

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 16

*Distinción tentativa acabada e inacabada, a los efectos de aplicación del artículo 62. La objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito*

Quinto.–Finalmente, el cuarto motivo, formalizado por idéntico cauce que los anteriores, denuncia la infracción del artículo 62 del Código Penal, y reprocha que la Audiencia Provincial de instancia no haya rebajado más que un grado, en vez de dos, como tentativa inacabada, que es lo que se sostiene en esta censura casacional.

El artículo 62 del Código Penal dispone que «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el artículo 16.2 del Código Penal.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el artículo 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese «todos», debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no cuenta el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del artículo 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta «el grado de ejecución alcanzado», que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al «peligro inherente al intento», que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así que, constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

En efecto, la STS de 21 de marzo de 2006, ratifica la tesis de la tentativa acabada, desde el primer punto de vista, al juzgar unos hechos prácticamente idénticos a los aquí enjuiciados («... cuando M. abrió la puerta del ascensor, L. C. la cogió del brazo introduciéndola en el ascensor y acto seguido, el acusado exhibió la navaja que portaba y se la puso en el cuello. Con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales, exigió a M. que se quitara los pantalones, intentando bajárselos el propio acusado, sin llegar a conseguirlo ante la resistencia de M. y el hecho de ponerse en cuclillas...»).

Lo propio ocurre en la STS de 6 de marzo de 2006, en donde se expone que, prácticamente, los actos de ejecución estaban casi cumplidos, por lo tanto estimamos que la interpretación que se efectúa por el Tribunal del artículo 62, es correcta legalmente, en la medida que el propio artículo no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la *conjunctium membrorum*, de la jurisprudencia clásica sino «al grado de ejecución alcanzado», lo que supone una modulación de la doctrina antes expuesta, o si se quiere una modulación que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada, que ya se encuentra, también, en algunas sentencias de esta Sala como la STS de 14 de mayo de 2004, cuyo FJ primero, después de reconocer la doctrina general de disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el “peligro inherente al intento”, a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate».

En consecuencia, dada la ejecución alcanzada por el delito, y sobre todo, el peligro inherente al intento, la penalidad ha sido correctamente aplicada, al concurrir, además, en aquél la circunstancia de parentesco funcionando como agravante, lo que obliga a elevar el umbral de la dosimetría penal que debe imponerse al acusado.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 20.4

*Alcance de la eximente de legítima defensa. Requisitos*

Cuarto.—Pues bien partiendo de esta premisa e incólume el relato fáctico, debemos recordar que la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un *animus defendendi* que, como ya dijo la STS 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 necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

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 aquella.

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 y con potencia de dañar» (STS de 6 de octubre de 1993), de modo que no la constituye «el simple pedir explicaciones o implicar verbalmente a otra persona» (STS de 23 de marzo de 1990), ni el «hecho de llevar las manos en los bolsillos, profiriendo insultos» (STS de 26 de mayo de 1989).

Y respecto a las situaciones de riña, la jurisprudencia, de forma constante viene declarando que en la situación de riña mutuamente aceptada no cabe apreciar para los contendientes las circunstancias de legítima defensa, al no haber en nuestro Derecho la pretendida «legítima defensa recíproca» y ello en razón a constituirse aquéllas en recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un *animus* exclusivamen-

te defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes, que de las palabras pasan a los hechos, generándose consecuencias lesivas, no como actuación exclusivamente paralizante o neutralizadora del acometimiento injusto o inesperado del adversario, sino como incidentes desprovistos de la estructura causal y racional que justifica la reacción de fuerza del acometido sin motivo, entendiéndose por riña o reyerta una situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan, tras las palabras insolentes, afrentosas u ofensivas en las peligrosas vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra.

En estos casos se ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa (SSTS de 29 de enero de 2001, y de 16 de febrero de 2001), siendo indiferente la prioridad en la agresión (SSTS de 31 de octubre de 1988, y 14 de septiembre de 1991), si bien se ha precisado que ello no exonera a los Jueces a averiguar «la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión» (SSTS de 22 de mayo de 1993, de 1 de marzo de 2001, de 13 de marzo de 2003). Y a tal supuesto en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba» (STS de 13 de marzo de 2003), a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no contaba» (STS de 26 de octubre de 2005), produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes.

