

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULOS 28 Y 29

### *Distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Teorías del dominio del hecho y la relevancia de la aportación. Participación en un delito de secuestro*

Como dice nuestra Sentencia de 6 de junio de 2005, tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (Sentencia de 24 de abril de 2000). De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior.

Para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, las teorías que se mantienen son la del dominio del hecho y la relevancia de la aportación. La jurisprudencia, aun con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última. En efecto, el Código Penal parece haber distinguido entre coautores, que menciona

en el artículo 28 primer párrafo, al referirse a los que cometen el delito «conjuntamente» con otro (u otros), y partícipes necesarios, que define en el segundo párrafo. Aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que, se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria. Sin embargo, en el sistema de derecho vigente, la distinción es dogmáticamente necesaria. Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor. De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no deba ser apoyada en la noción de dominio del hecho.

Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Con otras palabras: el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el artículo 28.2.º b) CP. Si no lo es, será aplicable el artículo 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto (STS de 24 de septiembre de 2003).

En el caso enjuiciado, la conducta de Alfredo no se reduce a acompañar a los autores directos del secuestro a efectuar la misma detención ilegal de la víctima (acto de por sí harto discutible respecto a si integra ya una autoría material del delito previsto en el art. 164 del Código Penal), o los actos de estancia y acompañamiento dentro de la casa de Alcira en donde se retiene, encerrado, a Pedro Francisco. Incluso durmiendo en la misma habitación que este último. Es más, asistiendo también a la entrega para su liberación y cobro del rescate, junto al resto de los partícipes, en donde es detenido junto a los demás por la Guardia Civil. Sino que lo que el Ministerio fiscal resalta en esta instancia es que si los actos anteriores podrían ser discutibles en cuanto a su incardinación en la autoría material, no puede ofrecer ya ninguna duda el hecho de que los familiares de la víctima llamen a Alfredo por teléfono, facilitado sin duda por Gonzalo, indicándoles pagaran el precio indicado por su hermano.

En efecto, esta participación escapa de la mera instrumentalidad de un cómplice para colmar las exigencias típicas del cooperador necesario, al atender las llamadas telefónicas en nombre de los secuestradores, e indicarles el pago del precio del rescate, aunque él no lo haya fijado.

De igual modo, la conducta de Maribel es constitutiva de una participación criminal a título de cómplice, e incluso de algo más, a la vista del episodio final en donde se relata otra conversación telefónica indicando a la esposa de la víctima que pagara la cantidad para obtener la libertad de su marido, el cual, incluso le

proporciona a ella las llaves del vehículo para garantizar la entrega. Ahora bien, al ámbito del recurso nos impide llegar a otras conclusiones, pues el recurso del Ministerio fiscal se reduce exclusivamente al comportamiento punitivo de Alfredo y no de Maribel.

En consecuencia, procede la estimación del recurso del Ministerio fiscal, y el dictado de una segunda sentencia. Y correlativamente se desestiman los reproches casacionales de ambos recurrentes.

(Sentencia de 27 de marzo de 2006).

## ARTÍCULO 20.4

### *Eximente de legítima defensa. Requisitos*

Esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, tal como señala la STS de 3 de junio de 2003, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un *animus defendendi* que, como ya dijo la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor (*animus necandi o laedendi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesarios para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la STS de 16 de noviembre de 2000, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla.

Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente (STS de 12 de

julio de 1994), exigiéndose «un peligro real y objetivo con potencia de dañar» (STS de 6 de octubre de 1993).

La defensa a su vez, requiere:

a) Ánimo de defensa, que se excluye por el «pretexto de defensa» y se completa con la *necessitas defensionis* cuya ausencia da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como eximente incompleta (SSTS de 22 de enero de 2001 y de 3 de junio de 2003).

b) Necesidad racional del medio empleado, que supone: necesidad o sea, que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (STS de 9 de diciembre de 1999); y proporcionalidad, en sentido racional no matemático «que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo» (STS 16 de diciembre de 1991), «en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva, en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que «esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado», de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS de 1 de abril de 2004).

Si falta la proporcionalidad de los medios -dice la STS de 10 de octubre de 1996)- nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, que no impide la apreciación de una eximente incompleta y que incluso «puede ser cubierto por la concurrencia de un error invencible de prohibición» y también «por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa» (STS de 18 de diciembre de 2003).

(Sentencia de 28 de diciembre de 2006).

## ARTÍCULO 20.7

*Eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Requisitos. Funcionario en ejercicio de sus funciones: el empleo de la defensa de goma no fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario*

Es doctrina jurisprudencial consolidada, entre otras STS de 5 de marzo de 2004, la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según lo señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimientos de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como

antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS de 5 de noviembre de 2002).

Por ello la eximente que se invoca prevista en el artículo 20.7 CP requiere, con carácter general, la concurrencia de los siguientes requisitos sintéticamente expuestos, según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponente, entre otras las SSTS de 31 de octubre de 2000 y de 25 de abril de 2003.

1 Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2 Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.

3 Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente núm. 7, art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta).

4 Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5 Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública (SSTS de 18 de septiembre de 2001 y de 22 de enero de 2005).

Y en cuanto a los funcionarios de prisiones en particular, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior [art. 4.b)] sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios [art. 4.c)] señalando que el «régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, artículo 72, atribuye al director, entre otras funciones, la de «autorizar la utilización de los medios coercitivos, comunicando su adopción y cese al Juez de Vigilancia», y dentro de estos medios coercitivos se encuentra el uso de las defensas de goma, artículo 45 de la LGP. y 72.1 del Reglamento.

No debe olvidarse, que entre los deberes de los internos se encuentran el acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario, colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del Centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, funcionarios, reclusos y demás personas, artículo 5 del Reglamento.

Igualmente, de conformidad con el artículo 71 del Reglamento, «las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamen-

tales, especialmente los que se practiquen directamente sobre las personas. Cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad, detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciaria de una posible perturbación de la vida normal del centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de servicio, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente. «Como dijimos, entre dichos medios se encuentran, según el artículo 45.1 de la LOGP, el aislamiento provisional y el empleo de las defensas de goma, cuyo uso, será proporcional al fin pretendido y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario, artículo 72.1 del Reglamento».

Confrontando la actuación del funcionario recurrente que se describe en los hechos probados con la del recluso, se colige que la de aquél fue en todo momento contraria a la normativa del régimen penitenciario al estar en total desconexión con la actividad desarrollada por el preso, y además el empleo de la defensa de goma no lo fue con la finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y menos aún repeler el acometimiento del recluso. La utilización del medio coercitivo por el funcionario lo fue por su exclusiva iniciativa, sin conocimiento de sus superiores, y por motivos ajenos al régimen y orden penitenciario (para que se «abstuviera de tratarlo como si fuese un mariquita»).

(Sentencia de 28 de diciembre de 2006)

### ARTÍCULO 21.3

*Atenuante de arrebató u obcecación. Estado de tristeza y ansiedad no relevantes para apreciar la atenuante. Deseo de venganza que no cabe confundir con el estado pasional. Requisitos del estado pasional*

El artículo 21.3<sup>a</sup> considera circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. La cláusula de cierre, que permite apreciar con el mismo efecto otros estados pasionales diferentes, resta trascendencia a la diferencia entre el arrebató y la obcecación, pero ello no quiere decir que puedan alegarse conjunta y simultáneamente, pues se trata de estados pasionales distintos. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda (STS de 2 de julio de 1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (STS de 28 de mayo de 1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS de 10 de octubre de 1997)».

El recurrente alega un estado de obcecación, es decir, de obsesión profunda que impide en alguna medida la adecuada valoración y el control sobre la conducta, pero luego, en su argumentación se desvía hacia la explosión incontrolada, más propia del arrebató.

En cualquier caso, no se aprecian los requisitos del estado pasional. En la STS de 19 de enero de 2006, se decía que «Es jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 19 de diciembre de 2002, que son dos los elementos configuran esta atenuante: causa y efecto: 1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción. Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima. El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural. 2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante.

Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante. El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos”.

Su esencia, como se recuerda en la STS de 24 de septiembre de 1996, radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, meriéndolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebato en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS de 13 de febrero de 2002), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (Sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emo-

cional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS de 6 de octubre de 2000). En segundo lugar ha de quedar acreditada la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción. En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo. En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo. Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia» (STS de 17 de julio de 2000).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

Así, «la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a la asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección por el ordenamiento, mediante una circunstancia que refleja una menor culpabilidad, una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido».

Y en la STS de 7 de diciembre de 2005, en un supuesto similar al aquí examinado, se decía que «lo que se describe en el hecho probado no es sino una reacción extremadamente colérica del acusado ante la actitud de la mujer orientada a hacer uso legítimo de su libertad de opción vital, y como se ha dicho en otras ocasiones, la atenuante de arrebató no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla».

El recurrente basa el estado pasional que alega en la decisión de la mujer agredida de solicitar el divorcio, y después, de iniciar una nueva relación con un tercero.

En los hechos probados, de los que es preciso partir habida cuenta de la vía de impugnación, solamente resulta que el acusado estaba resentido con su esposa desde el divorcio al iniciar ella una nueva relación sentimental y al hacerla culpable de su penuria económica. Es claro, en primer lugar, que no se trata de estímulos adecuados para atenuar la responsabilidad por una reacción colérica o violenta que pueda seguirlos. En segundo lugar, tampoco de los hechos probados resulta una ofuscación prolongada más allá del resentimiento mencionado, pues no puede confundirse el deseo, más o menos explicitado o desarrollado, de venganza o de represalia contra una persona con un estado pasional profundo que enturbie la claridad de la conciencia de forma relevante debilitando las facultades de control para ajustar la conducta a la llamada de la norma. Ni tampoco se aprecia una actuación explosiva, pues el recurrente preparó concienzudamente la agresión, aprovisionándose de un arma adecuada, debidamente cargada y acechando la llegada de la mujer desprevenida, por un lugar por el que transitaba confiadamente a diario.

No concurren, por lo tanto, los requisitos precisos para apreciar la atenuante de estado pasional, lo que determina la desestimación del motivo.

(Sentencia de 12 de diciembre de 2006).

**ARTÍCULO 22.6.<sup>a</sup>***Agravante de aprovechamiento de la circunstancias de lugar. Zona solitaria y aislada a la que la víctima es conducida intencionadamente*

Por lo que se refiere al aprovechamiento de las circunstancias del lugar en el que los hechos acacieron, la concurrencia de tal causa de agravación es indudable, al tratarse de una zona solitaria y aislada, a la que fue intencionadamente conducida la víctima, de modo que ni tan siquiera pudieron ser escuchados los disparos llevados a cabo, de acuerdo con lo que expresamente nos dice la Sentencia recurrida cuando en ella se afirma que, tras expresar el recurrente a su novia sus propósitos criminales, «... el acusado, Begoña y Jesús Manuel, caminando, salieron del núcleo urbano y se adentraron por el monte, ocultando aquel entre sus ropas la escopeta antes descrita. Una vez alcanzada una zona que el acusado consideró lo suficientemente alejada, en un paraje conocido como «El Chorrillo» y en las proximidades de una especie de ermita en construcción...».

(Sentencia de 17 de noviembre de 2006).

**ARTÍCULO 22.7.<sup>a</sup>***Prevalimiento del carácter público. Requisitos. Aprovechamiento de la condición de autoridad. Alcalde y Teniente de Alcalde que se prevalen de sus cargos para la comisión de conductas delictivas*

Aducen los recurrentes que la agravación sería aplicable si los condenados hubieran actuado como particulares en su propio beneficio, para alcanzar mayor facilidad en la comisión del delito y dificultades en su averiguación, pero no es de aplicación al presente supuesto en el que los condenados han actuado en el ejercicio de su cargo.

El motivo debe ser desestimado. Es cierto que la concurrencia de la agravación no es de apreciar en aquellos tipos penales en los que el ejercicio de la función pública forma parte del tipo penal, como los delitos de los funcionarios públicos (art. 67 CP).

Este no es el supuesto, los recurrentes, Alcalde y Teniente de Alcalde, respectivamente, del Ayuntamiento de Pego, contrarios a la constitución del parque realizaron las conductas que se declaran probadas y que realizaron con prevalimiento de las funciones públicas encomendadas, y desde esa función pudieron ordenar determinadas conductas, como la de prender fuego, o arengar a personas para que impidieran la salida del Director del parque natural. Los recurrentes eran funcionarios públicos y Autoridad que realizaron la conducta típica y en su realización se prevalieron de su condición de funcionarios públicos.

La agravación declarada concurrente consiste en el aprovechamiento de un determinado estado para la realización del hecho delictivo y comprende tanto las acciones del funcionario que actúa en su propio y particular beneficio como la del funcionario que abusa de su función, aunque es preciso que no se trate de un actuar extralimitando su función. En otras palabras, la agravación puede ser aplicable al

funcionario público cuya conducta típica no guarda relación con su función pública propia, pues esa extralimitación podrá ser típica de un delito de otra naturaleza.

En este supuesto fáctico, los acusados que eran representantes populares en el gobierno municipal y lo presidían, aprovecharon esa condición para ordenar las conductas lesivas al parque natural, y para realizar el acto de acometimiento que ha sido subsumido en el tipo penal.

Reiterados precedentes de esta Sala avalan esta interpretación (STS de 2 de julio de 1998) en el sentido expuesto de distinguir en las conductas de los funcionarios públicos aquellos supuestos en los que esa condición forma parte del tipo penal y cuando en la infracción penal se produce una extralimitación, supuestos en los que no es compatible la aplicación de la agravación, de aquellos otros en los que el delito cometido no guarda relación estrecha con las funciones públicas y ha sido actuado con aprovechamiento de la condición de funcionario público.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de noviembre de 2006).

