1, 2 y 5, del Código Penal. Mantiene que no concurre el tipo básico y concluye el desarrollo de esa causa de impugnación expresando que, «si no existe la concurrencia del tipo básico, no tiene sentido hablar de las modalidades agravadas, que parten de su existencia».

Pero en la sentencia consta la conducta atribuida a Pedro Francisco de favorecer, con ánimo de lucro y dentro de una red estable, jerarquizada y con distribución de papeles y apoyos en el exterior, el tráfico de extranjeros desde países del Este a España, donde quedan privados de derechos elementales al margen del ordenamiento jurídico. Y los hechos contenidos en la resolución de instancia deben ser mantenidos, como se ha visto anteriormente, y no pueden ser atacados dentro de la causa de impugnación que ahora examinamos.

Alega el recurrente que la circunstancia de que la entrada de los inmigrantes se hiciera por pasos fronterizos es contraria a entender que el trasiego de los inmigrantes se hiciera al margen de la normativa vigente. Pero ello no es así, porque, aparte de que el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo, la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, riesgo actuado en el presente caso; como pone detalladamente de relieve el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada (baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerles de

sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes).

La alusión que se hace en el recurso a la falta de especificaciones relativas a las relaciones laborales no es cierta, pero, aunque lo fuera, hemos de tener presente que el tipo delictivo que a Pedro Francisco le es imputado no es el previsto en el artículo 312 CP. Tampoco procede traer a colación el hoy suprimido número 6.º del artículo 515 CP, pues no se trata de mera pertenencia a una organización, sino que, dentro de ella, el acusado ha llevado a cabo actos de explotación de la inmigración ilegal.

(Sentencia de 20 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 301

*Delito de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico. Dolo. Indicios que constituyen la prueba de cargo que de ordinario es la que existe en delitos de blanqueo de dinero*

Primero.— La Sentencia de 8 de mayo de 2003 de la Sección VI de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en la Ciudad Autónoma de Ceuta, condenó a Juan María como autor de un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico de los artículos 301 y 302 del Código Penal a la pena de cuatro años, siete meses y quince días de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que el condenado, conociendo que el origen del dinero procedía del tráfico de drogas, compró entre los años 2001 y 2003 cuatro embarcaciones identificadas en el *factum*, así como un Volkswagen Polo, todo ello por importe de 125.381 euros, careciendo, por otra parte, dicha persona de ingresos suficientes y bastantes.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado, que lo desarrolla a través de tres motivos que serán seguida y separadamente estudiados.

Segundo.— El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, estima que la prueba indiciaria tenida en cuenta en la sentencia es manifiestamente insuficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia para el dictado de la sentencia condenatoria e interdicción de toda arbitrariedad.

En la argumentación, tras recoger la doctrina de esta Sala en relación al delito de blanqueo de dinero, critica la sentencia porque en ella no se especifica con claridad y contundencia que el condenado supiese que el dinero que se le facilitó para la compra de las cuatro embarcaciones y el vehículo procediese del negocio del tráfico de drogas, y que en definitiva el Tribunal no da por probado tal conocimiento, sino que en el *factum* hace descansar tal afirmación en la investigación policial, pero sin tenerlo como propio, es decir, sin que se especifique en el *factum* un juicio de certeza del Tribunal en tal sentido, por todo ello estima indebidamente aplicados los artículos 301 y 302 del Código Penal. Retomando las reflexiones contenidas en la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2000, que se cita en el motivo, hay que recordar que en relación al delito de blanqueo de dinero «... lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias y que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia, entre las que deben citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se deriven, las que se encuentran en íntima unión con él, como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988...».

Es preciso reiterar, una vez más, que la prueba indiciaria es prueba apta para integrar la prueba de cargo suficiente capaz de provocar el derecho a la presunción de inocencia y de justificar el dictado de una sentencia condenatoria.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, y lo mismo puede decirse de esta Sala de casación a partir de la Sentencia de 14 de octubre de 1986. Fecha ciertamente algo tardía por referencia a otros órdenes jurisdiccionales –así en la Sala Primera de lo Civil es a partir de la Sentencia de 29 de enero de 1965 cuando se estudia y admite la prueba de indicios en multitud de ocasiones.–Por lo que se refiere a esta Sala Segunda, en más de un centenar de Sentencias sólo en el año 2004 se ha estudiado la prueba de indicios –entre las últimas, la Sentencia de 11 de noviembre de 2004–. Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya desde la Sentencia de 18 de enero de 1978 –*Irlanda vs. Gran Bretaña*– declaró que «... a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo, tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...», doctrina que se ha reiterado en otras resoluciones, entre las que se pueden citar las SSTEDH de 27 de junio de 2000 –*Salman vs. Turquía*–; de 10 de abril de 2001 –*Tamli vs. Turquía*–; y de 8 de abril de 2004 –*Tahsin vs. Turquía*–.