En el caso presente el recurrente no respeta los hechos probados que hacen referencia a que el acusado, que trabajaba como cocinero en una establecimiento, «en el curso de una discusión con el propietario del establecimiento, Luis Enrique, llegó a esgrimir contra él una pistola. Lo que motivó que se iniciara un forcejeo entre ambos por la posesión del arma, llegando Luis Enrique a sujetarla con sus manos provocando que el acusado acabara cogiéndola en una posición forzada, Aunque pese a todo dirigida contra aquél. Hasta que en un momento dado el acusado, Darío..., efectuó un disparo contra él, que le alcanzó el rostro...».

Del anterior relato no existe base fáctica alguna para apreciar la eximente invocada. Por cuanto se habla de una discusión de que el acusado era quien llevaba el arma, y de un forcejeo, pero se omite cualquier referencia a que la víctima atacase previamente al acusado poniendo en peligro su vida de forma que este último tuviera que defenderse con la pistola.

El motivo por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 20.6

### *Eximente de miedo insuperable. Requisitos para su apreciación*

Octavo.—El segundo motivo, también por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim, reclama la aplicación de la eximente completa o incompleta

de miedo insuperable (arts. 20.6, o 21.1 CP) atenuando de manera muy cualificada, basándose en que la propia sentencia recoge que la situación que existía entre la familia de los «Bola» y la de los «Macarra» no era amistosa, y que la fama de los primeros en todo Valladolid, hacía esperar reacciones violentas por parte de tal familia de la ex mujer del recurrente.

La doctrina de esta Sala ha requerido para la aplicación de la eximente: *a)* La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. *b)* Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. *c)* Que dicho temor ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de temeridad o de pusilanimidad. *d)* Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción.

No existe base fáctica que permita la aplicación de la circunstancia, en cualquiera de sus modalidades postuladas, y el motivo debe ser desestimado.

En el caso, la narración histórica que sólo reconoce la «existencia de desavenencias entre ambas familias, y que Carlos José sabía que podía surgir algún incidente con lo familiares de Silvia, una riña o una quimera, a pesar de que esa misma tarde iban a acudir los arregladores a hablar con las familias», no permite concluir la existencia del pretendido miedo en el acusado, ni de sus elementos integrantes. Más aún, la sentencia de instancia rechaza expresa y racionalmente la apreciación de la circunstancia cuando dice en su fundamento jurídico quinto «... que la actitud que adoptó excluye completamente el haber obrado por miedo insuperable. El aparcar en las inmediaciones de la casa de Silvia sabiendo que después alguien de su familia tendría que ir a recogerlo y muy probablemente encontrarse con familiares de ella, el acudir después él a recoger el vehículo a ese lugar, en vez de encomendárselo a otra persona que no levantara los ánimos de las personas que allí estuvieran, y el acudir ya con las pistolas cargadas sabiendo que se podía producir un incidente, excluye la existencia del miedo insuperable, en cualquiera de sus formas, que ha sido invocado por la defensa».

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 29 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 21.5

### *Atenuante de reparación del daño. Su caracterización en los delitos patrimoniales y no patrimoniales*

Tercero.—El tercer motivo, formalizado al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 21.5 del Código Penal, entendiendo la recurrente que no debió haberse estimado la atenuante de reparación del daño, pues se ha apreciado sin tener en cuenta las circunstancias personales y económicas del acusado.

El motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En la STS de 12 de mayo de 2005, hemos declarado que esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultan-

de secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien, dicho esto, tampoco debe pasar desapercibido, aunque posea una importancia colateral, el contexto económico o posibilidades patrimoniales del acusado y su entorno para indemnizar. En cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo sea solvente o insolvente.

A su vez, constituye un referente audible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc., es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

En el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con destino a la indemnización correspondiente a la víctima, una niña de 7 años de edad, siendo así que el Ministerio Fiscal (y la acusación particular), ya peticionaban la cantidad de 6.000 euros, que fue precisamente la cuantificación del perjuicio a título de daño moral que el Tribunal estimó procedente.

La Sala sentenciadora de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, únicamente razona la impertinencia de la apreciación de la referida atenuante como muy cualificada, pero no lleva a cabo un pronunciamiento concreto acerca de su consideración como atenuante simple, lo que da por supuesto, aun teniendo en cuenta la diferencia entre lo consignado y lo declarado procedente, sin razonamiento alguno, como decimos. Este solo argumento sería suficiente para la estimación del motivo, pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, la consignación es inferior al tercio de lo procedente, está fuera de toda duda que la atenuación de la responsabilidad penal no era procedente, ni de lejos.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado, individualizando la concreta dosimetría penal aplicable al acusado en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.