## ARTÍCULO 138

*Homicidio y lesiones. En concurso ideal. Animus necandi. Error en el golpe o aberratiu ictus; falta de acierto en la dirección del ataque. El acusado dirige el arma contra una persona y alcanza a otras dos provocándoles la muerte y lesiones respectivamente*

Se niega la existencia del dolo alegándose que el disparo se produjo de forma accidental y que su trayectoria ha de considerarse fortuita e incontrolable, totalmente ajena a la voluntad del acusado.

Las alegaciones efectuadas en defensa del motivo se enfrentan al relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser rigurosamente respetado y que de ningún modo recoge que el disparo se produjese de forma accidental y fortuita, muy al contrario, se declara probado que el acusado empuñando una pistola calibre 9 mm *Parabelum*, montada y con el seguro de aleta desactivado y, con intención de acabar con la vida de Fermín, le apuntó con ella a la altura del pecho y ante tal circunstancia, Fermín, viendo peligrar su vida, agarró el brazo de Tomás, a la altura de la muñeca, disparando en ese momento el acusado, disparo que alcanzó a Íñigo que se encontraba en las proximidades, causándole la muerte, y tras atravesar el cuerpo de Íñigo alcanzó a Sofía, que también se encontraba en la zona, causándole heridas.

El Tribunal de instancia califica la conducta del acusado como constitutiva de un delito de homicidio en concurso ideal con un delito de lesiones, rechazando la calificación imprudente sostenida por la defensa, afirmando que el ánimo de matar está presente tanto en los momentos inmediatos, coetáneos y posteriores a la acción, por las razones que se exponen, señalándose especialmente el arma utilizada y la zona a la que dirigía el disparo, que efectuó de forma voluntaria y no accidental para acabar con la vida de Fermín y que al desviarse la trayectoria de la bala por la acción defensiva de la víctima, alcanzó a las otras dos personas, produciéndose un supuesto de error en el golpe o *aberratio ictus*, que resulta irrelevante o intrascendente al existir identidad entre el resultado causado y el buscado, en cuanto afectan a los mismos bienes jurídicos y poseen la misma significación jurídico penal.

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

Esta Sala –STS de 29 de marzo de 2001, de 11 de julio de 2001 y de 7 de febrero de 2002– tiene declarado que el error en el golpe o *aberratio ictus*, consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido.

En todo caso, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho ya que, como se declara en la Sentencia antes citada de 7 de febrero de 2002, en los casos de *aberratio ictus* la doctrina coincide en señalar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de idéntica protección y calificación jurídica, si bien se añade que, para una más correcta calificación jurídica, se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable; en este sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994; por el contrario, en aquellos casos en los que no estaba a la vista del autor el objeto sobre el que recayó su acción, la doctrina dominante sostiene que el sujeto debe responder por tentativa de homicidio respecto del objeto determinado sobre el que proyectó la acción, en concurso ideal con homicidio imprudente respecto al objeto sobre el que recayó su acción, ya que el autor, en este segundo supuesto, no ha tenido un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, deba imputársele a título de dolo.

En el supuesto enjuiciado, dada la proximidad existente entre la posición del acusado cuando efectuó el disparo y el de la víctima que falleció –se dice por los testigos que era aproximadamente de dos metros–, su presencia tenía indudablemente que estar abarcada por la vista del autor, por lo que resulta correcta, de acuerdo con la doctrina que se ha dejado expresada, la calificación jurídica de homicidio doloso realizada por el Tribunal de instancia.

Así las cosas, cumplida la imputación objetiva al haberse verificado que el resultado es la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción del recurrente quien tenía conocimiento y representación del peligro que creaba con su acción, concurrirían, según los hechos que se declaran probados, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito doloso de homicidio.

Y alternativamente se dicen infringidos los artículos 62, 70.1.2º, 77, 138 y 142.1 del Código Penal argumentando que la sentencia de instancia considera que la eventual calificación de concurso entre un delito frustrado (homicidio imprudente) y otro culposo (homicidio imprudente) podría constituir una *reformatio in peius* cuando entiende el recurrente que ese criterio le hubiera favorecido en cuanto a la extensión de la pena a imponer.

No se corresponde con la realidad lo que se afirma en defensa de este extremo del motivo ya que el Tribunal de instancia ha rechazado expresamente ese concurso entre delito doloso frustrado y delito imprudente, no planteándose, pues, ninguna calificación alternativa que pudiera favorecer al acusado, que por otra parte es de rechazar, conforme con la doctrina que se deja mencionada.

Por todo lo expuesto, no se han producido las infracciones legales que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 1 de diciembre de 2006).

## ARTÍCULO 139.3

*Ensañamiento. Análisis de la agravante. El acusado propina treinta cuchilladas a la víctima, que cae al suelo tras las tres o cuatro últimas. Un número elevado de incisiones no demuestra ensañamiento. La agravante no es apreciada y los hechos se califican como homicidio, y no asesinato*

La agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final.

Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

La sentencia, valorando la prueba, no puede determinar las causas de la agresión y las circunstancias que las desencadenan, por lo que admite este vacío y se limita a señalar o describir la forma en que se produce la agresión mortal. Ésta tiene lugar con un cuchillo cuyas características se ignoran al no haber sido hallado. Le propina hasta treinta cuchilladas «cayendo al suelo tras las tres o cuatro últimas».

A continuación, va detallando la localización de las incisiones: dos en el rostro, cinco en el cuello, veintitrés en el tórax anterior, que suman treinta, pero no nos describe, con la precisión exigida para justificar la aplicación de una agravante cualificativa, cuál fue la secuencia y cuáles las circunstancias en que se produjo. A efectos de plasmar de forma nítida la agravante de ensañamiento se necesitaría una descripción en la que constase que las incisiones en el rostro habían sido solamente superficiales y con el exclusivo propósito de causarle un dolor físico innecesario. Lo mismo cabría decir de las cuchilladas en el cuello aunque, en este caso, habría que ser más cuidadoso ya que una incisión en dicha zona es difícil de configurar como un acto de sadismo premeditado y no como una acción directamente encaminada a causarle la muerte. Las veintitrés heridas en el tórax, todas en la zona anterior izquierda y diseminadas por toda la zona torácica, como expresión de un método calculado para amagar y no causar la muerte, no aparecen perfiladas de tal forma, que nos permita admitir la perversa acción de aumentar el dolor del ofendido. Si, además, el hecho probado nos dice que éstas afectaron al tejido pulmonar, pericardio, cavidades ventriculares y cavidad peritoneal afectando al fundus gástrico, hígado y bazo, resulta absolutamente aleatorio e inseguro para el Derecho penal afirmar que sólo las tres o cuatro últimas causaron la muerte, imprecisión incomprensible en un dictamen tan minucioso, para que se pueda afirmar que, el exceso de incisiones, se debió a un ánimo de hacer sufrir a la víctima.

No podemos admitir, frente a algunas teorías o posturas, que la mera comprobación de un número elevado de incisiones o heridas demuestre, por sí sola, la metódica y calculada forma de escindir el propósito homicida en dos secuencias diferenciadas, una primera encaminada a solazarse en dolor del que se va a matar y la segunda exclusivamente y específicamente elegida para rematar la acción terminando con su vida.

En este caso, la cantidad de incisiones forman un todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfrenada en la que el autor acomete a su víctima de forma desaforada e incontinente hasta que consigue, su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte.

Por ello el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 5 de diciembre de 2006).

### ARTÍCULO 142.1 Y 3

*Homicidio: Por imprudencia grave: existencia: policía local que en el curso de un tiroteo con un atracador alcanza a un compañero en la cabeza: pruebas que indican que no fue un proyectil rebotado, sino que demuestran que la víctima se encontraba en la línea de tiro y a una distancia de apenas metro y medio; Por imprudencia profesional: inexistencia: especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de policía ya tenida en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente, por lo que valorarla nuevamente para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional vulneraría el non bis in idem*

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, para que pueda apreciarse una conducta imprudente, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* una conducta –acción u omisión– voluntaria, pero no intencional; *b)* previsibilidad y evitabilidad del resultado dañoso de tal conducta; *c)* infracción por el agente de un deber objetivo de cuidado, especialmente impuesto en las correspondientes normas reglamentarias de la actividad de que se trate o en las normas socioculturales exigibles al ciudadano medio; *d)* producción del resultado dañoso o lesivo de bienes jurídicos legalmente determinados, y *e)* existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido. Cumplidos los anteriores requisitos, la distinción entre la imprudencia grave y la leve radica en la mayor o menor importancia del deber de cuidado infringido (v., por todas, la STS de 30 de junio de 2004).

En el presente caso, en el que es preciso partir del pleno respeto del relato de hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (v. art. 884.3º LECrim.), cosa que la parte recurrente parece haber olvidado al cuestionar la existencia de la correspondiente prueba de cargo y hacer expresa mención de «los motivos anteriores» –todos ellos desestimados–, es indudable la concurrencia de los requisitos integradores de la conducta imprudente: ha existido una conducta voluntaria (el disparo del arma de fuego reglamentaria), no intencional (en cuanto, de modo patente, el mismo no fue efectuado con el propósito de alcanzar al compañero que se había parapetado, tras un vehículo, delante del acusado), pero realizada sin el cuidado que las exigencias concretas demandaban, lo que produjo un resultado lesivo (la muerte

de un agente de la Policía Local), resultado evitable (de haber actuado el acusado con la diligencia exigible a un agente de la Policía, evitando efectuar un disparo cuando una persona –en este caso un compañero suyo– se encontraba en la trayectoria del mismo), y unido a su conducta por una evidente relación de causalidad.

Nos resta, por tanto, examinar la cuestión relativa a la aludida omisión del deber de cuidado exigible en la conducta del acusado (Policía Local del Ayuntamiento de Vall d'Uxó), y valorar la gravedad de la misma, teniendo en cuenta que en el acusado concurría la circunstancia de ser un agente de la Policía Judicial [v. arts. 29.2 y 53.1.e) y g) Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], al que, por tanto, eran de aplicación las prescripciones de dicha ley: la exigencia fundamental de actuar siempre de acuerdo con el ordenamiento jurídico (v. arts. 103 y 104 CE y art. 5.1 de la Ley Orgánica 2/1986), así como la específica relativa al uso de las armas de las que están dotados estos agentes, que les impone una adecuada formación profesional, tanto teórica como práctica [v. art. 5.1.d) de la citada Ley Orgánica]; siendo evidente que, en el presente caso, el hoy recurrente efectuó el disparo que ocasionó la muerte del su compañero, Sr. Everardo, que se hallaba delante de él –parapetado detrás de un vehículo y armado también, al igual que el acusado–, frente al atracador al que pretendían detener, el cual se hallaba a unos diecisiete metros de distancia de la víctima, sin reparar en que el Sr. Everardo se encontraba en la línea de fuego de su disparo –omisión de diligencia ciertamente notable, por el evidente riesgo que comportaba para quien lógicamente tendría su vista en el atracador, sin poder prestar atención a cuanto quedaba a su espalda, tratándose además de un cuerpo móvil, cuyos movimientos, no podían ser controlados por el autor del disparo, y que, por consiguiente, podía interponerse, en cualquier momento, en la trayectoria del disparo –al incorporarse, mover su cabeza o desplazarse–, en la trayectoria de los disparos efectuados por el acusado contra el atracador.

Es preciso concluir, de todo lo dicho, que el acusado actuó –al efectuar el disparo causante de la muerte de su compañero, Sr. Everardo– con una importante omisión del cuidado exigible a quien –por su condición de Policía Local– debía tener una especial capacitación y experiencia en el manejo de las armas de fuego y que, por otra parte, no podía ignorar que su compañero se encontraba en el espacio que les separaba del atracador al que pretendían detener. Su conducta debe calificarse, por tanto, de imprudencia grave causante de homicidio (v. art. 14.1 CP). Por consiguiente, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo, al concurrir, en el presente caso, todos los requisitos que la jurisprudencia exige para apreciar una conducta gravemente imprudente y penalmente típica.

El artículo 142.3 del CP, cuya infracción aquí se denuncia, dice que «cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».

El Tribunal de instancia ha calificado los hechos que declara probados en su sentencia como constitutivos de «un delito de homicidio por imprudencia profesional, previsto y penado en el artículo 1, 2 y 3 del Código Penal», «al concurrir todos los elementos que configuran tal infracción»; y tras, examinar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el particular, viene a concluir que «el acusado realizó en forma voluntaria una conducta (...) no querida, pero evitable si no hubiera efectuado el disparo en esas condiciones y siendo el acusado agente de Policía Local le era exigible un mayor deber de cuidado en el uso del arma de fuego, lo que hace calificar la conducta enjuiciada como imprudencia profesional del artículo 142, 1, 2 y 3 del Código Penal».

Desaparecida en el texto del artículo 142.3 del vigente Código Penal la expresión, contenida en el artículo 565, párrafo segundo, del Código Penal de 1973 –«cuando se produjere muerte (...) a consecuencia de impericia o de negligencia profesional (...)» (el subrayado es nuestro), en cuyo supuesto se estaría ante una imprudencia profesional y se impondría la correspondiente pena en su grado máximo–, al utilizarse en el texto actualmente vigente únicamente la expresión homicidio «cometido por imprudencia profesional», sin mayores precisiones, la jurisprudencia, que bajo la vigencia del Código Penal de 1973, vinculaba la imprudencia profesional con la impericia, viene configurándola actualmente –partiendo de que la conducta enjuiciada constituya una imprudencia grave– como aquélla en la que concurre «un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de esa actividad profesional» (v., *ad exemplum*, la STS de 23 de octubre de 2001).

La falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por imprudencia profesional es causa de la conocida polémica doctrinal a la hora de distinguir entre lo que se viene denominando «imprudencia del profesional» y la «imprudencia profesional» propiamente dicha, cuestión especialmente dificultosa. La jurisprudencia, como hemos visto, pone el acento de la distinción –para apreciar la imprudencia profesional– en la posible infracción de la *lex artis* y de las más elementales cautelas exigibles a quienes, por su condición de profesionales, deben tener una especial capacitación y preparación para el desempeño de sus actividades profesionales, especialmente de las potencialmente peligrosas; siendo preciso, para el debido enjuiciamiento de este tipo de conductas, ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En el presente caso, es especialmente destacable el hecho de que el acusado y sus compañeros –uno de ellos desarmado, por tratarse de un agente interino– se encontraron a escasa distancia (a unos diecisiete metros) de un peligroso atracador armado (que comenzó a disparar contra ellos, cuando intentaban parapetarse tras de unos vehículos aparcados en batería), y que el artículo 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece –entre los «principios básicos de actuación» de los miembros de estos Cuerpos– que «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior» (es decir, los «principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance»); circunstancias que, indudablemente, concurrían en el presente caso, por lo que es preciso reconocer que la utilización del arma reglamentaria por parte del acusado estaba amparada por las correspondientes previsiones legales.

Llegados a este punto, es preciso reconocer que el especial deber de cuidado en el manejo de las armas, inherente a la condición de Policía Local que ostentaba el acusado, que, por tal circunstancia, había de tener una especial capacitación –teórica y práctica– para ello, ha sido tenida en cuenta para calificar su conducta de gravemente imprudente, lo cual impide, lógicamente, tener en cuenta de nuevo su condición de Policía Local para calificar su conducta como constitutiva de imprudencia profesional, por cuanto ello implicaría, de un lado, un indebido *bis in idem*, y, al propio tiempo, una aplicación prácticamente objetiva –impropia de un derecho penal de culpa– de un subtipo penal agravado, lo que no es jurídicamente admisible.

En todo caso, no puede desconocerse que, como ya hemos puesto de relieve en el Fundamento Jurídico anterior, el uso del arma reglamentaria por parte del acusado (que es lo que podría afectar más directamente al aspecto profesional de su actuación), estaba legalmente justificada, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, de tal modo que cuanto afecta a la mayor o menor destreza en el uso del arma, al efectuar el disparo causante de la muerte de uno de sus compañeros, debe ser valorado fundamentalmente a la hora de calificar su imprudencia que, como ya hemos dicho, debe ser considerada grave a los efectos del artículo 142.1 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, procede la estimación de este motivo.

(Sentencia de 13 de marzo de 2006).

## ARTÍCULO 149

### *Lesiones graves. Violento cabezazo a la víctima que cae al suelo con resultado de traumatismo craneoencefálico. Causalidad entre acción y resultado*

En el motivo segundo se apoya en el artículo 849.2º de la LECrim, designando como documentos varios informes médicos de los que afirma que se desprende con claridad que las lesiones no fueron causadas por el cabezazo que el recurrente propinó al lesionado, sino por el golpe que éste se dio contra el suelo al caer. Entiende que no puede ser condenado por un delito de lesiones del artículo 149, sino en todo caso como autor de una falta.

Aunque el recurrente no completa su queja con un motivo por infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim, con una invocación expresa y formal de la indebida aplicación del artículo 149 del Código Penal, debemos deducir de su argumentación que esa es en realidad su segunda pretensión derivada de la constatación previa de un error del Tribunal al declarar los hechos probados, tal como pretende expresamente. En primer lugar, pues, debería establecerse si los documentos designados demuestran que el origen de las lesiones es distinto del que se dice en la sentencia. Es claro que no es así, pues en todo caso las lesiones sufridas fueron la consecuencia de un traumatismo derivado directamente de la violenta agresión llevada a cabo por el recurrente.

En segundo lugar, debe establecerse si las lesiones se debieron al golpe de la cabeza del lesionado contra el suelo al caer y si esa caída fue una consecuencia del cabezazo que recibió. Y en tercer lugar, debe examinarse la posibilidad de considerar que el resultado es atribuible a su acción.

Desde la primera perspectiva, ya hemos dicho que el motivo no puede ser atendido, pues los documentos no demuestran un error del Tribunal al declarar probado que las lesiones fueron consecuencia de la agresión. Tampoco podría discutirse el origen de las lesiones, como se desprende incluso del propio planteamiento del motivo. El recurrente no niega que la caída que, según dice, causó las lesiones, fuera debida al cabezazo que él mismo propinó al lesionado, alcanzándole en la cabeza. Por lo tanto, es evidente la relación de causalidad natural entre su acción y el resultado lesivo. Además, entre las lesiones causadas por la agresión, según el hecho probado, se recogen traumatismo craneoencefálico con hemorragia subaracnoidea y contusiones, fundamentalmente en ambos polos frontales, así como traumatismo orbitario, las cuales parecen directamente atribuibles al golpe propinado por el acusado.

La tercera cuestión, en realidad, se dirige a decidir si el resultado es atribuible a esa acción. Una vez establecida la causalidad natural es preciso establecer si el resultado es penalmente atribuible a la conducta del autor. Según la doctrina de la imputación objetiva la conducta será típica si el resultado producido es una concreción del riesgo ilícitamente creado o incrementado por aquélla. Para ello es preciso identificar el riesgo desaprobado jurídicamente y comprobar si el resultado se ha producido dentro de sus límites. De no ser así, la conducta no sería típica.

Es claro que un fuerte cabezazo propinado directamente en la cabeza de la víctima por una persona de evidente corpulencia, como se dice en la fundamentación de la sentencia, es una acción creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado ante la ausencia de causas de justificación, ya que puede ser suficiente para privar de la consciencia y arrojar al suelo al agredido, con el consiguiente riesgo de golpearse nuevamente en la caída, esta vez contra el suelo, dado que aquélla tiene lugar fuera de todo control. Es evidente también que los traumatismos craneales severos pueden producir graves lesiones cerebrales y que una caída en esas condiciones puede causar una tal clase de traumatismo. La fractura del hueso occipital, en la que los peritos sitúan el origen de las secuelas, es, pues, un resultado comprendido en el ámbito del riesgo creado por un golpe de tal naturaleza y contundencia que puede originar una pérdida de consciencia y la consiguiente caída incontrolada al suelo. De otra parte, no consta en la sentencia que el golpe posterior se produjera contra otra cosa que no fuera el suelo, cuya existencia e influencia en la entidad del riesgo creado no pudiera ser conocida por el autor. Por lo tanto, en el caso, el resultado, es decir, la fractura ósea que determinó las importantes secuelas producidas, no excedió los límites del riesgo creado por la acción agresiva del acusado recurrente.

Como consecuencia, el motivo se desestima.

En el tercer motivo cuestiona el recurrente la existencia de dolo respecto del resultado, pues entiende que, siendo evidente que no quiso causar esas lesiones, no era exigible que pudiera contemplar la posibilidad de un resultado tan grave para su acción.

Resuelta en el anterior fundamento de Derecho la cuestión del tipo objetivo mediante la teoría de la imputación objetiva, plantea ahora el recurrente otra cuestión relacionada con el tipo subjetivo al negar la existencia de dolo respecto del resultado. La doctrina de esta Sala (STS de 20 de septiembre de 2005 y las que en ella se citan) ha considerado de forma reiterada que la eliminación por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal de 1973 supone que es suficiente con la existencia de dolo eventual. Ello no quiere decir que sea suficiente un dolo genérico de lesionar para imputar cualquier resultado lesivo, pues éste debe quedar cubierto al menos por dolo eventual, aun cuando no sea exigible una representación o aceptación de las lesiones concretas que luego se sufren por la víctima, bastando con una consideración acerca de la probabilidad de una lesión grave.

Es indiscutible la existencia de dolo directo respecto del acto agresivo inicial consistente en el golpe con la cabeza del agresor en la cabeza del agredido, tal como se describe en el hecho probado de la sentencia.

En cuanto al dolo sobre el resultado, no hay datos que indiquen la existencia de dolo directo. Sin embargo, nuestro Derecho penal no distingue en este punto entre los efectos del dolo directo y el eventual. Para la doctrina mayoritaria de esta Sala, actúa con dolo eventual quien conoce los elementos del tipo objetivo. Dicho de otra forma, quien actúa conociendo el peligro concreto que causa con su acción, la cual pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa, lo hace dolosamente. Como se dice en la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la colza), citada por la STS de 25 de marzo de

2004, se entiende que existe dolo eventual «cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico». Esa decisión de continuar la ejecución conociendo el riesgo creado y sin posibilidad de control sobre su evolución, revela, al menos, la indiferencia del autor respecto a la probabilidad del resultado, pues la consideración que debió hacer acerca del mismo no le hizo desistir de su acción en la forma en la que definitivamente fue ejecutada. Para esta teoría, la diferencia con la culpa consciente se sitúa en la probabilidad de producción del resultado, que en el caso del dolo es alta y claramente apreciable.

En el caso, el recurrente pudo prever la pérdida de consciencia y la subsiguiente caída como un resultado natural de su violenta acción, y con ella la probabilidad de un golpe fuerte en la cabeza, de graves consecuencias. Como hemos dicho, no es preciso que se represente las lesiones concretas sufridas por el agredido, bastando con la consideración de una lesión grave. A pesar de esa clara previsibilidad, el recurrente ejecutó su acción, demostrando con ello una aceptación implícita de las consecuencias o al menos una indiferencia respecto de su producción.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 13 de septiembre de 2006).

## ARTÍCULO 150

*Lesiones. Agravación por deformidad por pérdida de dientes. No procede. Si bien la pérdida de incisivos y otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en tipo agravado, se admiten modulaciones en supuestos de menor entidad, atendida a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado*

Recoge la Audiencia la doctrina de esta Sala adoptada en Pleno no jurisdiccional del 19 de abril de 2002 y seguida en las sentencias posteriores (STS de 10 de marzo de 2003 y de 3 de octubre de 2003): «La pérdida de incisivos y otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta».

Y, aparte de que Antonio nació en 1952, la Audiencia atiende a que, de las cinco piezas dentarias afectadas, sólo un canino se halla ubicado en la pantalla delantera y, sobre todo, a que Antonio padecía, desde hacía algún tiempo, periodontitis crónica de adulto en estadio evolutivo medio, gingivitis moderada y policaríes. La modulación que ha llevado a cabo la Audiencia para reputar incluidas las lesiones en el tipo básico debe reputarse ajustada a la ley en relación con las circunstancias del lesionado; por cuanto no cabe afirmar que la forma de la región afectada haya experimentado un cambio visible normalmente y peyorativo (tampoco detrimento en la función preexistente del órgano).

(Sentencia de 11 de diciembre de 2006).

## ARTÍCULO 164

*Delito de secuestro. Diferencias entre detención ilegal y coacciones. Principio de especialidad. Doctrina general. Introducción de la víctima en un vehículo y traslado a un lugar distante en donde permanece secuestrada durante cuatro días*

El segundo motivo, formalizado esta vez por estricta infracción de la Ley, del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en consecuencia, con pleno respeto a los hechos declarados probados, denuncia la indebida aplicación del artículo 164 del Código Penal, insistiendo en que no se trata de un secuestro, sino que la víctima acompañó voluntariamente a sus raptos. Y que a lo sumo podía existir un delito de coacciones.

Es cierto que la detención ilegal típica se perfila más nítidamente en los casos de encierro o internamiento «en un lugar del que no es posible salir la víctima; por el contrario la simple «detención o inmovilización» de una persona presenta dificultades para su concreción en el tipo, ya que su duración puede ser momentánea o más o menos duradera y presentar afinidad con otras figuras delictivas como las coacciones. Sin embargo, el elemento subjetivo del injusto es el factor determinante de la diferenciación pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria. El delito de coacciones –no toda detención ilegal es una coacción– en términos penales, porque la coacción exige violencia (art. 172 CP) mientras que la detención ilegal admite otros medios comisivos, incluso el engaño, según la jurisprudencia (STS de 2 de noviembre de 1992). Tampoco la duración de la detención sirve para distinguirla necesariamente de la coacción ya que la detención es de consumación instantánea y no precisa por tanto duración determinada; por eso esta Sala insiste en marcar la diferencia entre ambos tipos delictivos, atendiendo al principio de especialidad para apreciar la detención ilegal si los medios violentos se enderezaron a privar a otro de su voluntad ambulatoria (SSTS de 23 de marzo de 1999 y de 15 de noviembre de 2001), sin desdeñar el factor temporal o mínimo soporte temporal aunque valorado en la medida que sirve para explicar la intención de atentar contra la libertad de movimientos, más que referido sólo a la duración (SSTS de 18 de enero de 1999, de 12 de mayo de 1999 y de 10 de abril de 2001).

La detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva encerrar o detener afectan al derecho de libertad deambulatoria (SSTS de 29 de septiembre de 1998 y de 25 de enero de 2002). En definitiva la diferencia entre los delitos de detención ilegal y coacciones –ambos, infracciones lesivas del bien jurídico constituido por la libertad personal– ha sido analizada y clasificada en múltiples ocasiones por la doctrina de esta Sala y según esta jurisprudencia el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal la especie. Por lo tanto, es el principio de especialidad el que entra en juego cuando una u otra calificación se pueden proyectar sobre un mismo hecho. El delito de detención ilegal desplaza al de coacciones, siempre que la forma comisiva, representada por los verbos detener o encerrar, afecta no sólo a la genérica libertad de hacer o no hacer sino al específico derecho, incluido naturalmente en aquella libertad, de moverse y deambular o seguir a la persona que le plazca, a lo que se suele incorporar, no sin reservas, un cierto factor temporal porque la restricción de la facultad deambulatoria, para que integre el delito de detención ilegal, ha de tener una mínima duración difícil de precisar *a priori* antes de pon-

derar el conjunto de circunstancias que en cada caso puedan concurrir (SSTS de 9 de diciembre de 2002 y de 30 de enero de 2003).