Por ello, de una vez por todas, es preciso contar con la prueba indiciaria sin desconfianzas ni complejos.

Existen dos fuentes de conocimiento empírico de los hechos pasados: la prueba directa y la prueba de indicios o indirecta, en plano de igualdad, por ello, la prueba indiciaria no es una prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria. Es la única prueba disponible –prueba necesaria– para acreditar hechos internos de la mayor importancia como la prueba del dolo en su doble acepción de «prueba del conocimiento» y «prueba de la intención».

Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más porque el plus de motivación que exige para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho-base acreditado, al hecho-consecuencia, actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal *a quo* cuando el Tribunal Superior conoce del tema vía recurso, con lo que hay un mejor y más acabado control de la interdicción de la arbitrariedad, que en relación a la prueba directa, la que por mor de la inmediatez se convierte en prueba de imposible fiscalización por quien no hubiera presenciado el juicio o incluso en una excusa o coartada para eximirse del deber de motivar o reducirlo a una entidad puramente formal, ello sin contar con los problemas de todo tipo que plantea la aprehensión de la realidad y la transmisión y exteriorización de ese conocimiento por el testigo, como se pone de relieve por parte de los especialistas en psicología del testimonio, y que pueden provocar errores judiciales.

Entrando en las denuncias efectuadas en el motivo, basta leer la sentencia para comprobar que el Tribunal, en base a la prueba de cargo existente, no actuó como notario que recoge las afirmaciones de otros –en este caso de la policía–, sino que asumió como juicio de certeza propio que el recurrente conocía que el dinero procedía de las ventas de droga y ello a la vista de la pluralidad de indicios estudiados en detalle en el fundamento jurídico primero, indicios que constituyen la prueba de cargo que de ordinario es la que existe en delitos de blanqueo de dinero. Tales indicios fueron:

- a) Incremento inusual del patrimonio del recurrente que adquirió cuatro embarcaciones y un turismo en un par de años.
- b) Ausencia de fuentes de ingresos de procedencia lícita y conocida que pudiera justificar disponer de la fuerte cantidad de dinero que se precisó para la adquisición.

sición de tales vehículos –125.383,93 euros–. Al folio 44 consta en su declaración que es fontanero, pero que no trabaja ni cobra compensación económica alguna.

c) El tratarse en dos de las embarcaciones, de las que pueden desarrollar alta velocidad, lo que las hace idóneas para transportar droga entre Ceuta y la Península. En tal sentido, la posesión de tales embarcaciones en la ciudad autónoma de Ceuta, como bien se razona en la sentencia de instancia, resulta muy significativa de su más que probable destino para el narcotráfico, y no a otros fines como la pesca o el recreo que dijo el recurrente.

d) La ausencia de toda explicación por parte del recurrente sobre tales adquisiciones y el destino que pensaba darles. No se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibles manifestación de inversión de la carga de la prueba. Más limitadamente, lo que está diciendo, que ante la existencia de prueba de cargo vía indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminase o disminuyera la naturaleza incriminatoria de aquellos indicios, y en esta dialéctica el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de aquellos indicios. En definitiva, la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible y así debe calificarse la «explicación» que dio en el Plenario «... el dinero se lo dieron unas personas de Marruecos ellos no poder adquirirla...», justificando esta insólita colaboración por la necesidad de disponer de dinero para satisfacer su toxicofilia, y que le dieron por el «servicio» 100.000 pesetas.

e) Como cuarto indicio se tuvo en cuenta en la sentencia de instancia un dato de extraordinaria relevancia para situar el blanqueo de dinero en el subtipo más grave de blanqueo de dinero procedente de droga –art. 301.1.º, párrafo segundo–. En efecto, la conexión del delito de blanqueo derivado de un delito inicial de tráfico de droga exige también la oportuna probanza que, de ordinario, será prueba indiciaria, y la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo como elemento indiciario acreditativo del conocimiento por parte del autor de este origen del dinero, la existencia de algún vínculo o conexión entre el autor del blanqueo y el tráfico de drogas.

En el caso de autos la sentencia sometida al presente control casacional se refiere a que el recurrente ya fue condenado anteriormente como autor de un delito de tráfico de droga en Sentencia firme de 14 de mayo de 1991. Analizaremos con más detenimiento esta cuestión en el motivo siguiente.