(Sentencia de 27 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 22.7

*Agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable. Custodio de la legalidad que se convierte en infractor, instrumentalizando las facultades de que le ha investido la Ley para, torcidamente, facilitar su vulneración*

El motivo tercero, por el mismo cauce que el anterior, cuestiona la concurrencia de la circunstancia agravante de haber aprovechado su condición de funcionario público en la participación de los hechos delictivos.

Se dice que no consta que se aprovechara de esa circunstancia para la ejecución del delito.

Nuevamente desconoce los hechos probados. Su condición de miembro de la Guardia Civil destinado en el puerto de Tarifa la cualificaba altamente para facilitar la impunidad de la navegación del barco que llevaba el hachís en el puerto, y como dice el FJ quinto, el hecho de que prestara sus servicios en la terminal de pasajeros del puerto de Tarifa, no fue obstáculo para que pudiera conocer y transmitir datos sobre el movimiento de barcos en la zona pesquera del puerto, donde estaba atracado el barco con el hachís en sus bodegas.

Es obvio que su condición y destino fue puesto al servicio de los fines criminales que así quedaban facilitados de forma relevante.

No puede cuestionarse seriamente la corrección de la concurrencia de esta circunstancia de agravación. Nada es más desmoralizador que observar que el custodio de la legalidad se convierte en su infractor, instrumentalizando las facultades de que le ha investido la Ley para, torcidamente, facilitar su vulneración.

Es claro el plus de culpabilidad que justifica el plus de punición que conlleva la agravante.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 24 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 23

*Agravante de parentesco. Concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad*

Cuarto.—El tercer motivo del recurso, formalizado por idéntico cauce impugnativo que el anterior, y consiguiendo respeto a los hechos probados, reprocha la estimación de la agravante de parentesco, definida en el artículo 23 del Código Penal, pues los hechos, se dice, evidencian la desafección sentimental existente.

Dispone tal precepto, en la redacción vigente a la ocurrencia de los hechos, que «es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente», redactado por la LO 11/2003, de 29 septiembre, de medi-

das concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Los hechos probados declaran con rotundidad que Juan Ramón «había tenido una relación sentimental» con la víctima, Angelina.

Como hemos dicho en nuestra STS de 14 de octubre de 2005, la jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 de la Constitución española: imperio de la Ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos. Por esta vía se había adentrado ya el legislador al modificar el artículo 153 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 14/1999, de 9 de junio, al incorporar la fórmula «sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad», lo que permanece, tras la LO 11/2003, en el precepto vigente, según modificación por LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Es más, los hechos probados y la lectura de los autos demuestran que la causa desencadenante de todo el suceso fue el hallazgo de un preservativo usado en la vivienda ocupada por la víctima, lo que produjo el enojo de Juan Ramón y la intención violenta de mantener relaciones sexuales forzadas con Angelina, lo que evidencia el signo sentimental de su relación, provocada sin duda por una situación de celos, que es propia de la relación sentimental que declara la Sala sentenciadora de instancia, que así se ha configurado en el relato histórico de la sentencia recurrida y que, dado el cauce elegido por el recurrente para formalizar el recurso, no se puede desconocer.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 29

### *Complicidad delictiva: teorías que la diferencian de la autoría por cooperación necesaria*

Sexto.—El segundo motivo del Ministerio Fiscal, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal, en cuanto Aurelio y Federico han sido condenados como cómplices de un delito de coacciones, y solicita que los citados procesados sean condenados como autores de un delito de detención ilegal.

La sentencia recurrida considera que los procesados citados materializaron simplemente una cooperación no necesaria, que si fue eficaz para la ejecución del delito, no traspasó los límites de lo accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda.

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 (v. SSTS de 8 de febrero de 1984 y 8 de noviembre de 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (v. STS de 15 de julio de 1982). Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoria 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 (cfr. SSTS de 9 de mayo de 1972, 16 de marzo y 12 de mayo de 1998 y, últimamente, 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*.

La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se contribuye con un «algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los «bienes escasos»», o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992), y también se ha de tener en cuenta la teoría de la relevancia de la colaboración.

Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva.

Por eso, hemos de convenir, como mejor criterio delimitador, en que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido.