Analizados los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora de instancia se describe un propio secuestro, con introducción de la víctima (Pedro Francisco) en un vehículo, mediante el uso de un arma blanca como medio intimidatorio, el traslado hasta un lugar distante 50 kilómetros de su domicilio, la petición de cantidades concretas a su esposa (desde 8.500 a 10.500 euros), recuperando su libertad de cuatro días de encierro, tras la intervención de la Guardia Civil. Los hechos citados colman las exigencias típicas de un propio delito de secuestro, sin ningún esfuerzo argumental, y no pueden ser calificados de simples coacciones, conforme a lo razonado más arriba.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 27 de marzo de 2006).

## ARTÍCULO 167

*Detención ilegal. Detención ilegal por dos policías de dos empleados de un bar que se negaron a servirles y les expulsaron del local. Correcta aplicación del artículo 167 del Código Penal. Concurrencia de todos los elementos del tipo penal. Proposición de indulto parcial basado en que los hechos tuvieron lugar en el País Vasco y en conocimiento de los hechos por parte de sus superiores jerárquicos antes de su realización*

Se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del artículo 167 CP que dice así: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.»

Los elementos necesarios para la aplicación de esta norma penal son los siguientes:

1.º Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el artículo 24 en sus respectivos apartados 1 y 2.

2.º El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos anteriores que son los comprendidos entre el artículo 163 y 166. Concretamente en este caso el del artículo 163.4 CP: aprehender a una persona «para presentarla inmediatamente a la autoridad».

3.º Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1º CP), el artículo 530 del mismo código.

4.º Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la Ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del núm. 7º del artículo 20 que declara exento de responsabilidad criminal al «que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho».

5.º Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal, en este caso los cuatro que acabamos de relacionar (dolo directo), siendo también posible el llamado dolo eventual.

Entendemos que concurrieron aquí tales cinco elementos:

A) Fueron sujetos activos dos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, es decir dos funcionarios públicos que actuaron como tales en los hechos que vienen siendo enjuiciados, en la detención de los dos «recoge-vasos».

B) Fueron los autores de la conducta definida como delictiva en el artículo 163.4: aprehendieron a dos personas para presentarlas inmediatamente a la autoridad. Llevaron a comisaría a tales dos empleados que unas horas antes les habían expulsado del pub Otxoa de Bilbao.

C) No mediaba causa por delito contra ninguno de esos dos detenidos: no cabe aplicar aquí la figura más específica del artículo 530 CP.

D) La ley procesal, norma que regula cuándo la autoridad o un agente de la policía judicial puede y debe proceder a la detención de una persona, no amparaba tal detención. Veámoslo.

Esta materia aparece regulada en los artículos 489 ss. LECrim, concretamente en su artículo 492, que consta de los cuatro números siguientes:

1.º El núm. 1.º de este artículo 492 obliga a detener en los casos del artículo 490, que son aquellos en los que cualquier persona puede practicar una detención. Lo que es facultativo para el particular es obligatorio para el funcionario de policía. De todos los supuestos recogidos en ese artículo 490, el único que puede tener relación con los hechos aquí examinados es el de su núm. 2º que se refiere a la detención del delincuente *in fraganti*, es decir, aquel delincuente que esté cometiendo un delito o lo acaba de cometer, cuya realización ha podido percibir el funcionario por sus propios sentidos.

No es éste el caso, pues la posible infracción penal, que fue calificada como falta por las autoridades judiciales de Bilbao y luego considerada prescrita por la Audiencia Provincial, se había cometido unas dos o tres horas antes, cuando los policías fueron expulsados del citado pub Otxoa. Transcurrido ese período de tiempo, la flagrancia, que había existido en ese episodio primero, había desaparecido. No existía razón de urgencia alguna que pudiera justificar esa actuación de la policía en el segundo episodio.

2.º El núm. 2.º del artículo 492 obliga al policía a detener «al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional». Esta prisión correccional equivalía a la pena de prisión menor del CP anterior, que tenía una duración de seis meses y un día a seis años. Tal prisión menor se corresponde con la de prisión de uno a tres años del CP vigente conforme a la disposición transitoria 11ª.1.d) de la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, por la que se promulgó el actual CP.

Tal norma del núm. 2.º del artículo 492 permite y obliga al funcionario de policía para detener a una persona cuando concurren dos requisitos:

- a) Que hubiera procesamiento;
- b) Que lo fuera por un delito para el que la ley prevea una pena superior a los tres años de prisión.

Ninguno de estos dos requisitos concurrían en el caso presente, ya que, por un lado, no se había acordado nada por una autoridad judicial contra ninguno de los dos

luego detenidos y, por otro lado, el posible delito de atentado, —que desde luego no existió, como después veremos—, que dijo el policía don Francisco Javier L. a su superior que se había cometido con la mencionada expulsión del pub Otxoa, aparece penado en el artículo 551.1, último inciso, con prisión de uno a tres años.

3.º Puede un policía detener, conforme al núm. 3º del artículo 492, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

a) Que hubiera habido procesamiento por delito al que esté señalada pena inferior a la de prisión correccional, esto es, a la de prisión de tres años según lo que acabamos de decir,

b) Que «sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial».

Aquí faltaron estos dos requisitos, pues ni había procesamiento alguno ni medida equivalente que pudiera haber sido acordada por algún órgano judicial contra alguno de los dos detenidos; y además tampoco concurría el requisito b), ya que nos encontramos con dos personas que trabajaban en un establecimiento público conocido, de modo que no había razón alguna para entender que pudieran haber tenido voluntad de no acudir a un juzgado caso de que hubieran sido citados para ello con motivo de los hechos aquí examinados.

4.º El núm. 4º de este artículo 492 se refiere al caso del número anterior cuando todavía no hubiera procesamiento. Ya hemos dicho cómo faltó en el supuesto presente el que acabamos de designar como requisito b).

Así pues, los policías debieron tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 493 de esta Ley procesal que, para cuando no sea procedente la detención por no estar la persona, posible delincuente, comprendida en ninguno de los cuatro casos que acabamos de examinar, ordena que el policía tome nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la identificación del referido posible delincuente.

En conclusión, los acusados no estaban autorizados para detener a ninguno de los dos empleados del pub Otxoa. Concorre también aquí este elemento cuarto del tipo de delito del artículo 167 CP según la relación antes efectuada (apartado 2 de este mismo fundamento de Derecho).

5.º Asimismo entendemos que también hubo dolo en los dos condenados ahora recurrentes. Conocieron, cuando procedieron a la detención de los «recoge-vasos», José Miguel C. y Borja L., que concurrían esos cuatro elementos objetivos del delito: que ellos eran funcionarios públicos, que habían practicado la detención de dos personas para presentarlas a la autoridad, que no había proceso por delito contra ninguno de los dos y, por último, que la ley procesal no les permitía practicar esas detenciones.

Estimamos que tal conocimiento de la ilicitud de su conducta existió en los dos ahora recurrentes por lo siguiente:

a) Se trata de dos profesionales del Cuerpo Superior de Policía y todos conocen que forman parte de los estudios para acceder a tal cuerpo las normas reguladoras del proceso penal; en particular aquellas que están directamente ligadas al ejercicio diario de sus funciones, como lo son sin duda las relativas a los casos en que pueden y están obligados a detener a las personas por razón de haber participado en la comisión de algún hecho delictivo. Se trata de algo fundamental y elemental en el ejercicio de su trabajo.

b) Ha quedado claro en el desarrollo de las presentes actuaciones, particularmente por las declaraciones en el juicio oral por parte de los superiores jerárquicos de los acusados, que estos últimos ni practicaron detención alguna ni tenían que

aprobar o aconsejar a la patrulla que iba a efectuarlas: era una cuestión de responsabilidad de tal patrulla.

c) Importancia por supuesto tiene en el caso presente el hecho de que algunos de esos superiores intervinieran en los hechos delictivos aquí examinados mediante la prestación de esa patrulla uniformada que auxilió en la detención de C. y L. Pero no hasta el extremo de excluir o atenuar la responsabilidad criminal de ninguno de los dos acusados. A lo sumo podrían haber existido más acusados por estos hechos, los mencionados superiores a título de cooperadores necesarios del artículo 28, apartado b), CP. Desde luego, sin esa ayuda de la mencionada patrulla uniformada no podrían haberse practicado las detenciones por parte de los acusados, como no lo pudieron hacer en esa primera fase de los hechos aquí examinados.

d) Alega la defensa de don Juan Manuel V. N. que llevaba muy poco tiempo en el Cuerpo Nacional de Policía cuando estos hechos se produjeron, sólo cuatro meses, así como que el responsable de la patrulla era el otro acusado como más antiguo en el escalafón. Cierto es esto, así como que dicho don Juan Manuel, en esa primera fase de los hechos, incluso colaboró con los «recoge-vasos» para lograr la salida del local del Sr. L. y del jefe de ambos, Sr. Fuentes, quienes opusieron resistencia a tal acto de expulsión. Esto habría de implicar una menor pena a la hora de la concreción de la correspondiente a cada uno de los dos policías. Pero tal no es posible, ya que los dos fueron condenados prácticamente al mínimo legalmente permitido conforme a lo dispuesto en los citados artículos 167 y 163.4 CP, cinco meses de multa e inhabilitación absoluta por ocho años.

e) Antes de finalizar conviene dejar claro aquí que los dos acusados, aunque estuvieran de servicio, no se encontraban, como bien dice la sentencia recurrida, en el ejercicio de las funciones propias del cargo de policía, sino como ciudadanos particulares, cuando en el tan mencionado primer episodio de los hechos, recibieron la negativa a ser servidos y la orden de salida del establecimiento. Por tanto, no cabe hablar de que allí pudiera haber existido un delito de atentado, por más que L. hubiera exhibido su placa de policía, tesis mediante la cual pretenden justificar ambos recurrentes que en todo momento creyeron haber actuado legítimamente.

En conclusión, es evidente que no existió la infracción de ley aquí alegada, ya que se aplicó correctamente al caso el artículo 167 CP en relación con el 163.4.

(Sentencia de 3 de noviembre de 2006).

## ARTÍCULO 173.2

*Violencia doméstica. Bien jurídico protegido. Requisito de habitualidad. Evolución legislativa del delito. Clara situación de humillación y dominación del acusado hacia su mujer. Estado de agresión física y psíquica permanente*

Como decíamos en las STS de 28 de febrero de 2005, la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física –también la psíquica debe contar– fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la Ley Orgánica 3/1989 con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, artículo 425, para castigar «al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, «recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se

justifica la reforma» al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual».

El nuevo Código Penal de 1995, en su artículo 153, con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad «el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/1999, de 30 de abril y de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas –Exposición de Motivos–, ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim. con posterioridad a la fecha de los hechos por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, integrándolo en el artículo 173.2 y 3.

Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 éstas son:

a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente –que puede ser tanto hombre como mujer– y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellas supuestas en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansa sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

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

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

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del CP, relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales

de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, artículo 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes –artículo 15– y en el derecho a la seguridad –artículo 17– quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39.

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

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

La STS de 24 de junio de 2000 realiza un detenido estudio de las características y funciones del artículo 153 CP que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras SSTS como las de 19 de mayo y 26 de junio de 2000 y la de 5 de marzo de 2001.

La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, artículo 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el *factum* se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serian constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente fami-

liar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos –lo que podría constituir un problema de *non bis in idem*– parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del artículo 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida destaca la clara situación de humillación que la corta convivencia familiar causó a la denunciante en los escasos dos meses que ésta duró, haciendo hincapié como con los insultos y gritos reiterados se conformó una situación tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación a causa de los actos vejatorios continuados del acusado hacia su mujer y, apreciando la habitualidad más que la pluralidad en sí misma de los actos violentos, en la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo relevante la intensidad en dicho trato en comparación con el corto tiempo convivido (dos meses) pudiendo conducirse en que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Conclusiones que deben ser asumidas por cuanto la conducta descrita en los hechos probados del recurrente hacia su esposa, integra un comportamiento de violencia psíquica habitual gravemente atentatorio contra la pacífica convivencia familiar, que debe ser sancionado con arreglo a este precepto, en cuanto se manifiesta como exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja y permite su consideración como «habitual».

(Sentencia de 13 de abril de 2006).

## ARTÍCULO 182

### *Estupro de prevalimiento. Sobre las hijas de su pareja sentimental, llegando a mantener relaciones sexuales completas en dos ocasiones. Análisis del tipo y diferencias con la violación*

El denominado estupro con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y la inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de superioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Por ello, la expresión del artículo 434 CP 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» implica que el sujeto activo debe ser una persona que se encuentra en una especial situación con respecto a la víctima o tenga con ella una determinada relación que le proporcione una posición de superioridad tal que le permite influir sobre su voluntad de manera que el consentimiento, que al fin se presta, para el acceso carnal, no sea plenamente libre. Al referirse la Ley a «relación» o «situación» de superioridad, tanto pueden comprenderse las personas que ostentan preeminencia o ascendiente por autoridad, funciones docentes o educativas, cualidad patronal o de jefatura funcional o laboral, atendimento terapéutico o religioso, guarda o custodia, prestación económica, etc., como a aquéllas otras que, bien por hechos casuales o deliberadamente provocados por quien busca su aprovechamiento, se encuentran en una posición de supremacía, de manera que lo esencial es que el inculpado tenga tal ascendiente sobre la víctima que ésta no se encuentre en condiciones de decidir con plena libertad por su situación de inferioridad, la cual unida a su minoría de edad, justifica la tutela penal (Sentencias de 19 de julio de 1984 y 28 de mayo de 1986).