En definitiva, como resultado de todo el examen efectuado, podemos afirmar que la denuncia que se efectúa sobre la falta de consistencia de los indicios para soportar y justificar el dictado de una sentencia condenatoria no es tal. Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta por varios hechos-base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso que en una valoración conjunta permitieron al Tribunal sentenciador construir el juicio de inferencia y llegar al hecho-consecuencia que se quería acreditar, y que se describió en el *factum* como juicio de certeza alcanzado por el Tribunal.

No se está ante insuficiencia probatoria alguna como se dice en el motivo, antes bien, la conclusión surge de forma natural del encadenamiento de los indicios analizados fruto de un juicio inductivo totalmente acorde con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, por lo que con toda claridad se está extramuros de toda decisión arbitraria o infundada.

El motivo debe ser rechazado.

Tercero.–El segundo motivo, por igual cauce que el anterior, vuelve a plantear las mismas cuestiones, sólo que ahora desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y motivación de la resolución.

Se trata de un motivo de naturaleza subsidiaria respecto del anterior; en realidad, dada la identidad de cuestiones, su desestimación se impone por aplicación de los

razonamientos expuestos en el anterior motivo, que, en lo necesario, se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

No obstante, nos centramos en la cuestión de la prueba del conocimiento del origen del dinero como procedente del tráfico de drogas.

De entrada debemos recordar que el tipo básico de blanqueo sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero. El tipo agravado por el que ha sido condenado el recurrente supone el conocimiento de que la procedencia del dinero lo es del tráfico de drogas.

La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que, dada su estructura interna, sólo podría verificarse –salvo improbable confesión– por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse «el mundo de la droga».

Esta doctrina se origina en la Sentencia de 23 de mayo de 1997, y se reitera en las de 15 de abril de 1998, de 10 de enero de 2000, de 18 de diciembre de 2001, de 5 y 10 de febrero de 2003, de 22 de julio de 2003 y de 29 de noviembre de 2003, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso, como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero, no obstante, presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en Sentencias de 10 de enero de 2000, de 16 de mayo de 2002, de 17 de febrero, de 20 de marzo, de 30 de abril o de 29 de mayo de 2003.

En tal situación, debemos concluir, en relación al recurrente, que frente a lo que se argumenta en el motivo en el sentido de la sola realidad del antecedente penal por tráfico de drogas no es por sí sólo suficiente para dar por cierto que el recurrente conocía que el delito de referencia del que procedían los capitales era tráfico de drogas, hay que añadir que no sólo se cuenta con ese dato –de singular potencia acreditativa–, sino que además hay que añadir otros datos: *a)* que el dinero se lo facilitaron unos ciudadanos de Marruecos, *b)* que la excusa que facilitaron de que ellos no podían adquirirlos por sí mismos es de extrema debilidad, *c)* que no facilitó la identidad de tales personas, lo que *d)* unido a la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de droga, y *e)* la propia situación de adicto al consumo de drogas del recurrente, todo este cúmulo de detalles le sitúa intramuros de ese «mundo de la droga» según la sentencia, lo que en este control casacional aparece como de extraordinaria razonabilidad y en modo alguno se trata de conclusión arbitraria o infundada.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 368

### *Tráfico de drogas. Principio de insignificancia en relación a la heroína*

Segundo.–El segundo motivo, por la vía del *error iuris* del artículo 849 LECrim, alega que, dada la escasa cuantía de la droga ocupada –0,923 gramos, con una pureza

del 11,5 por 100, equivalente a 106 miligramos netos de heroína– y de acuerdo con el principio de mínima insignificancia, procedería la absolución.

Esta Sala tiene ya una doctrina consolidada en relación al principio de insignificancia que en relación a la heroína se sitúa en aprehensiones entre 0,66 miligramos y un miligramo –entre otras, Sentencia de 29 de noviembre de 2004 y las citadas en ellas–.

En el caso de autos la droga ocupada excede con mucho de ese tipo, y además su vocación al tráfico está claramente evidenciada con dos datos: a) la presentación de la droga en seis envoltorios, aptos para la venta «al menudeo» y b) la propia declaración del recurrente que reconoció en fase judicial –en el Plenario no declaró– que no era consumidor de heroína.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

*Tráfico de drogas. La prueba de cargo puede ser directa, indirecta o circunstancial. Requisitos que deben concurrir para que esta clase de prueba circunstancial goce de aptitud para considerarse prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia*

Segundo.–Contra esta sentencia condenatoria se alza en casación la acusada Paula, formulando un primer motivo al amparo del artículo 5.4 LOPJ en el que denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 CE, alegando «inexistencia de prueba de cargo suficiente para enervarla», porque, según sostiene en el desarrollo del motivo, la condena de la recurrente se fundamenta en una prueba indiciaria en la que los indicios manejados por el Tribunal no resultan unívocos ni tampoco netamente acusatorios; y que el razonamiento seguido por la Audiencia para condenarla presenta graves quiebras y deficiencias, hasta el punto que podemos considerarlo irrazonable e insuficiente.