En el caso enjuiciado, si excluimos la puesta en libertad por orden de Cristóbal, que ejecutan ambos procesados, que por ser el acto de concluye la detención ilegal a favor de la liberación de la víctima, no puede tener gran relevancia antijurídica, sin previa participación en el hecho central del suceso, lo único que se les imputa es la ejecución de la orden de aquél, cuando, avistado un vehículo policial, Cristóbal les ordena colocar a Valentina en el medio del asiento posterior, sin duda para ocultarla, o para que no pudiera pedir auxilio. Fuera de ello, ni se encuentran en posición jurídica de garante, pues no han provocado la situación de encierro o detención, ni en el relato de hechos consta ninguna otra actuación (recuérdese que ellos se hallan en el piso con sus respectivas novias, entrando y saliendo continuamente con ellas, e incluso acompañándolas a sus casas).

En suma, no existen elementos de consistencia para variar la calificación jurídica que les ha concedido la sentencia recurrida, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar, salvo que los cómplices han de convertirse en partícipes de un delito de detención ilegal, como ya anteriormente anunciamos.

(Sentencia de 8 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 31

*Fórmula jurídica encaminada a responder a aquellos supuestos en los que el sujeto activo actúa en nombre de otro, no concurriendo en aquél, pero sí en la persona jurídica a la que se está representando, las condiciones y presupuestos exigidos por el tipo penal correspondiente para ser sujeto activo del mismo*

Segundo.—Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, la defensa de ambos acusados invoca el error de Derecho, derivado de la aplicación indebida del artículo 257 del CP.

I. En el segundo de los motivos, razona el recurrente que el delito de alzamiento de bienes requiere la existencia de una deuda por parte del sujeto activo del delito. A tenor de la legislación aplicable a la forma societaria adoptada por «AGT Servicios, SCCL», las deudas sociales de las sociedades cooperativas catalanas limitadas —Ley 18/2002, de la Generalidad de Cataluña—, no son deudas de los socios sino de la propia sociedad. En consecuencia, si Armando no era deudor personal, faltaría uno de los elementos típicos del delito de alzamiento de bienes.

El motivo no es viable.

Es cierto que el artículo 54 de la Ley 18/2002, 15 de julio, bajo el epígrafe responsabilidad de los socios por las deudas sociales, establece que, «... salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario, los socios han de responder de las deudas sociales, de forma limitada a las aportaciones al capital social suscritas, tanto si son desembolsadas como si no». Sin embargo, no resulta procedente quebrar, a partir de ese precepto, el juicio de tipicidad formulado por la Sala de instancia. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento del recurrente, habría que concluir que el delito de alzamiento de bienes, en la medida en que exige en el sujeto activo la condición jurídica de deudor, nunca podría cometerse en el ámbito de las personas jurídicas que, por definición, cuentan con un patrimonio propio y separado del que es titularidad de cada uno de sus socios. Se daría la paradoja, además, de que quedaría excluida la respuesta penal en acciones claramente reprochables, ejecutadas en el ámbito de la empresa y con el amparo que proporciona el principio de responsabilidad social. Precisamente para hacer frente a esas situaciones, el artículo 31 del CP, en línea de lo que ya proclamara el previgente artículo 15 bis, introduce una fórmula jurídica encaminada a responder a aquellos supuestos en los que el sujeto activo actúa en nombre de otro, no concurriendo en aquél, pero sí en la persona jurídica a la que se está representando, las condiciones y presupuestos exigidos por el tipo penal correspondiente para ser sujeto activo del mismo.

Hoy puede afirmarse, con carácter general, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido el espacio que es propio del artículo 31 del CP, que no es otro que el de las actuaciones en nombre de otro y los delitos especiales, esto es, aquellas

infracciones que requieren la concurrencia de determinadas condiciones en el sujeto activo que pueden explicarse a través del mecanismo jurídico de la representación. Los delitos previstos en los artículos 251 –cuando gozar de una preexistente facultad de disposición se erige en presupuesto del tipo–, 252 –al requerir en el sujeto activo hallarse en una relación jurídica que puede no concurrir en él y sí en cambio en la persona jurídica en cuyo nombre actúa–, 282 –cuando impone en el delito publicitario la condición de fabricante o comerciante–, 289 –que presupone en el sujeto activo la condición de propietario de una cosa de utilidad social o cultural– y, en fin, el artículo 257.1 del CP que, al regular el delito de alzamiento de bienes, exige como presupuesto que el autor sea propietario y, además, deudor.

Al margen de lo anterior, conviene tener presente que los dos documentos de reconocimiento de deuda suscritos por Armando –ambos descritos en el *factum*–, en cuya virtud, aquél reconocía, a título personal, adeudar determinadas cantidades a otros socios y a la propia entidad «AGT Servicios, SCCL», reunían todas las condiciones para su validez, sin que ahora, en sede casacional, resulte aceptable cuestionar su exigibilidad mediante el equívoco argumento de que esas deudas nunca debieron ser asumidas por el recurrente.