En cuanto al comportamiento consiste en tener acceso carnal, expresión que en una interpretación lógico-sistemática hay que relacionar con el contenido que a la misma da el legislador en el artículo 429 CP de 1973, por lo que incluirá las tres vías, bucal, anal y vaginal.

Por último, en cuanto al medio comisivo se exige el aprovechamiento de la referida situación o relación, es decir que no basta con que ésta exista objetivamente sino que es preciso que el acusado la explote con el fin de conseguir gracias a ella la aquiescencia del perjudicado, aprovechamiento que ha de ser suficientemente probado (SSTS de 26 de abril de 1985, 28 de mayo de 1986, 3 de mayo de 1988, 26 de abril, 1 de junio, 14 de junio y 2 de noviembre de 1989, así como 25 de abril de 1990).

El estupro de prevalimiento del artículo 434 del viejo Código ya derogado se corresponde con el artículo 182 del Código de 1995, de la misma manera que las agresiones sexuales del antiguo artículo 429 pueden identificarse con las que con tal denominación se contienen en el artículo 179 de 1995. Si el ataque a la libertad sexual, sin acceso carnal en su más amplio concepto, tuviere lugar sin violencia ni intimidación, se originan las agresiones sexuales estuproas del primitivo artículo 436 que hoy se corresponden con los abusos sexuales del artículo 181 vigente. El estupro de este artículo 434, según la redacción establecida para el Código por la Ley de 7 de octubre de 1978, supone como es sabido una especie de «cuasiviolación» en tanto que el acceso carnal se propicia no contra la voluntad de la víctima, o sin su voluntad, sino antes al contrario con su voluntad, aunque ésta se encuentre deteriorada, discriminada y mediatizada por la superioridad y dominio que sobre ella ejerce el sujeto activo de la infracción.

Quiere decirse que mientras en la violación se produce un ataque frontal a la libertad sexual, en el estupro se consolida una acción que disminuye tal libertad. En el estupro de prevalimiento el autor se aprovecha primero de una tierna edad, de 12 a 18 años, cuando la persona no sabe por lo general decidir sobre su conducta, sobre sus deseos o sobre sus apetencias, y sobre todo no sabe afrontar mentalmente situaciones adversas inesperadas (Sentencia de 10 de marzo de 1992). En segundo lugar, se aprovecha de la situación de poder, de mando de ascendencia y de influencia, en cualquier caso tan poderosa como para casi anular o disminuir el pensamiento y las facultades volitivas de la víctima que en contra de su íntimo parecer se ve impotente para oponerse a los deseos lúbricos del estuprador.

En conclusión, el delito requiere en su entorno no sólo la edad específica de la víctima sino también esa superioridad antes apuntada que proviene de situaciones o de relaciones personales, familiares, sociales o profesionales que provocan una especial ventaja de uno sobre otro (STS de 26 de diciembre de 1996). Pues bien, aquí en el relato fáctico se señala que el procesado Tomás mantenía una relación estable de pareja con Francisca, conviviendo con ella y con las hijas de ésta, Remedios, nacida el 5 de abril de 1981 y Marcelina, nacida el 29 de octubre de 1988. Asimismo que en 1989, esto es cuando Remedios tenía 8 años aprovechando las ausencias del domicilio de Francisca, comenzó a tocar los pechos y genitales a aquélla, al menos una vez por semana, y en dos ocasiones las relaciones sexuales fueron completas, la primera contando 15 años (fecha no determinada de la primera de 1996), y la segunda con 16 años, destacándose que «en ambos casos la menor no se resistió a la penetración vaginal por el temor que le infundía Tomás, de carácter agresivo, que se previó de su superioridad y posición familiar...». Finalmente en relación a Marcelina en 1990, cuando tenía 13 años, el procesado comenzó a mantener relaciones sexuales con ésta, consistentes en tocamientos en los genitales y penetraciones vaginales, en numerosas ocasiones «cediendo Marcelina a los abusos por miedo a la actitud violenta de Tomás y a su condición de compañero sentimental de su madre, que aquél aprovechó para satisfacer su deseo sexual...».

Del mismo modo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia se señala, con carácter fáctico, que se «considera patente la concurrencia de prevalimiento que se fundamenta en la relación familiar entre el procesado y las dos víctimas, frente a las que desempeña el rol de padre, siendo también de resaltar su carácter, en ocasiones violento, que influyó como causa prevalecer la voluntad de las menores».

A tales hechos cabría añadir la diferencia de edad pues el procesado nació el 19 de abril de 1945.

Todas estas circunstancias –diferencia de edad entre acusado y las dos víctimas, el hecho de ser aquél compañero sentimental de la madre de éstas y la convivencia

de todos bajo el mismo techo, unido al temor que las ocasionaba el carácter violento de aquél-, integran el tipo de estupro con prevalimiento: acceso carnal conseguido sin violencia ni intimidación, pero viciado el consentimiento de los sujetos pasivos mediante el abuso de la situación de superioridad en que se encontraba con respecto a aquellas el sujeto activo.

Siendo así –y así es efectivamente– carece de fundamento la pretensión de que han subsumido indebidamente los hechos en el tipo de estupro previsto en el artículo 434 CP derogado.

El motivo, por lo tanto se desestima.

(Sentencia de 28 de junio de 2006).

### ARTÍCULO 189.1.A)

*Corrupción de menores. Utilización para elaborar material pornográfico. Concepto de pornografía. Fotografías y vídeos del menor desnudo que carecen de contenido obsceno o impúdico. Atipicidad de la conducta*

Aduce el recurrente que la imagen de un desnudo sin más «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse», no constando que las mismas representen actitudes obscenas o que el propósito del recurrente no fuese otro que su propia auto-placencia.

La penuria del hecho probado en relación con este delito es evidente por cuanto el relato se circunscribe a constatar que durante el período de tiempo que el acusado lo tuvo en su compañía «lo fotografiaba estando desnudo e incluso grabaciones en vídeo para satisfacer sus instintos libidinosos...» (*sic*), sin que en el fundamento séptimo se aporte dato relevante excepto la falta de constancia de que las fotografías o grabaciones hayan sido difundidas, lo que excluye la aplicación del apartado 1º, letra b), del precepto mencionado. En efecto, el artículo 189.1.a) (en versión dada por Ley Orgánica 11/1999) castiga la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas pornográficos, habiendo aplicado la Audiencia esta segunda modalidad. Ahora bien, tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo «no puede ser considerada objetivamente material pornográfico», porque, efectivamente, aunque la pornografía es un concepto que no está definido en el Código Penal, lo cierto es que comporta, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, un añadido a las imágenes de obscenidad o situaciones impúdicas, lo que no puede predicarse sin más de un desnudo, luego en la medida que en el hecho probado no se especifica dicho contenido de obscenidad o impudicia resulta insuficiente para subsumir los hechos en el delito por el que han sido calificados. Es cierto que el Fiscal, que acoge la doctrina anterior, entiende que en este caso además de las fotografías se realizaron «grabaciones en vídeo», considerando que ello constituye «un plus en la acción que el acusado llevó a cabo». Sin embargo, la grabación desprovista de contenido obsceno debe llevarnos a la misma conclusión, puesto que el hecho de que la imagen sea en movimiento no implica por sí solo la existencia del elemento pornográfico.

Por todo ello el motivo se estima.

(Sentencia de 8 de marzo de 2006)

## ARTÍCULO 189.1.B)

*Distribución, exhibición o difusión de material pornográfico de menores. Intercambio de pornografía infantil a través de Internet. Concepto. Material que desborda los límites de lo ético, lo erótico y lo estético con fines de provocación sexual*

En efecto, es cierto que la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral, pautas de comportamiento.

El Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual».

Nuestra jurisprudencia, en STS de 20 de octubre de 2003, consideró que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS de 10 de octubre de 2000, precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material intervenido al acusado y que transfería a través de Internet, no puede ser cuestionada.

(Sentencia de 2 de noviembre de 2006).

## ARTÍCULO 229

*Abandono de menores. Abandono de vehículo sustraído con un menor dentro. Elementos del tipo. Sujeto activo: interpretación de la expresión «persona encargada de su guarda». Modalidades del abandono. Naturaleza dolosa del delito*

La acusación pública formaliza una impugnación en la que denuncia el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, del artículo 229 del Código Penal, el abandono de menor. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo la inaplicación al hecho del tipo penal denunciado como inaplicado. El hecho probado en el particular que interesa a la impugnación, declara que el acusado

sustrajo un vehículo a motor, hecho admitido por el propio acusado, en cuyo interior se encontraba la menor Lourdes, de quien se afirma en el fundamento, tenía tres años de edad, la cual estaba tumbada en el asiento trasero del vehículo. Se despierta, y el acusado la mantiene sentada en el vehículo dando vueltas por el partido judicial de Narón, hasta que lo abandona a las seis de la mañana, hechos que son subsumidos en el delito de detención ilegal. Seguidamente, se relata que el abandono del coche, con la menor en su interior se realizó «en la parte final de un camino de tierra que desemboca en el mar, en las inmediaciones del Monasterio de Couto. Dicho lugar era una zona sin iluminación, cerca del mar y a distancia de cualquier edificio, y la menor no fue encontrada, junto al automóvil, hasta las 11,45 horas de ese mismo día». En la fundamentación de la sentencia se arguye en contra de la subsunción en el delito de abandono de menor «al no poder considerar a la persona del secuestrador como persona encargada de la guarda». Este apartado de la fundamentación es el que es objeto de la disensión del Ministerio público que entiende que el acusado, secuestrador de la menor, adquiere la posición de garante sobre la niña, como consecuencia de su actuar precedente. Seguidamente se plantea la posibilidad de que pueda entenderse que el delito de detención ilegal absorba el de abandono de menor que rechaza al no estar comprendido en la antijuridicidad del delito contra la libertad.

Siguiendo la STS de 12 de septiembre de 2003, Sentencia que es citada tanto en la sentencia impugnada como en la impugnación del Ministerio fiscal, veamos cuáles son los elementos de este delito en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros:

1.º Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño menor de siete años. El CP actual lo amplía a cualquier menor de edad o incapaz. 2.º El sujeto activo aparece definido en los términos «la persona encargada de su guarda». Lo mismo en el CP vigente. 3.º La conducta delictiva se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: «el abandono». Ha de existir una conducta activa u omisiva de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado. 4º El delito ha de ser doloso. Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Con relación al tipo penal de abandono de menores del artículo 229 hemos declarado, por todas STS de 4 de octubre de 2001, que el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su artículo 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por

las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La situación de abandono no es objeto de discusión en la sentencia que refiere este hecho de forma clara al exponer que desde las seis de la mañana, hasta las 11:45, la menor de tres años estuvo abandonada en una carretera de tierra, a borde del mar y en un paraje sin edificaciones cercanas. Es decir, desprotegida y en situación objetiva de riesgo.

El punto de discusión, es la concurrencia del elemento típico que describe al sujeto activo «persona encargada de su guarda», que la sentencia impugnada niega que concorra en el secuestrador, y que la acusación pública afirma. Al respecto, recordamos el anterior antecedente jurisprudencial contenido en la STS de 12 de septiembre de 2003, «Estimamos que esta expresión legal «persona encargada de su guarda» es más amplia que el concepto «guardador de hecho» utilizado en la sentencia recurrida en su argumentación para absolver al acusado. Basta examinar el párrafo 2º del artículo 488, hoy 229, para percatarnos de ello, como bien dice el escrito de recurso de la acusación particular. Si este párrafo 2º está definiendo una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo, quiere decirse que hay otros posibles sujetos activos –los de la figura básica del párrafo 1º– además de éstos cuyo comportamiento punible está más castigado. Si en este párrafo 2º se agrava el delito para «los padres, tutor o guardador de hecho», es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

De aquí deducimos nosotros que el concepto «encargado de su guarda» ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los artículos 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz –art. 229–), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección».

Junto a este argumento de lógica y gramatical, que permite encuadrar la figura de la persona encargada de su guarda como concepto más amplio que el de padres, tutores o guardadores de hecho, hemos de relacionar otro relacionado con la estructura típica del delito de abandono de menores. Como hemos señalado este delito admite una comisión activa y omisiva, pues la situación de riesgo, resultado del abandono, puede ser cometido de forma activa y de forma omisiva, mediante el incumplimiento de los deberes jurídicamente señalados en la protección de menores que obligan a los guardadores del menor y también aquellas personas que por su actuar precedente y por la puesta en peligro del bien jurídico garantizan la observancia de los específicos deberes de guarda y custodia. El acusado, con su actuar precedente, la sustracción del vehículo en el que se encontraba la menor, la colocó en una situación de riesgo que le obligaba a garantizar la indemnidad de su seguridad física. No lo hizo el acusado, quien abandonó a la menor en un descampado, desprotegida frente a los riesgos inherente a la situación de desvalimiento en que la colocó. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, de haberse producido un resultado lesivo, en la integridad física o en la vida de la menor, no se dudaría de la autoría, por comisión omisiva, de quien estaba en posición de garante, esto es el acusado respecto a las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse la menor, precisamente por la conducta del acusado.

Consecuentemente, procede estimarse la impugnación del Ministerio fiscal y añadir al fallo de la sentencia la condena por delito del artículo 229 del Código Penal por el que se impone la pena de un año de prisión.

(Sentencia de 25 de octubre de 2006).

### ARTÍCULO 250.1.3ª

*Estafa agravada mediante uso de cheque. Utilización en sentido inverso. Cheque que no es un medio para el engaño sino la consumación del engaño, a través de su entrega viciada una vez sorprendida la buena fe del vendedor*

Estima el recurrente que le ha sido indebidamente aplicado el artículo 250.1 del Código Penal en cuanto considera que no existen bases fácticas para aplicar la agravante específica de haber utilizado cheque o pagaré para configurar o construir el engaño de forma más fácil.