Tiene declarado reiteradamente esta Sala que la presunción de inocencia que ampara a toda persona acusada de un ilícito de cualquier naturaleza despliega sus efectos en el ámbito material de aquél, es decir, en la realidad de los hechos imputados y en la participación en éstos del acusado, que únicamente podrán considerarse acreditados mediante una prueba de claro sentido incriminatorio, válidamente obtenida y racionalmente valorada.

También hemos dicho infinidad de veces que esa prueba de cargo tanto puede ser directa como indirecta o circunstancial, dado que en multitud de ocasiones los hechos delictivos y la intervención en ellos del acusado no pueden establecerse por prueba directa (testigo presencial o confesión, ordinariamente), lo que supondría la impunidad de muchos y graves delitos.

Del mismo modo, cuando se trata de acreditar la concurrencia del elemento subjetivo, lo que el acusado pretende, conoce, o proyecta, al ser factores que no trascienden directamente al mundo exterior y, por ende, no pueden percibirse por las facultades sensoriales de un tercero, sólo pueden determinarse judicialmente mediante prueba indirecta o indiciaria, si bien, en estos casos, será necesario extremar la prudencia y el rigor analítico a fin de evitar en lo posible conclusiones equivocadas. Por ello mismo, inveteradamente, hemos dejado marcados los requisitos que deben concurrir para que esta clase de prueba circunstancial goce de aptitud para considerarse prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia.

Requisitos que son los que –de consuno– se recogen en la sentencia impugnada y en el motivo de casación:

A) Que los indicios estén plenamente acreditados y que además sean plurales, o excepcionalmente sean únicos, pero de una singular potencia acreditativa; sean concomitantes al hecho que se trate de probar y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí.

B) Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sin que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

C) Que la sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

Tercero.–En el supuesto enjuiciado, la AP ha formado su convicción de la conjunta posesión por los dos acusados de la droga y el destino al tráfico de ésta en base a la prueba indiciaria, que ha sido valorada de acuerdo a los mencionados requisitos, llegando, a través del análisis de los hechos-indicios plurales, probados e interrelacionados entre sí, al hecho-consecuencia mediante un proceso intelectual exteriorizado en la sentencia efectuado con plena observancia de las reglas de la lógica, de la razón y de la experiencia en esta clase de actividades que excluyen otra alternativa o cualquier duda razonable, por más que el recurrente disienta, desde su personal perspectiva de parte acusada, de tal resultado valorativo.

No de otra manera pueden interpretarse el conjunto de datos indiciarios, que la sentencia desgrana como presupuestos fácticos del juicio de inferencia: la policía monta un dispositivo de vigilancia ante las denuncias de que en el vehículo propiedad de la acusada se realizan actos de venta, observando durante varios días que efectivamente la acusada se sitúa en el interior del mismo, sin que se observe que circula, sino encontrándose detenida, concretamente el día de los hechos frente a su domicilio, igualmente se observa que al menos dos personas se acercan al vehículo e introducen en el interior de la ventanilla la cabeza y alargan la mano, si bien por encontrarse la policía a unos 100 metros no pueden distinguir qué se intercambian, presumiendo que es droga, que ante dicha sospecha se acercan al vehículo, tomando el acusado la actitud de darse a la fuga y cuando es detenido intenta tragarse papelinas de rebujo y al ser impedido caen al suelo, resultando ser 10 papelinas, encontrándose en el cacheo escondida entre las ropas otra más, que las mismas tienen un peso de 0,708 gramos dispuestas para la venta, cantidad que excede del consumo diario, pues, aunque ambos acusados reconocen que son consumidores habituales, a ninguno se le conocen ingresos que justifiquen la posibilidad de adquirir diariamente las dos o tres papelinas que señalan consumen, lo que exige unos ingresos constantes y de cierto volumen y aún menos el acopio de la droga para varios días. Por último, la tenencia de dinero es otro indicio de que puede ser producto de la droga, constando que en anterior intervención, que fue sobreseída, se le encontró a la acusada una bolsa con gran cantidad de dinero, y si bien ello no es objeto de enjuiciamiento sí es un indicio a tener en cuenta cuando reconoció en el juicio que no trabaja y no explica cómo obtiene dinero para adquirir la droga que diariamente señala que necesita, por último la actitud que ambos acusados adoptan al ser sorprendidos, así uno intenta fugarse y tragarse las papelinas y la acusada, aprovechando que la policía está intentando detener al acusado, se esconde sin ni siquiera recoger las llaves de su

vehículo, no siendo contra indicio suficiente que con posterioridad se persona en comisaría para recogerla, pues pensaría que, puesto que a ella no se le encontró droga, ya que ni siquiera fue cacheada, no se le podría considerar coautora; de donde por un proceso lógico de deducción tras apreciar los indicios expuestos se ha de llegar a la convicción de que la droga incautada estaba preordenada al tráfico.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 26 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 417.2