En consecuencia, descartada la alegación del recurrente acerca de la imposibilidad de afirmación de su carácter de deudor, el delito previsto en el artículo 257.1 del CP se dibuja con absoluta nitidez, no existiendo razones que conduzcan a estimar incorrectamente aplicado aquel precepto.

(Sentencia de 30 de noviembre de 2007).

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato con alevosía. El acusado aprovechó que las víctimas estaban durmiendo para, de modo súbito e inesperado, provocar un incendio, con conocimiento de que existía una muy alta probabilidad de que produciría la muerte de los moradores. La alevosía es compatible con el dolo eventual*

Cuarto.–En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.1 del Código Penal.

Se dice que no ha quedado plenamente acreditada la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía y que respecto a los menores su ánimo fue en todo caso eventual, considerándose que el dolo eventual es incompatible con la agravante específica de alevosía.

El motivo debe ser desestimado.

Desde hace años, viene declarando esta Sala (cfr. Sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona,

la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito e inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

En el supuesto que examinamos, el elemento normativo indudablemente está presente, dada la naturaleza del delito al que se pretende incorporar la agravante de alevosía. Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia tanto de la alevosía sorpresiva como por desvalimiento, ya que el acusado aprovechó que las víctimas estaban durmiendo para, de modo súbito e inesperado, provocar un incendio, con conocimiento de que existía una muy alta probabilidad de que produciría la muerte de los moradores, sin ninguna posibilidad de reacción defensiva, asegurándose, como se señala en la sentencia recurrida, la indefensión de las víctimas y su propia impunidad.

No es cierto, como se alega en el recurso, que la alevosía sea incompatible con el dolo eventual, no siendo ese el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala.

Así, en la Sentencia de 2 de febrero de 2004, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias de 25 de marzo de 2004, de 19 de abril de 2004 y 24 de mayo de 2004, esta última referida a un supuesto muy parecido al que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias de 4 de junio de 2001, de 31 de octubre de 2002 y de 20 de enero de 2003. En la misma línea la Sentencia de 3 de junio de 2002 estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo» (FJ 2.º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la Sentencia de 21 de junio de 1999, que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente Sentencia de 10 de octubre de 2006, igualmente se pronuncia por la compatibilidad si bien, dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, rechaza la existencia de la alevosía, circunstancias que no concurren en el supuesto que ahora examinamos.

Están, pues, presentes los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan la alevosía que ha sido correctamente apreciada por el Tribunal de instancia.

(Sentencia de 4 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 188.1

*Determinación coactiva a la prostitución. En aquellos supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa, que supera y exceda al derivado de la prostitución coactiva, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo*

Sexto.—Los motivos tercero de Mariano, tercero y cuarto de Bernardo, segundo de Lourdes y segundo de María Inmaculada, se formalizan por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncian tanto la incardinación de los hechos probados en el artículo 163.1 como en el artículo 188.1, ambos del Código Penal, o bien proponen la absorción del primero en el segundo.

Este reproche casacional debe ser desestimado.

Como hemos declarado recientemente (Sentencia de 20 de marzo de 2006), siguiendo a la STS de 25 de noviembre de 2005, no es la primera ocasión que esta Sala declara compatible la situación de detención ilegal con una aparente, sólo aparente y limitada capacidad de salir de casa, ir al supermercado o coger el autobús. Estos actos que aisladamente considerados podrían ser sugerentes de una situación de libertad ambulatoria, no lo son cuando se trata de personas —generalmente mujeres— sin documentación, sin conocimiento del idioma del país en el que se encuentran, procedentes de países muy diferentes, que viven en un entorno de temor, cuando no de terror, que les convierten en verdaderos seres despersonalizados, a merced de quienes se comportan brutalmente, dedicándoles a la prostitución.

Si bien en general ha de estimarse que en el campo de la prostitución coactiva existen manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución, que debe ser absorbida por el delito de prostitución —STS de 11 de julio de 2001 y 30 de enero de 2003—, es lo cierto que en el examen individualizado, caso a caso, que es la esencia de toda actividad de enjuiciamiento, pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y exceda al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso, ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo. En relación al delito de prostitución, tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria *strictu sensu* por referirse a personas extranjeras que se encuentran en la situación que se ha relatado.