La cuestión es interesante y debe ser examinada a la luz de los hechos probados. De su texto se deduce un inicial propósito de hacer más fácil la aparente transacción utilizando como señal de la compra que pensaba realizar un cheque por el importe de un 15 por 100, aproximadamente, de los bienes que pensaba adquirir.

A primera vista este hecho aislado de su contexto podía ser inocuo desde el punto de vista delictivo sino se continúa con el examen de su habilidosa actuación posterior que cierra de forma definitiva el engaño.

Se construye una apariencia evidente de adquisición de unos bienes que por las acciones concluyentes posteriores no había intención de consumir definitivamente.

Una vez que hace creer al vendedor que se encuentra ante un comprador con propósito de consumir la operación acude a una hábil estratagema, cuya imaginación merece ser reconocida.

Se presenta con posterioridad a la entrega del cheque, a sabiendas de que no había fondos para pagarlo y haciendo ver la seriedad de sus propósitos le avisa que no podrá cobrarlo, quiere anular la operación, si bien oculta que no podrá ser pagado por carecer de fondos. Dado que el vendedor ya lo había entregado al banco y creía que llegaría a ser abonado en su cuenta, de forma seria y responsable confía en la afirmación de que quería rescindir la operación, creyéndose que se encontraba ante una persona que le exponía con franqueza la situación. Estima que el cheque podía haber sido abonado, por lo que el acusado le persuade para que le devuelva la cantidad en forma de pagaré por el mismo importe del cheque, consiguiendo de esta manera un aprovechamiento de la cantidad ya que lo cobra y se queda con su importe.

Es evidente que el pagaré no se utiliza como palanca o instrumento para burlar las lógicas prevenciones de un vendedor, sino en sentido inverso. Es decir, que el pagaré no es un medio para el engaño sino la consumación, a través de su entrega viciada una vez sorprendida la buena fe del vendedor.

Ahora bien, ello no descarta el efecto que en toda la trama tiene el cheque entregado por el acusado como sustento y base inicial de una trama que necesitaba un metódico e impecable desarrollo. Para ello, era imprescindible la utilización inicial del cheque ya que sin su entrega no podía construirse todo el enredo. Estimamos que este dato permite, sin dudas, apreciar la agravante específica, en su

modalidad de cheque y no de pagaré, sin que pueda sustentarse que con ellos se vulnera el principio acusatorio.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de julio de 2006).

## ARTÍCULO 252

*Apropiación indebida. Elementos del tipo. Criterio de disponibilidad para determinar la consumación del delito. Doctrina general. Ingreso en el banco del «cuponazo» por uno de sus dos adquirentes. Pertenencia pro indiviso y ánimo de lucro. Cobro efectivo del premio que, aunque se hubiera producido, pertenece a la fase de agotamiento del delito*

Es doctrina conocida de esta Sala que en delitos apropiativos o de apoderamiento patrimonial la infracción criminal se perfecciona cuando el sujeto activo ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa o cosas apropiadas, aunque de facto no lo haya hecho. La obtención del lucro pretendido formaría parte del agotamiento del delito.

Todavía habría que distinguir entre los delitos de hurto y robo de los de apropiación indebida, para poner de manifiesto que la consumación en los primeros ha de ser posterior a un acto de desapoderamiento previo de la cosa mueble del poseedor legítimo de cuyo círculo de disponibilidad se extrae para quedar a merced de las facultades dispositivas del sujeto agente.

En la apropiación indebida esta primera fase no existe porque el sujeto activo tiene a su disposición la cosa por un título legítimo que le faculta para poseer (en este caso era coposeedor, dimanante de una cotitularidad dominical), más concretamente disfrutaba de una custodia compartida con su primo, lo cual hace innecesario realizar actos de desposesión frente a un tercero tenedor de la cosa.

En el delito de apropiación indebida, la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene la posibilidad de hacerlo) lo que tenía obligación (en un 50 por 100 en la hipótesis concernida) de poner a disposición del partícipe.

Sentado tal criterio es del caso analizar cuáles fueron los comportamientos puntuales del agente en relación al objeto material del delito integrado por un cupón de la ONCE que jugaba indiviso con el querellante y que resultó agraciado con 6.000.000 de euros.

El propio acusado, recurrido en esta instancia procesal, al replicar al motivo realiza unas afirmaciones plenamente veraces que evitan mayores comentarios.

El cupón fue adquirido por el recurrente el 21 de mayo de 2004, viernes, para el sorteo de ese mismo día. Fueron en total dos cupones, los cuales permanecieron en las estanterías del bar en el que usualmente los guardaban y donde ambos trabajaban.

El lunes depositó el acusado uno de los cupones, que tomó del lugar donde se encontraban, en el Banco Santander Central Hispano, precisamente el agraciado con el denominado «cuponazo» (6.000.000 de euros).

El miércoles 26 de mayo el denunciado recibe una carta del letrado del recurrente en la que se le acusa de querer apropiarse de la mitad del premio.

El sábado 29 de mayo el Juez de Instrucción núm. 2 de Almansa decreta la retención del importe del premio obtenido en el sorteo respecto del cupón premiado con 6.000.000 de euros.

Por fin el día 7 de julio de 2004 el cupón fue depositado, junto con el también premiado que quedó en la estantería a disposición del recurrente, en una Caja de Ahorros de la Delegación Territorial competente, que en este caso era la ciudad de Alicante.

Sobre tal situación el propio acusado al impugnar el motivo nos dice textualmente: «Estos datos nos indican que el denunciado (él mismo) tuvo toda la semana para cobrar el cupón y así consumir el delito, pero no sólo no lo hizo sino que se limitó a depositarlo en una entidad bancaria».

Se insiste en que sólo «lo depositó en la caja fuerte del Banco, pero no lo cobró, cuando podía perfectamente haberlo hecho, sobre todo teniendo en cuenta que el Banco de Santander es entidad colaboradora de la ONCE y que el cobro allí es automático». El recurrido concluye que la consumación equivaldría al cobro, lo que conforme a la doctrina de esta Sala no es cierto.

Por su parte la sentencia al tratar escuetamente la cuestión nos dice en el fundamento jurídico primero que atribuye al acusado la realización de «los elementos que conforman la figura penal de la apropiación indebida salvo el agotamiento del inicial propósito de disponer materialmente del numerario que reportaba el cupón, pues el cobro del premio no se ha producido...».

En el fundamento tercero insiste que ello fue debido a «... la rápida intervención del Juzgado Instructor que inmovilizó los premios de ambos cupones mediante oficio dirigido a la Delegación Nacional de la ONCE en Madrid, para terminar depositados, como consta notarialmente, en la Delegación Provincial de Alicante...».

De lo hasta el momento expuesto se advierte un error subsuntivo del tribunal provincial, que confunde la consumación del delito con la efectiva y material disposición y disfrute de la cosa. De acuerdo con la doctrina de esta Sala el acusado tuvo en sus manos cobrar el premio, por cuanto era poseedor legítimo de un título al portador y la entidad bancaria en la que se depositó podía reintegrar su importe en cualquier momento, y tal situación se mantuvo durante casi una semana. Con posterioridad, aunque hubiera querido, le habría sido imposible disponer en razón al embargo aseguratorio practicado por el Juzgado de Instrucción que conocía de la causa.

Tampoco nos pasa desapercibido que, incluso antes de poder ser abonado el importe del premio por el Banco, el acusado pudo disponer del cupón enajenándolo a terceros, circunstancia plenamente factible, que encuentra terreno abonado entre los poseedores de grandes fortunas que necesitan «blanquear» dinero.

Aunque el acusado pretenda eludir la consumación delictiva y el propio delito acudiendo al desistimiento del artículo 16.2 CP, es lo cierto que la voluntad de enriquecimiento propio en perjuicio de su primo ha quedado patente, como rezan los hechos probados ahora inalterables, y se mantiene y defiende en esta instancia procesal al sostener que el cupón le pertenece en exclusiva.

Si la Audiencia afirma que se realizaron todos los actos propios del delito, salvo el agotamiento del mismo, debió concluir, siendo consecuente con su propia afirmación, que el estado anterior al agotamiento es el de consumación.

El motivo debe estimarse, procediendo en la segunda sentencia a una nueva individualización de la pena.

(Sentencia de 3 de julio de 2006).

## ARTÍCULO 318 BIS

*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tráfico ilegal de inmigrantes. Ciudadanas rusas reclutadas en su país con la promesa de obtener un trabajo como camareras. Entrada ilegal en España donde les era retirado el pasaporte. Sometimiento a condiciones de explotación laboral. Coacción a la prostitución. Amenazas y golpes para inducir a las víctimas al ejercicio de la prostitución. Concurso real de delitos. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 mayo de 2006. Doctrina de la Sala*

Se denuncia primeramente que la Sala sentenciadora de instancia no ha entendido que entre el delito definido en el artículo 318 bis (tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros) y el acuñado en el artículo 188.1 del Código Penal (determinación coactiva al ejercicio de la prostitución) existe una relación concursal de contenido ideal, en su variedad de comportamientos penales pluriofensivos (una misma acción constituye dos o más delitos).

Como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, el aluvión de reformas legales sobre estas materias obliga a precisar que los hechos se han cometido, al menos en parte, bajo la vigencia de la última redacción de los artículos 188 y 318 bis (Ley Orgánica 11/2003, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003). Los hechos, pues, acaecen vigente ya esta norma, por lo que no se puede plantear ninguna retroactividad, sea del signo que fuere.

Desde este punto de vista, no es posible considerar que los delitos relativos a la prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, están en relación de consunción, pues el bien jurídico es claramente diferente, ya que en los segundos están constituidos por el interés estatal en los flujos migratorios y la tutela de la política en esta materia; mientras que en el delito de explotación sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las víctimas y la dignidad de las personas en tal ejercicio coactivo. Es evidente que la agravación del artículo 318 bis.2 no abarca todo el desvalor de la conducta, pues no exige que se produzca una situación concreta y efectiva de prostitución dominada por el sujeto activo del delito, como así ocurre en el artículo 188.1 del Código Penal; basta la finalidad de una potencial explotación sexual para que estemos ante el subtipo agravado del artículo 318 bis.2 (de modo que la migración ilegal considerada como tráfico ilícito o con tintes de clandestinidad, cuando su finalidad es la de ocasionar potencialmente una situación de explotación sexual por parte de otro, integra el delito referido), pero si, además, se llega a una situación de prostitución explotada por el sujeto activo del delito, bajo los parámetros que determina el artículo 188.1 (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), será necesario duplicar el reproche penal por esta última vía, bajo la óptica jurídica de un concurso real, como ha hecho correctamente el Tribunal de instancia. Se han apuntado otras diferencias, como la finalidad que persigue el delito del artículo 318 bis.2, que lo es la explotación sexual que no significa necesariamente prostitución, como podría ser la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica, siendo así que, sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del artículo 188.1 del Código Penal. Y finalmente debemos subrayar que el bien jurídico protegido en este último precepto es de titularidad

individual, a diferencia del contemplado en el artículo 318 bis, que se cobija bajo un sujeto pasivo plural. En suma, la colaboración pactada con terceros no identificados para la recepción en España de las víctimas, es acción previa y diferenciable del sometimiento de las mismas a esa situación de prostitución forzada. Y porque este último, es un delito de resultado y aquél de peligro. No hay, en consecuencia, un concurso medial entre ambos, pues la clave se encuentra en la necesidad de la acción, que es el presupuesto del concurso medial (el delito medio ha de ser necesario para el fin propuesto, como es el delito fin), y esa necesidad no puede medirse en términos concretos sino abstractos (objetivos y no meramente subjetivos). De modo que el artículo 318 bis.2, como antes hemos justificado, no implica necesariamente el sometimiento a una situación de real coacción a la determinación de la prostitución de la víctima. Siendo ello así, no es posible la construcción de tal arquitectura concursal, y pueden converger ambos tipos penales de forma real. En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

En el mismo aspecto desestimatorio se ha de estudiar la relación concursal entre el delito de explotación sexual (art. 188.1) y el delito de explotación laboral (art. 312.2, en su inciso segundo), aun siendo éste un tema muy sugestivo, por lo que ha sido sometido al conocimiento del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios.

En efecto, el artículo 188.1 del Código Penal, en la redacción actual, vigente en la comisión de los hechos, como delito de determinación coactiva a la prostitución, incrimina al «que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella», y también al «que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma».

Prescindimos de los demás subtipos agravados, debiendo señalarse que este tipo delictivo fue introducido por Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003. Es un delito comprendido dentro del título VIII (De los delitos contra la libertad sexual), dentro del capítulo V (Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores).

El bien jurídico protegido es, pues, la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución.

La única cláusula concursal (real) que el precepto prevé, es la contenida en el apartado 5, a cuyo tenor: «las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».

Por su parte, el artículo 312.2 del Código Penal, en idéntica redacción, y como delito contra los derechos de los trabajadores, relativo a súbditos extranjeros, incrimina a «quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Esta norma penal aparece redactada por disposición final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se encuentra incluida en el título XV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores).

Aunque la sentencia recurrida no es muy explícita, es de suponer que aplica el segundo inciso de tal precepto, cuando incrimina en la penalidad que establece a quienes «empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que

perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Y buena prueba es que el *factum* se cierra con la mención de que «todas las aludidas [ciudadanas rusas, víctimas] prestaban sus servicios atendiendo en general a los clientes en el referido local sin contrato de trabajo, altas en seguridad social o derecho de carácter laboral alguno».