*Violación de secretos: datos de personas y empresas con altas y bajas a la Seguridad Social, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales. El responsable del manejo del sistema informático tiene la obligación de conservarlos y resguardarlos de cualquier petición que no proceda de los organismos a los que legalmente le deban ser facilitados*

Cuarto.—El motivo cuarto y los siguientes hasta agotarlos se canalizan todos ellos por la vía del artículo 849.1 de la LECrim y plantean diversas alternativas sobre la calificación jurídica de los hechos probados y la consideración del recurrente como autor de los mismos.

1. La denuncia se refiere no sólo a la autoría, sino a la inclusión de los hechos en los artículos 417.2 y 423.1, ofreciendo, como alternativa, la aplicación del artículo 423.1 en relación con el artículo 420 del Código Penal, para terminar solicitando que se corrija la pena de multa que se ha aplicado en función del artículo 419 del Código Penal.

2. El motivo cuarto parte de un presupuesto que ha sido rechazado, como es el de la modificación del hecho probado. No obstante y con carácter subsidiario, en los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo entra en el fondo de la cuestión a partir del respeto a la realidad de los datos fácticos de la sentencia.

3. Denuncia, en primer lugar, la aplicación indebida del artículo 417.2 del Código Penal y para ello se basa en que la sentencia solamente dice que el copartícipe funcionario se limitaba a facilitar al recurrente datos de personas y empresas sin establecer qué tipo de datos, por lo que no es posible, en su opinión, incluir los hechos en el artículo 417, al no poder afirmarse que los datos facilitados fuesen secretos o que el responsable del archivo público los hubiera conocido por razón de su oficio o cargo. Asimismo, tampoco consta que no debieran ser divulgados.

4. Esta tesis supone un fraccionamiento del hecho probado, ya que existe una clara referencia a la naturaleza de los datos cuya custodia correspondía al funcionario. Se trataba de datos de personas y empresas con altas y bajas a la Seguridad Social, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales, categoría profesional y todos aquellos almacenados en el sistema informático de la Seguridad Social.

Diffícilmente se puede sostener que estos datos no son confidenciales y reservados. Por imperativo legal el responsable del manejo del sistema informático tiene la obligación de conservarlos y resguardarlos de cualquier petición que no proceda de los organismos a los que legalmente le deban ser facilitados. Por ello, la aplicación del artículo 417 no sólo es correcta, sino que incluso podrían haber merecido una calificación más severa.

5. No procede la aplicación del artículo 418, porque presenta una estructura totalmente distinta y además solamente contempla la acción del particular, que se limita, sin más connotaciones, a aprovecharse de los datos secretos o de información privilegiada. Aunque necesita el concurso del funcionario público, la actividad principal corresponde al particular. Es cierto que el particular consigue un efecto similar al del delito de revelación de secretos cometido por funcionario público o autoridad y previsto en el artículo 417, hasta tal punto que ha sido calificado por la doctrina como el reverso del tipo penal del funcionario que actúa en el ámbito del artículo 418. Realmente la conducta solamente sería impune si el particular se limita a recibir u obtener la información para sí mismo sin hacer uso de ella. En todos los demás casos el daño para el bien jurídico protegido es evidente y la norma prioritaria es la del artículo 417 del Código Penal.

6. El motivo séptimo denuncia la incorrecta aplicación de los preceptos anteriores y solicita que se le aplique el artículo 423.1 en relación con el artículo 420 del texto legal.

Las cuestiones suscitadas ponen de relieve la incompleta, anticuada y burocrática regulación de los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos que se lucran ilícitamente en el ejercicio de su cargo.

No se comprende cómo en la redacción del Código Penal de 1995 y en las modificaciones posteriores no se ha corregido este arcaísmo y se valora adecuadamente el peligro que suponen para el funcionamiento de la causa pública las conductas de corrupción que afectan a los funcionarios, tanto si se trata de un acto espontáneo de éstos como si el funcionario, quebrantando su deber de cumplir fielmente con la sociedad y la administración, decide acceder a las ofertas, casi siempre económicas y en elevada cuantía que realiza el particular, que antaño era normalmente una persona física y que ahora, frecuentemente, es una persona jurídica que actúa por medio de sus representantes.