En estos casos existe un plus de control sobre la mujer —que suele ser la víctima—, que excede y con mucho el necesario para su actividad en la prostitución. Aparece el ataque a otro bien jurídico distinto, cual es el de la libertad ambulatoria, y al respecto hay que recordar el escenario descrito en los hechos probados por lo que se refiere al caso de autos.

Los hechos probados narran que ambas denunciadas, y una vez en la localidad de Vera (Almería), fueron obligadas a residir en una vivienda, en la que habitaban los también procesados, y las conminaron para que trabajaran para todos ellos, ejerciendo la prostitución, con cuyo rendimiento económico se quedarían para beneficio de los mismos. Tal situación no fue inicialmente aceptada, pero mediante amenazas, físicas y verbales, consiguieron su propósito, en los términos que se relatan en el *factum*. De modo que Rocío era conducida diariamente al club, como asimismo Mari Trini (si

bien ésta no llegó a mantener relaciones sexuales con los clientes). El resultado económico de la actividad sexual ejercida, le era sustraído a la primera, apropiándose todos de tal dinerario, obteniendo Luis María de los otros procesados una parte de los ingresos obtenidos por Rocío en el ejercicio de la prostitución. Durante el desempeño de tal actividad, algunos procesados vigilaban «exhaustivamente» a Rocío, y ya fuera de su horario en tal cometido, era «conducida de igual forma por los procesados referidos a la vivienda de Vera tras su conclusión, [y] era obligada por éstos a permanecer en la vivienda sometida a estricta vigilancia, que impedía cualquier tipo de libertad de movimientos», y ello en permanente clima de amenazas. Estas denunciadas, no disponían de pasaporte (que les había sido retenido, y se encontraba fuera de su alcance), tampoco disponían de dinero, desconocían el idioma español, carecían de conocimientos sobre el paraje en donde se encontraban, no mantenían relaciones personales, fuera del club. Mari Trini fue objeto de igual trato amenazante, si bien no ejerció la prostitución, y «fue obligada por los reiterados procesados rumanos a permanecer en la citada vivienda, ocuparse en el club “La Morena” en idénticas condiciones intimidatorias y privativas de libertad impuestas a Rocío», estando, al igual que Rocío, «privada de conducirse libremente ante la estricta vigilancia, impeditiva al efecto, a que estaba sometida».

Esta situación de privación de libertad es mucho más estricta y severa que otros casos enjuiciados por esta Sala casacional, y a pesar de ello, en esos otros precedentes, se ha estimado la concurrencia autónoma de un delito de detención ilegal en concurso con otro de determinación coactiva a la prostitución.

En tal sentido se puede citar la STS de 17 de septiembre de 2001 en su FJ sexto, «... acreditada la retirada de los pasaportes, el desconocimiento del idioma, carecer de dinero, no tenían persona conocida en nuestro país y el ambiente de temor provocado por los acusados, que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre... se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado que escapan a dicha situación... que las víctimas no eran libres de movimiento...» y ello a pesar de que las mujeres acudían al supermercado para abastecerse (lo que aquí no ocurre ciertamente), y en el mismo sentido se puede citar la STS de 19 de noviembre de 2001. Y es que la conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

Como señala la Sentencia de 17 de septiembre de 2001 (ya citada), mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante *vis compulsiva* a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos.

Se cumplen, pues, todos los elementos tanto del tipo del artículo 163.1 como del artículo 188.1 del Código Penal. Y no puede atenderse tampoco a la pretendida continuidad delictiva, que propone el motivo primero de Joaquín de forma subsidiaria, porque los bienes jurídicos son personales de ambas víctimas, impidiéndolo el contenido del artículo 74.3 del Código Penal, como ocurre con la libertad individual, en su manifestación de libertad deambulatoria.

De idéntico modo, en el primer motivo de María Inmaculada se denuncia que no se han concretado amenazas, cuando lo cierto, y por la vía elegida por el recurrente (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), hemos de respetar los hechos

probados, que respecto a Rocío se relata que «le amenazaron con venderla a otras personas, y con causarle daño físico a ella, a su hermano que vivía en Francia, e incluso a un menor hijo que vivía en Rumanía; en esta dinámica de amenazas llegaron incluso a maltratarla de obra». Y con respecto a Mari Trini, que fue idéntico el «trato amenazador e intimidatorio», y que «atentaban gravemente a su integridad física».

En consecuencia, este reproche casacional no puede prosperar.