Lo que es objeto de estos Autos es si la determinación coactiva de la prostitución de las víctimas (bien mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), que en el caso enjuiciado es palpable y evidente, entra en concurso con el delito de emplear a ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, en condiciones de explotación laboral (o sea, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual), también patente, que desborde, como es natural, el derecho administrativo sancionador en esta materia.

Las tesis concurrentes son con el concurso delictivo o con el concurso aparente de normas, que se resolvería por los dictados del artículo 8º del Código Penal, y dentro de él, a la regla tercera, que enuncia el principio de consunción, de modo que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

Es difícil pronunciarse por esta absorción por complejidad del tipo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, dados los diversos bienes jurídicos protegidos, y sobre todo, debiendo interpretar los delitos contra los derechos de los trabajadores no exclusivamente en clave de relación laboral clasificable como tal, so pena de que, bajo esa interpretación, el delito no pueda cometerse cuando la relación laboral no es convencionalmente diseñada como tal (así, una muy conocida sentencia de esta Sala, encontró delito laboral al empleo de un tercero —ciudadano extranjero— bajo los parámetros de un «contrato de esclavitud»). Y multitud de sentencias, también de esta Sala, han considerado que un delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución, aunque ésta no esté formalmente regulada como actividad laboral lícita, pues en caso contrario, se favorecería al infractor, sin ningún fundamento, careciendo de sentido que quien contrata y explota (laboral y penalmente) a un tercero en una actividad reglada socialmente pueda ser imputado en un delito de los comprendidos dentro del título XV del Libro II del Código Penal, y no pueda ser imputado quien, bajo el pretexto de explotar, en las mismas condiciones, a otro, por el hecho de que la conducta determinante de la relación laboral que sea la contratada (en sus variadas formas de arrendamiento de servicios), no haya sido jurídicamente regulada, o incluso no lo pueda ser, en atención a sus contornos fácticos (atentatorios contra la dignidad, el honor, etc.).

El Pleno celebrado el pasado día 30 de mayo de 2006 consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo, que por otro lado, ha sido resuelto por la jurisprudencia de esta Sala como de concurso real de delitos.

Así, en la Sentencia de 17 de marzo de 2005, ya se declaró que «es probable que ambas conductas vaya ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones: la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad».

Además de este argumento, debemos tener en consideración otro, relativo a la estructura del tipo. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva

a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consume mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real.

Por las razones indicadas, el Pleno indicado acordó que «cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del artículo 188.1 CP y un delito del artículo 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos».

Finalmente, el principio de proporcionalidad no se ha conculcado en la estricta aplicación del Código Penal, sin perjuicio de las vías que puedan interesar los recurrentes en ejecución de Sentencia

(Sentencia de 5 de junio de 2006).

## ARTÍCULO 325

*Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente. Conducta incardinable en el tipo básico del artículo 325 en lugar del artículo 328 CP. Depósito de aceites industriales que va más allá del mero establecimiento de un vertedero pues causa lixiviados que contaminan los pozos por infiltración. Subtipo agravado de clandestinidad que exige el desarrollo de la actividad sin autorización. No puede apreciarse cuando lo que existe es una extralimitación en la autorización concedida para la recogida y transporte de aceites industriales usados*

La petición del Ministerio Fiscal es que la conducta debe incluirse en el artículo 325 que constituye la forma agravada del delito, frente a la menos grave del artículo 328 aplicado en la sentencia. Argumenta el Ministerio Fiscal que en el artículo 325 se sancionan los vertidos contraviendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, en tanto que en el artículo 328 se constituye el establecimiento de vertederos o depósitos sin exigir la contravención de leyes u otras normas de carácter general.

Estima el Ministerio Fiscal que en el presente caso, se produjeron lixiviados e infiltración en las escorrentías que afectaron a los pozos vecinos de Can Voltat y Can Alomer, y que por tanto se puede estimar que no se está ante un simple depósito. Por lo demás, concluye el Ministerio Fiscal tal acción es contraria a toda una serie de normativa administrativa protectora del medio ambiente que citó en sus conclusiones definitivas y reitera en el presente motivo.

La sentencia razona los principios de su decisión de estimar que la acción enjuiciada no debe integrar la figura básica del artículo 325, sino la de menos gravedad del artículo 328. Su razonamiento es el siguiente: «... a mayor abundamiento, como enseña la STS de 23 de septiembre de 2003, el vigente Código Penal, en relación con los depósitos o vertidos, contiene una figura básica de mayor entidad y reproche delictivo en el citado artículo 325, pero paralelamente y de forma alternativa, como una modalidad más levemente penada se tipifica en el artículo 328 la modalidad específica de depósitos o vertederos de desecho o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las

personas. Y si bien este último precepto devalúa de forma notable la respuesta punitiva ante conductas que incuestionablemente son tan agresivas para el medio ambiente como las que se describen en las figuras básicas, ajustándonos al principio de especialidad y al contenido del hecho probado no hay duda de que entre las dos alternativas típicas debemos inclinarnos por la más favorable para los imputados, contenida en el último de los dos citados preceptos...».

La doctrina científica y también la jurisprudencia de ésta ha venido fijando los límites entre el delito básico del artículo 325 y la forma menos grave del artículo 328 en dos notas:

a) En el artículo 325 se exige la contravención de leyes con disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, lo que no se precisa en la figura leve del artículo 328;

b) En el artículo 325 se sanciona la emisión directa de vertidos, en tanto que el artículo 328 se refiere a los depósitos o vertederos líquidos o sólidos.

Diversas sentencias de esta Sala, han determinado que el artículo 325 se refiere a vertidos directos, pero al mismo tiempo han matizado tal distinción en el sentido de que los vertidos contaminantes en depósitos o balsas insuficientes o permeables, de suerte que se produzcan filtraciones en el terreno con la subsiguiente contaminación de acuíferos, es conducta que debe llevarse a la figura básica del artículo 325 y en modo alguno al artículo 328.

En tal sentido, la STS de 11 de febrero de 2003, que textualmente dice que «... el artículo 328 no cubre... los vertidos de purines procedentes de una granja de 5.000 cerdos en bolsas permeables e insuficientes, donde los residuos sobresalían o filtraban, produciendo contaminación de acuíferos «... que integran la conducta del artículo 325 CP...».

En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2000, en relación al depósito de residuos de fundición con integrantes contaminantes, de manera tal que la lluvia antes o después, los ha de arrastrar hasta el arroyo «... no es un acto de realización directa (de vertidos) pero sí constituye una provocación o realización indirecta de vertidos de las previstas como infracción penal...», y concluye la sentencia «... no nos encontramos ante el mero establecimiento de un depósito o vertedero de desechos o residuos tóxicos o peligrosos, conducta ahora prevista como delito en el artículo 328 CP...».

Por lo que se refiere al caso de Autos, y partiendo del riguroso respeto a los hechos probados, que constituyen el presupuesto de admisibilidad del cauce casacional utilizado, verificamos que en dicho relato de hechos se dice textualmente:

a) Apartado segundo del *factum* «... tras la obtención del permiso anterior, y sin realizar ninguna obra previa de acondicionamiento del fondo y de las paredes laterales de la cantera, los acusados comenzaron en 1993 su actividad de llenado de la misma mediante sucesivos vertidos incontrolados...».

b) Apartado tercero «... los aceites minerales recogidos en los talleres de automóviles y los procedentes de las sentinas de los barcos fueron parcialmente almacenados en dos grandes depósitos...».

c) Apartado sexto «... en los pozos de agua situados en las zonas limítrofes a la cantera se ha verificado la contaminación bacteriológica por coliformes fecales y concentraciones de aceites minerales, zinc, nitratos y compuestos organohalogenados absorbibles, debido a la permeabilidad del terreno. Esta contaminación afecta a los pozos vecinos de Can Voltat y Can Alomar, debido a la infiltración de lixiviados en el primero de los casos y a la infiltración de escorrentías en el segundo. El agua subterránea de Can Voltat presenta contaminación química por aceite mineral y com-

puestos organohalogenados que la hacen no apta para el consumo humano y no aconsejable para otros usos; y el agua subterránea de Can Alomar presenta contaminación bacteriológica por coliformes fecales y presencia de concentraciones no toleradas de zinc, nitratos y compuestos organohalogenados, por lo que tampoco es apta para el consumo humano...».

En esta situación, hay que concluir que se está en presencia de vertidos indirectos de sustancias contaminantes con efectos graves en las aguas y sistemas naturales. No es un mero depósito sino que indirectamente se provocaron, por la acción de los recurrentes, vertidos y lixiviados que contaminaron las aguas de los pozos de la zona, no haciéndolas aptas para el consumo, sin contar con la contaminación anaeróbica que también se produjo que está recogida en el *factum*, en los siguientes términos «... ha ocasionado, esporádicamente nubes tóxicas productoras de molestias, irritaciones y picos de ojos y garganta para los habitantes de los núcleos urbanos cercanos...».

En definitiva, se está en presencia de vertidos indirectos, pero liberados y por tanto que constituyen una contaminación directa sobre el aire, agua y suelo, acciones todas que tienen su encaje penal en el artículo 325 del CP –como postula el Ministerio Fiscal– y no en el artículo 328 del CP como sostiene la sentencia, cuya argumentación no puede ser estimada.

En conclusión procede calificar los hechos enjuiciados como constitutivos del delito de contaminación medioambiental tipo básico del artículo 325 del CP, que supuso una clara infracción de leyes y normas de carácter general y al respecto, el Ministerio Fiscal menciona en su motivo una larga relación de leyes y normativa penal de las Comunidades Autónomas de Baleares, Estatal y Comunitaria.

(Sentencia de 6 de septiembre de 2006).

## ARTÍCULO 392

*Falsedad en documento mercantil. Simulación de facturas falsas aportadas para encubrir un fraude y justificar una producción de aceituna muy superior a la real. Carácter de documento mercantil. Delito continuado. Unidad natural de acción y dolo unitario. Delito de fraude de subvenciones que no queda absorbido por la falsificación. Autonomía del bien jurídico protegido. Inapreciación de la teoría de la consunción*

La pretensión de que el delito de fraude de subvenciones absorbe en todo caso, el delito de falsedad documental, no puede ser aceptada.

En primer lugar el presente procedimiento no se sigue por el delito del artículo 308 CP –que está siendo investigado en diligencias aparte, procedimiento abreviado 14-2003–, por lo que ningún problema de concurso de normas puede suscitarse en relación a un delito que no es objeto de acusación.

En segundo lugar, el artículo 308 contempla dos modalidades: la primera modalidad típica comporta que el sujeto aparente la concurrencia de los requisitos y presupuestos (condiciones) exigidas para su concesión, «mediante el falseamiento de datos en su correspondiente solicitud o documentos que la acompañan». En la otra modalidad típica, el peticionario oculta datos o informaciones en su solicitud, que hubiera impedido la concesión.

Ello implica que sólo cuando la falsedad se erija en instrumento o medio para producir la defraudación podría plantearse la posibilidad de concurso de normas y la consunción del delito de falsedad en el delito contra la Hacienda Pública, pero no es éste el supuesto contemplado. Para la comisión del delito del artículo 308 bastaría con la presentación de una certificación expedida por una almazara en la que conste un número mayor de kilogramos de los realmente recolectados y que recibía en concepto de subvención una cantidad indebida por ese exceso, que supere la cuantía prevista en el precepto.

Por ello las facturas declaradas falsas en cuanto no habían sido expedidas por las firmas comerciales que figuraban en los membretes ni correspondían a operaciones reales de compra de abono llevadas a cabo, por Explotación Agrícola Montellano, S.L., a las empresas que en ellas aparecen no tuvieron influencia ni intervención en la supuesta comisión del delito del artículo 308, no fueron instrumentales respecto a dicha defraudación, dado que no se aportaron a la Administración a los efectos de la solicitud del pago de la subvención, sino que fueron aportadas con posterioridad cuando por la Conserjería de Agricultura y la Agencia se inician expedientes de comprobación de las cantidades de aceituna declaradas en las campañas 94/1995 y 95/1996, se trata, por tanto de falsedades *ex post* tendentes no a facilitar el delito, sino su encubrimiento con fin de ocultar y justificar aquel delito, que se investiga en otro procedimiento. Autoencubrimiento que no puede considerarse impune.

En efecto sabida es la grave dificultad que hay en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP), en estos casos, hemos dicho y respetado en esta Sala (SSTS de 5 de diciembre de 2005, 19 de junio de 2004 y 9 de octubre de 2002), de acuerdo con la doctrina, que sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho.

El artículo 8.3º CP recoge la fórmula *lex consumens derogat legi consumptae*, lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito, con relación al delito fiscal; o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarla. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación.

También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal de cadáver, en relación con el homicidio.

Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que, en Sentencias como las de 18 de septiembre de 1982 y 23 de diciembre de 1995, sostiene que no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La STS de 5 de febrero de 1990 precisa que el autoencubrimiento es —en térmi-

nos generales— impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito.

La STS de 25 de noviembre de 2000 contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes, y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente subsumible en el artículo 390.1.3º CP rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

Los absorbidos son lo que algún sector de la doctrina llama actos copenados, es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal. Lo menos, queda absorbido por lo más, en la progresión delictiva.

La STS de 31 de marzo de 2003 reitera que «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el artículo 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple».

Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta penal, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos.

En el caso que nos ocupa no se puede entender, por la teoría de la consunción que el delito de falsedad documental por el que fue condenado el acusado pueda quedar absorbido por el delito de fraude de subvenciones, por el que no ha sido acusado en el presente procedimiento, cuando siendo distinto el bien jurídico protegido en una y otra infracción, son autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión —la falsedad no tiene carácter instrumental respecto a la defraudación— ni se da el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante previsto por otra.