Las penas resultan absolutamente simbólicas y alejadas de las preocupaciones que rigen en este momento en el seno de la Unión Europea respecto de los fraudes o gestiones indebidas de los fondos y, sobre todo, de la utilización de la corrupción como instrumento para obtener unos privilegios ilegales en el mercado y, al mismo tiempo, de enriquecerse en cantidades importantes. No comprendemos cómo el legislador ha sido sensible a las indicaciones para castigar las actuaciones dirigidas a corromper a funcionarios extranjeros y no ha reaccionado, en la misma medida, cuando se trata de actuaciones que afectan directamente a los intereses nacionales.

7. El recurrente, según el hecho probado, sabía perfectamente las actividades delictivas que estaban desarrollando el funcionario encargado de los datos de la Seguridad Social y de los sobornos que estaba pagando su hermano. Cuando en el mes de septiembre de 1999 conoce personalmente al funcionario, toma una decisión que se integra en la actividad típica. Por su propia voluntad solicita que, también a él, le facilite los datos de personas y empresas. Esta petición fue atendida recibiendo los datos bien directamente o bien a través de su hermano.

El hecho probado, por tanto, reúne los mismos requisitos que se contienen en el artículo 417 y que también fueron aplicados al otro acusado.

8. La pretensión de aplicar el artículo 423 a los particulares que actúan corrompiendo a autoridades o funcionarios públicos en aquellos casos en que se trate de funcionarios ya corrompidos no tiene justificación alguna, ya que, como hemos dicho, la conducta realizada se integra de lleno en el artículo 417 y la pena correspondiente es la que allí se establece. Su extensión se determinará, combinando el artículo 417 con el artículo 419.

9. En relación con el principio *non bis in idem* que también esgrime el recurrente de forma indirecta, debemos decir que no existe aplicación del mismo, pues el delito se consuma desde que el particular, en este caso el recurrente, hace efectivo el soborno para que el acusado ejecute el hecho delictivo, pero, si además, como sucede en el caso presente, es el inductor, se le debe exigir una mayor responsabilidad.

10. En relación con la pena de multa considera que no se ha tenido en cuenta el artículo 419 del Código Penal que contempla una pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva.

La Sentencia condena al recurrente a una pena de multa de cinco millones de pesetas y a continuación realiza una serie de cálculos tomando como base los datos que facilita el hecho probado. Partiendo del mismo, debemos tener en cuenta que se le atribuye pagar entre 15.000 y 17.000 pesetas por los datos de cada persona, y que éstos fueron facilitados durante diez o doce meses. Realizando el cálculo sobre el número de datos que facilitaba mensualmente (entre diez y doce) hasta febrero de 2000, nos encontramos con que, tomando la versión más favorable al acusado, la cuantía máxima sería de 900.000 pesetas en total.

Por ello, el tanto de la multa arrancarían en 900.000 pesetas y el triple máximo sería de 2.700.000 pesetas. Estimando la gravedad de la conducta que supone utilizar datos de carácter personal estrictamente confidenciales y sólo necesarios para el uso de los servicios públicos y los efectos que ello produce sobre la degradación de la función pública con el subsiguiente efecto de pérdida de confianza de los ciudadanos en facilitar los datos personales que la Ley promete usar exclusivamente para los usos previstos en la misma, procede fijar la pena de multa en su grado máximo, es decir, en 2.700.000 pesetas.

Por todo lo expuesto se desestiman la totalidad de los motivos, salvo este último aspecto parcial al que nos acabamos de referir.

(Sentencia de 7 de diciembre de 2004)

## ARTÍCULO 435.3

### *Delito de malversación impropia: elementos configuradores del tipo. Compatibilidad con el delito de alzamiento de bienes*

Tercero.—Analizaremos ahora los dos primeros motivos, formalizados por estricta infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la perspectiva de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Por el primer motivo se alega que el recurrente no puede ser condenado por un delito de malversación (denominada impropia) del artículo 435.3.º en relación con el artículo 432.1.º del Código Penal, al tratarse lo firmado por aquél de una diligencia impresa, en donde no ha sido advertido expresamente de sus consecuencias punitivas, en caso de quebrantar el depósito constituido en su persona.

Los elementos básicos de la figura delictiva de malversación impropia pueden sintetizarse en los siguientes: *a)* que exista un procedimiento judicial o administrativo; *b)* que en el mismo se haya acordado por autoridad competente el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica; *c)* que se constituya depósito de bienes en legal forma, entregándose su posesión al depositario, que asume por esta vía el ejercicio de funciones públicas; *d)* que el depositario haya aceptado

en forma su cometido tras ser debidamente informado tanto de los deberes que su compromiso conlleva, como de las responsabilidades en que puede incurrir; e) que el depositario realice un acto de disposición de los artículos 432-434 CP.