(Sentencia de 20 de diciembre de 2007).

## ARTÍCULO 189.1

*Distribución y facilitación de pornografía infantil. No es procedente la consideración de la continuidad delictiva, en consonancia con la naturaleza abstracta o genérica del bien jurídico protegido*

Primero.—El Fiscal, en motivo único, se alza contra la sentencia por la vía del artículo 849.1.º LECrim, por entender que la Audiencia no aplicó, cuando debió hacerlo, el artículo 74 C.P.

1. Al extractar su contenido nos dice que el Tribunal Provincial tras reflejar en los hechos que declara probados una sucesión de actos (en distintos momentos y dirigidos a diversas personas) de transmisión de archivos con contenidos de pornografía infantil e incluso establecer que en el momento de su detención el condenado tenía en su poder material pornográfico referido a menores de edad, destinado a su distribución, considera que dichos hechos son constitutivos de un «único» delito de corrupción de menores del artículo 189.3.a) y b) en relación con el artículo 189.1.b) del Código Penal, sin apreciar por tanto la continuidad delictiva interesada en la primera de las alternativas del escrito de calificación definitiva.

El Fiscal considera fuera de toda duda que el bien jurídico protegido por el artículo 189.1.b) del CP debe ser entendido como un bien plurisubjetivo y colectivo, en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puedan fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos.

En ese contexto entiende el Ministerio Fiscal que no debe suscitar problema alguno la consideración de un delito independiente, «por cada acto de difusión de pornografía infantil que se realice», y ello con independencia —desde esta perspectiva—, del número de menores a los que se refiera el material pornográfico. En consecuencia, cuando concurren los requisitos y presupuestos que el artículo 74 del CP establece para la figura del delito continuado, esos diversos comportamientos delictivos independientes deberán ser considerados y penados como delito continuado.

Ello debe ser así —sigue argumentando—, porque cada acto de distribución de la pornografía infantil constituye un hecho independiente que requiere una resolución criminal propia con su propia e independiente motivación. No puede ser lo mismo la conducta de quien aisladamente, en una sola ocasión, realiza un acto de difusión, que la de quien sistemáticamente difunde pornografía infantil referida a distinto material y dirigida a diversas personas, y ello, tanto desde la perspectiva de la protección del bien jurídico que se proclama, como desde la perspectiva de la reprochabilidad penal de la conducta.

2. Este planteamiento general se halla completado con alguna afirmación de interés, entre las que destacamos:

a) que la figura típica que se aplica persigue la protección genérica de la infancia, razonando que se atentarán tantas veces contra la infancia como actos concretos de distribución se realicen, pudiendo tener en cuenta como elementos para fundamentar la independencia de cada infracción la pluralidad de menores o incapaces representados en el material pornográfico distribuido, los distintos actos materiales que es necesario llevar a cabo para su distribución, las distintas resoluciones del sujeto para desarrollar su conducta, o incluso, en el supuesto que nos atañe, las diferentes personas a quienes se distribuye el material (al menos dos) y los diferentes cauces a través de los que se lleva a cabo la distribución;

b) reconoce la inexistencia de antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, aunque invoca resoluciones de esta Sala estimativas de la continuidad delictiva en delitos contra la libertad e indemnidad sexual ante la homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes.

3. Del impecable, argumentado y bien estructurado escrito de recurso del Fiscal entresacamos aspectos interesantes que deben ser aceptados.

Así, acierta a la hora de delimitar el bien jurídico protegido y calificar el objeto de protección del tipo previsto en el artículo 189.1.<sup>o</sup>.b) CP, «la protección genérica de la infancia», como también se halla en la línea de la corrección valorativa la distinta gravedad de los hechos cuando son varias las acciones y varios los sujetos pasivos (menores) o personas a las que se facilita la información pornográfica, etc., pero tales fundados argumentos deben ser analizados más cuidadosamente, en atención a la severa intensificación penológica que podría producirse en caso de aceptar la continuidad delictiva, que, a fin de cuentas y según la petición que realiza ante este Tribunal, la pena interesada se hallaría dentro del recorrido penológico del subtipo que se aplica (4 a 8 años de prisión).

4. Esta Sala entiende que precisamente en atención al bien jurídico lesionado, su carácter genérico y la estructura del tipo, se viene a configurar en él una infracción de simple actividad, como ya tuvo ocasión de calificarla una sentencia de esta Sala (STS de 20 de septiembre de 2006).