La impugnación, por lo expuesto, se desestima, al igual que la pretensión de que la absolución del delito de estafa debió conllevar la del delito de falsedad al no tener carácter autónomo, por cuanto la falsedad en documentos mercantiles —que las facturas tienen este carácter no ha sido cuestionado por el recurrente (SSTS de 6 de noviembre de 2000, 22 de octubre de 2002 y 27 de septiembre de 2003) a diferencia de la falsedad en documentos privados, en los que el artículo 395 habla de «para perjudicar a tercero», constituye un delito autónomo respecto de la estafa correlativa en concurso regulado y penado conforme el artículo 77 CP., esto es la estafa no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles (SSTS de 26 de noviembre de 2001 y 3 de junio de 2002).

Por último la pretendida aplicación de la pena inferior en grado en relación con el artículo 392, por el uso de los documentos los realizó un particular sin haber realizado ningún tipo de perjuicio a nadie —implícitamente se está refiriendo al artículo 393 CP— debe ser descartada, al estar reservado este precepto para aquellos que son ajenos a la planificación y elaboración falsaria, de modo que si el autor de la falsedad usa posteriormente los documentos falsarios, no comete uno de los delitos previstos en los artículos 393 y 396 CP, sino los previstos en los artículos 392 y 395, ya que el uso o presentación del documento queda absorbido por el delito más grave previamente perpetrado (STS de 27 de septiembre de 2003).

Consecuentemente calificados los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil artículo 390.2 en relación con el artículo 392 CP, la aplicación del artículo 74.1CP nos llevaría a movernos en una penalidad, mitad superior de la prevista en el artículo 392, a un año y nueve meses y tres años prisión y multa de nueve a doce meses; la impuesta, dos años prisión y diez meses multa es razonada por la Sala sentenciadora, atendiendo al número de infracciones y su trascendencia jurídica, motivación que se considera suficiente y adecuada, teniendo en cuenta que no supone una exasperación relevante en relación a la mínima posible.

(Sentencia de 21 de junio de 2006).

## ARTÍCULO 425

*Cohecho. Oficial de la Administración de Justicia que recibía dinero de los procuradores a los que llevaba los exhortos del Juzgado a su domicilio o a sus despachos profesionales. Aplicación del principio de igualdad a la falta de condena del que recibe el ofrecimiento o entrega la dádiva. Irrelevancia de la retirada de la acusación a los procuradores involucrados*

En el caso presente hemos de partir de que aun cuando el delito de cohecho es una infracción bilateral porque exige por lo común el convenio o la cooperación entre dos personas: la que hace el ofrecimiento y la que recibe la dádiva, no se trata de un delito esencialmente bipolar, ya que en algunas de sus modalidades se consume por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente la condena del que recibe el ofrecimiento o entrega la dádiva.

Por ello debe entenderse que tanto el artículo 425 como el artículo 426 tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral (SSTS de 7 de octubre de 1993 y 7 de noviembre de 1997) y no extiende al cohecho activo paralelo, pues la conducta del donante puede no ser punible, salvo que pueda encuadrarse en el tipo del artículo 423 CP que se refiere sólo a los casos de corromper o intentar corromper.

Bien entendido que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos específicamente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que le es propio, esto es, cada grupo responde de su propio delito, el cohecho activo o pasivo, sin que le sea aplicable las reglas de la coparticipación criminal ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud sin que sea exigible un pacto o convenio corruptor.

Por tanto, insistiéndose en que es atípica la acción de ofrecer regalo o dádiva, salvo que pretenda la corrupción del funcionario (STS de 2 de febrero de 1994), no se aprecia infracción alguna del artículo 14 CE por la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal en relación a los procuradores involucrados en la acción delictiva del recurrente.

Las cuestiones suscitadas en orden a la legalidad por el Ministerio Fiscal en su informe en el acto de la vista del recurso sobre la concurrencia en la conducta del acusado del requisito de «realizar un acto propio de su cargo» exigido en el artículo 425, lo que en caso negativo podría encuadrarse su conducta en el artículo 426, y si en todo caso, debería haberse encuadrado la actividad del acusado en el delito del artículo 437, no pueden merecer favorable acogida.

El realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña. En el caso presente la tramitación y cumplimiento de los exhortos civiles la tenía encomendada el recurrente por su cargo de Oficial de la Administración de Justicia (ver Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, art. 3º), por lo que su solicitud a determinados Procuradores para la entrega de cantidades de dinero si les llevaba personalmente el exhorto a su domicilio o despacho profesional debe encuadrarse dentro de las funciones propias de la tramitación.

Respecto a la posible aplicación del artículo 437 CP, sin perjuicio de los condicionamientos impuestos por el principio acusatorio, debemos recordar que el tipo delictivo contemplado en dicho precepto cuyo antecedente se encuentra en el artículo 402 CP de 1973, con las modificaciones de que la acción continúa siendo «exigir» directa o indirectamente, pero cambia el objeto de esta exigencia que antes consistía sólo en mayores derechos de los señalados, quedando excluidos aquellos no autorizados que podían dar lugar al supuesto de los artículos 202 a 204 CP derogado. En la actualidad abarca tanto a los no debidos como a los reclamados en cuantía mayor a la legalmente señalada. Ahora bien, dada la ubicación sistemática del artículo 437 incluido en el título XIX del Libro II CP entre los delitos contra la Administración Pública «y dentro de ellos en el capítulo VIII de los fraudes y exacciones ilegales», que denota claramente que mediante la sanción penal de la conducta a que nos referimos, el bien jurídico y prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento personal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello si bien en este último caso, como puntualizó la Sentencia de 14 de abril de 1986, el comportamiento del agente podrá incidir, con más propiedad, en las figuras de cohecho o estafa.

En efecto como dicen las SSTs de 3 de julio de 1991 y 27 de junio de 1989 completando la doctrina que ya establecía la sentencia antes citada de 14 de abril de 1986, el sujeto activo del delito de exacción ilegal no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquél que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido, como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc.

Consecuentemente el ilícito contemplado en el caso actual no puede subsumirse en el artículo 437 CP ya que el oficial de la Administración de Justicia tras la publicación del Decreto de 20 de marzo de 1985 y Ley 25/1986, de 24 de diciembre, no tenía derechos que exigir por razón de su cargo y, por tanto, cualquier exigencia al respecto no estaba tipificada en este precepto penal.

(Sentencia de 8 de junio de 2006).

## ARTÍCULO 432.1

*Malversación de caudales públicos. Conducta típica. Enriquecimiento ilegal del Alcalde a través de la percepción de cantidades dinerarias con las que se satisfacían gastos personales y no justificados. Abono de supuestos gastos de representación, por viajes, kilometraje y comidas. Delito continuado*

El artículo 432.1 exige, para que el delito de malversación quede integrado, que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los caudales o efectos públicos que sustrajere o consintiere que otro sustraiga. Este requisito ha sido interpretado de modo flexible por la doctrina de esta Sala por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico protegido mediante la punición de esta conducta, que no es sólo la indemnidad del patrimonio público –SSTS de 27 de mayo de 1993 y 14 de octubre de 1997– sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios.

De acuerdo con esta interpretación, ya la Sentencia de 26 de junio de 1989 recordó ser doctrina reiterada de esta Sala que «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público».

Esta doctrina se ha ido precisando progresivamente en los últimos años y así, en la Sentencia de 14 de mayo de 1992, el elemento del tipo a que nos referimos fue caracterizado como «una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal de que, en el primer caso, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material», términos que se reproducen substancialmente en la Sentencia de 1 de febrero de 1995. Más recientemente, las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 5 de octubre de 1999, han perfilado el sentido de la expresión legal de forma especialmente interesante para la resolución del caso enjuiciado en la sentencia recurrida. En la primera de ellas, relativa a un funcionario destinado en el área de programación del INEM que introdujo en un ordenador los datos precisos para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes, se dice que con la expresión «que tenga a su cargo» utilizada en el Código Penal «se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos». Y en la segunda se señala que «tener a su cargo significa, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario».

La doctrina es diáfana y, aplicada al caso actual, determina la desestimación del motivo.

(Sentencia de 2 de marzo de 2006).

## ARTÍCULO 577

*Delito de amenazas terroristas. Pintadas con amenaza realizadas en diversas localidades del País Vasco. Patrulla de la Ertzaina que sorprende in fraganti al acusado cuando realizaba una pintada*

El motivo segundo al amparo de lo señalado en el artículo 849.1 LECrim. por infracción de lo señalado en el artículo 577 del vigente CP al no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados sin cuyo requisito el delito no se entiende producido.

El delito de amenazas tipificado en los artículos 169 a 171 CP. se caracteriza, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 26 de febrero de 1999 y 14 de febrero de 2003), por los siguientes elementos: *a*) una conducta del agente integrada por expresiones o acto idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible; *b*) que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes; y *c*) que estas mismas circunstancias: subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuricidad de la acción y su calificación como delictiva.

El delito de amenazas ha sido calificado como de «enteramente circunstancial», y conforme a ello deben valorarse la ocasión en que se profieren las palabras amenazadoras, las personas intervinientes, los actos anteriores, simultáneos y posteriores.

Teniendo en cuenta dichos elementos circunstanciales, la sentencia de instancia analiza, fundamento de Derecho quinto, las distintas expresiones y frases cuya autoría se imputa al acusado, y en concreto en relación a las pintadas aparecidas en Guernica el 19 de abril de 2001, referidas a los señores concejales del PP en dicho Ayuntamiento, Fermín, conocido con el pseudónimo de «Pelos» dentro de una diana, y María Consuelo «María Consuelo ha llegado tu hora», son incardinables en alguno de los tipos comprendidos en el artículo 169 CP (especialmente homicidio o contra la libertad), pues se trata de una influencia lógica y racional para el hombre medio, teniendo en cuenta los hechos notorios y conocidos y la concreción del mal amenazado es lo suficientemente explícita para integrar el tipo de amenazas, no siendo atendibles las alegaciones del recurrente en relación a no haberse producido perturbación en la paz y tranquilidad de los amenazados, pues con independencia de que ello no es cierto, al menos en relación al concejal Sr. Fermín, el delito de amenazas es de mera actividad y se consume con la llegada del anuncio a los destinatarios. Descansa efectivamente, en la comunicación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido la perturbación anímica perseguida por su autor (STS de 13 de junio de 2003).

Sin olvidar que la sentencia de instancia destaca otras pintadas como las aparecidas el 20 de noviembre de 1999 en edificios públicos y privados de Guernica, entre otras, consistentes en insertar dentro de un punto de mira las letras PP, PSOE y Balza; «Zipaio hori ez da bidea kontuz» (en castellano, «Zipaio, ese no es el camino, cuidado»), «Zipaio kontuz» (en castellano «Zipaio cuidado»); las aparecidas el 15 de marzo de 2000 en Beasáin, «Herri honi egindakoa ordainkuko duezue» (lo que habéis hecho a este pueblo lo pagaréis), «PP huktazauke eta natakis» (PP asesino); «PP PSOE (los que tenéis que iros de Euskal Herria)»; las de 6 de abril de 2000, «Zipaio urrengoa zu» (estando la palabra «zu» dentro de una diana); las de 11 de

septiembre de 2000, «PSOE herriaren etsaiak» (Partido Socialista enemigo del pueblo); «Zipaioak herriaren etsaiak» (Ertzainak enemigos del Pueblo); las del 23 de septiembre de 2000, las siglas del PP en el interior de una diana, «asesinos, independentzia».

Frases cuyo carácter amenazante es indudable y que tienen su encaje en el artículo 170 CP, que tutela a cualquier organización, colectivo o grupo de personas a las que se amenaza genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza, que en este caso serían los miembros de la Policía autónoma y concejales, votantes o simpatizantes de los partidos políticos PP y PSOE.

Respecto a la aplicación del artículo 577, la STS de 23 de diciembre de 2004 precisa que constituye una cláusula penológica de específica agravación aplicable a los delitos enumerados en el mismo (donde se incluyen las amenazas) cuando se cometan por personas que no pertenezcan a una banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública (la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha ampliado a «la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o los miembros de un colectivo social, político o profesional»). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole, caso del artículo 577 CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, de forma que los hechos sancionados en el mismo lo son *per se*, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, siendo determinante no la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto. Lo anterior implica, además de la necesaria no pertenencia del acusado a una organización terrorista para la aplicación de este tipo penal, que tampoco pueda ser negado el hecho de que la amenaza, como es el caso, se concrete aun cuando el sujeto activo no sea miembro de dichas organizaciones, pues éstas pueden servirse de determinados núcleos o entornos afines que pueden seguir las directrices marcadas por la organización o, viceversa, éstas pueden desplegar su actividad terrorista siguiendo la instigación o inducción de aquellos que actúan en el seno de los núcleos afines, es decir, la efectividad del mal anunciado tiene relación con ambos tipos de conducta.

Pues bien, las frases aparecidas el 8 de enero de 2000 en las localidades de Guernica y Lumo, «Gora ETA» y apoyo a los presos de tal organización «Presoak kalera amnistia osoa» (presos fuera, amnistía total); las efectuadas el 20 de enero de 2000 en las mismas localidades, «Estatu espainarra estatu terrorista, ETA (m)», (Estado Español, Estado terrorista, ETA); la de 15 de marzo de 2000 en Beasaín, «Herri honi egindakoa ordainduko duezue» (lo que habéis hecho a este pueblo lo pagaréis); la de 6 de abril de 2000 en Guernica, «Gu ETA rekin, herria ETA gurekin» (nosotros con ETA, el pueblo y ETA con nosotros); «Gora kale borroka» (viva la lucha callejera); «Gora ETA» (viva ETA), son suficientemente expresivas de la finalidad perseguida por su autor, encuadrables en el artículo 577 CP.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de marzo de 2006).