Pues bien, como ha declarado la doctrina de esta Sala (por todas STS de 18 de noviembre de 1998, que cita, entre otras, las de 30 de abril de 1993, de 14 de febrero de 1994, de 26 de mayo de 1995 y de 3 de octubre de 1996), el delito de malversación impropia, tipificado en el artículo 435 CP, se trata de un tipo delictivo construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público, y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares. Precisamente porque ésta es la base del injusto típico, la interpretación que debe hacerse de los actos de la autoridad que perfeccionan la ficción debe ser muy rigurosa. La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su *status* personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos.

En esa misma línea, la Sentencia de esta Sala de 27 de abril de 1999 declara que sobre esta doble ficción se han establecido unos requisitos del tipo penal, destacando, entre ellos, la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente, a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes.

En el caso enjuiciado, la diligencia de embargo, si bien se extendió por medio de un impreso, es lo cierto que en ella el depositario acepta el cargo, jura o promete desempeñarlo con arreglo a la ley, después de ser enterado de las responsabilidades en que incurriría de no verificarlo. Este último apartado, información de responsabilidades, debe ser estudiado en combinación con la doctrina del error de prohibición. El recurrente sostiene que desconocía tales obligaciones, pero constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley (Sentencia de 28 de octubre de 2003, dictada a propósito de un caso de malversación impropia). Claramente, la diligencia indica que fue informado (y quedó «enterado») de tales responsabilidades, por lo demás de todos conocidas, y máxime de quien se encuentra ejerciendo el comercio o la industria, pues parece evidente que los bienes embargados a resultas de un procedimiento judicial para el pago de una deuda no pueden enajenarse sin hacer constar la traba, por estar afectos a dicho destino. Repetimos, esto es algo que conoce cualquiera, y máxime cuando, como declara nuestra jurisprudencia, debe constar en la diligencia una información acerca de las consecuencias negativas de su incumplimiento, pero sin que sea necesario que en la misma se tenga que hacer

reseña de los concretos preceptos del Código Penal en donde se sanciona tal conducta, que habrá sido objeto de lectura por parte del destinatario de la misma y depositario de los bienes, y en el caso, firmó el «enterado».

No se ha planteado por el recurrente la naturaleza inmobiliaria de los bienes, en cuanto que el delito de malversación se ha venido considerando como una apropiación indebida agravada por la naturaleza de los bienes y la condición pública del culpable, pero aparte de no especificar el tipo aplicable (art. 432 del Código Penal) la naturaleza de los caudales o efectos, es lo cierto que el artículo 252 del mismo Código, al introducir la mención «activo patrimonial», ensancha considerablemente las posibilidades interpretativas de los bienes apropiados.

Distinto problema es el de la compatibilidad de este delito con el de alzamiento de bienes, que en el supuesto enjuiciado es subsiguiente (dos días después, con venta en escritura pública), suscitado en el segundo motivo, de modo tangencial, máxime cuando el ahora recurrente no ha intervenido en el documento público, sino que lo hizo el administrador legal de la sociedad (Juan Francisco) y el cooperador necesario (Cornelio).

La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del artículo 399 del Código Penal de 1973 (hoy, 435). Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo. La desaparición de los bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el principio *non bis in idem* (Sentencia de 24 de junio de 1997). En esta línea, procede señalar que el artículo 432.1 del Código Penal, que es el tipo referencial de la malversación impropia, a los efectos enjuiciados, contiene en su nomenclatura legal no solamente la expresión «sustra- jere», sino también la mención «o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sus- traiga», que es precisamente la conducta delictiva que ha sucedido, con la venta operada por los aludidos acusados, terceros al ahora recurrente, consistente en hacer desaparecer, con su consentimiento, el bien del activo patrimonial del deudor, a los efectos de perjudicar a los acreedores.

De ahí que este segundo reproche casacional tiene que ser estimado, y absolver a José Francisco del delito de alzamiento de bienes por el que también ha sido conde- nado, manteniendo, sin embargo, la condena por delito de malversación impropia.

(Sentencia de 4 de enero de 2005)

## ARTÍCULO 617.1

*Falta de lesiones: inexistencia. Contusiones en cuello y mentón y mor- dedura en la mejilla, consecuencia de una práctica sexual quizá demasiado «fogosa»*

Primero.—El acusado fue absuelto de un delito de agresión sexual y de una falta de lesiones de las que era acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. En el hecho probado se describe una relación sexual consentida, y unas lesiones con

las que resultó la mujer «como parte de la práctica amoratoria» en el curso de dicha relación, consistentes en contusión en cuero cabelludo en zona temporal derecha; herida en región de la mejilla derecha con características de mordedura y contusión en región mentoniana. El Tribunal ha entendido que no consta que la mujer se opusiera a la relación sexual ni que el acusado tuviera intención de lesionarla.

Contra la sentencia interpone recurso la acusación particular, formalizando dos motivos, ambos impugnados por el Ministerio Fiscal.

En el primero de ellos denuncia, como infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim, la indebida inaplicación del artículo 617.1 del Código Penal, pues entiende que en el relato fáctico se describen las lesiones y que aunque no existiera dolo directo ha de apreciarse al menos el dolo eventual.

Tanto para el delito como para la falta de lesiones es preciso un elemento objetivo consistente en el resultado lesivo, que ha de reunir en cada caso los requisitos que se desprenden de la descripción del tipo en los artículos del Código Penal que regulan el delito y la falta, y que no es preciso reproducir aquí dados los términos del motivo.

Y además es preciso un elemento subjetivo constituido por el dolo. La Audiencia Provincial dice en la sentencia impugnada que debe absolverse por las lesiones, ya que no consta probado que «hubieren sido causadas a propósito por el acusado».

La Sala no comparte en su integridad este criterio, pues nuestra jurisprudencia ha establecido que en estas infracciones penales es suficiente el dolo eventual. El dolo directo existe cuando el autor encamina su acción directamente a la consecución del resultado típico. Se habla entonces de intención, y a ello parece referirse la Audiencia en la sentencia impugnada al decir «causadas a propósito».

Hemos entendido que existe dolo eventual cuando el autor conoce que con su acción crea un peligro no permitido y cercano para el bien jurídico protegido, y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque el resultado le sea indiferente o bien porque, considerándolo probable, lo acepta, aun cuando no lo pretendiera directamente. La intención no va entonces referida al resultado, sino a la conducta, y a aquélla se une la aceptación del resultado probable o la indiferencia sobre su producción, de modo que éste se imputa a título de dolo eventual. Sus consecuencias penológicas no lo distinguen del dolo directo en nuestro Derecho penal actual, aunque en algún momento anterior la atenuante de preterintencionalidad permitió ajustar la respuesta penal a estos casos. En la actualidad es preciso tener en cuenta las reglas del Código Penal relativas a la individualización de la pena.

En el delito o falta de lesiones, por lo tanto, será preciso que las circunstancias del hecho permitan afirmar, desde un punto de vista externo en el que han de tenerse en cuenta elementos objetivos y también el plan del autor, que éste quería directamente causar una lesión o, al menos, que tuvo que ser consciente del peligro cercano y no permitido que originaba para la integridad física o psíquica de la víctima y que a pesar de ello ejecutó su conducta.

En la sentencia impugnada no se describen de forma pormenorizada las acciones que causaron las lesiones a la recurrente. La descripción resulta muy escueta, pero permite excluir que el empleo de cualquier clase de violencia fuera orientado a la finalidad de conseguir doblegar la negativa y la resistencia de la víctima, pues en este caso el Tribunal no consideró que tal negativa y tal resistencia hubieran quedado probadas. La ausencia de una descripción detallada de la acción impide ahora obtener, basándonos en la forma de ejecución, otras conclusiones contrarias a las alcanzadas por el Tribunal.

Solamente se dice que se atribuyen a la «práctica amoratoria». Y sus características no son incompatibles con un episodio sexual acompañado de una cierta violencia que,

en principio y dados los términos del hecho probado, no está orientada a causar lesión.

Si se considera, como se dice en la sentencia, que las lesiones tienen su origen en acciones realizadas como una parte de la práctica sexual o como actos acompañantes de la misma, no es posible afirmar, sin la concurrencia de otros elementos que lo avalen, que tales acciones estuvieran directamente dirigidas a causar un menoscabo en la integridad física de la mujer, aun con su consentimiento, o que el acusado contemplara tal posibilidad, pues esta conclusión no puede extraerse de unos hechos cuyas particularidades no se describen en el hecho probado.

Por lo tanto, no podemos afirmar la existencia de dolo eventual, ya que de las circunstancias del hecho no se extrae razonablemente que el autor tuvo que considerar que su acción generaba un peligro prohibido cercano para la integridad física de la mujer y que a pesar de ello continuó la ejecución. Los detalles de tales circunstancias son desconocidas en el caso actual.

Restaría considerar si es posible apreciar la ejecución de una conducta imprudente. Pero para ello sería necesario apreciar una falta de atención a las exigencias impuestas por el deber de cuidado, y eso tampoco lo permite la escueta descripción de la conducta del autor.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 2 de diciembre de 2004)