El tipo debe construirse al modo de un delito de tráfico de drogas y el indudable mayor perjuicio o cantidad de lesión ocasionada al bien jurídico por la reiteración delictiva debe proyectarse en la determinación de la pena, en cuya función el criterio judicial individualizador permitiría elegir la adecuada.

Una herramienta valiosa en el plano hermenéutico que nos puede aportar luz a esta hipótesis novedosa la podemos encontrar en la Consulta de la Fiscalía General del Estado número 3, de 29 de noviembre de 2006, que en las conclusiones 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> nos dice lo siguiente:

«3.<sup>a</sup> Los tipos de los artículos. 189.1.b) y 189.2, a diferencia del tipo del artículo 189.1.a) protegen la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, adelantado las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos. Siendo el objeto material del delito el material pornográfico como un todo, no puede dividirse el título de imputación en atención al número de menores que aparezcan en el mismo. Cuando el sujeto activo del delito actúa sobre un material ya elaborado, no ataca el bien jurídico individual libertad/indemnidad sexual de los menores afectados, por lo que se partirá de que la conducta y la valoración jurídica son únicas, con independencia de si es un único menor o si son varios los afectados, por lo que se apreciará un único delito.

4.<sup>a</sup> Descartado en estos supuestos el concurso de delitos, una vía para traducir penológicamente la mayor antijuridicidad de conductas en las que el material pornográfico incautado tenga especial entidad podría encontrarse, en su caso, en la aplica-

ción del subtipo agravado del artículo 189.3.c), cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo el valor económico del material pornográfico.

5.<sup>a</sup> Se podrá, en su caso, traducir penalmente la potencial mayor gravedad de la distribución o posesión de imágenes de múltiples menores a través de las reglas de dosimetría penal, mediante las posibilidades que ofrece la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 66 CP, conforme a la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.»

5. Conforme a tales directrices, serían, en principio, irrelevantes la cantidad de actividad de una u otra clase (tipo mixto alternativo) realizada por el sujeto activo, tanto en relación a la naturaleza de las conductas, menores afectados o número de ocasiones en que tales conductas se reiteran.

Piénsese que al ser el bien jurídico protegido de carácter abstracto, los delitos posibles cometidos frente al menor para obtener el material pornográfico concurrían con el delito que analizamos. En los delitos cometidos sobre menores encaminados a la consecución de material pornográfico el bien jurídico protegido es personal y la naturaleza del tipo de resultado, circunstancia que no se da en el presente, lo que supondría que cada conducta delictiva realizada respecto al menor integre un delito independiente, con posibilidades de estimación de la figura de la continuidad delictiva. Pero ese no es el caso.

Todo ello hace precisamente que nada tenga que ver la jurisprudencia que invoca el fiscal, referida a delitos de resultado (no de peligro) que afecta a bienes jurídicos concretos, individuales en cada uno de los sujetos pasivos de la infracción, y que este Tribunal ha estimado correcto castigar en continuidad delictiva, particularmente en delitos de abuso sexual prolongado en el tiempo.

Por las razones expuestas el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 3 de octubre de 2007).

## ARTÍCULO 248

### *Estafa. Evolución jurisprudencial del concepto de engaño*

Único.—El recurso del Ministerio Fiscal contra la absolución de los acusados se basa en la infracción del artículo 248.1 CP, que estima indebidamente inaplicado. Considera el Fiscal que en el caso los acusados engañaron al perjudicado de manera típicamente relevante, porque las promesas de aquéllos movieron el ánimo de éste, porque es anterior a la disposición patrimonial y porque sugestionó al sujeto pasivo para aceptar el negocio propuesto.

El recurso debe ser desestimado.

1. La sentencia recurrida sostiene que en el caso concreto no existió engaño porque «no puede aceptarse que el error pueda imputarse objetivamente a la acción engañosa». Luego dice que debe ser «suficiente para inducir a error a una persona medianamente perspicaz» y que «el engaño no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podría haber evitado fácilmente el error». Otras consideraciones similares son reiteradas a lo largo del fundamento jurídico primero.

2. Los argumentos de la sentencia recurrida no son totalmente coherentes entre sí, pero el resultado al que llega el Tribunal *a quo* es correcto.

En lo concerniente al engaño la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado a través de los cambios legislativos experimentados por el delito de estafa en nuestro

Código Penal. La jurisprudencia anterior a la reforma introducida por la LO 8/1983 entendió que el engaño debía ser idóneo. No obstante que el texto de los antiguos artículos 528 y 529 CP 1973 no mencionaban tal elemento, los precedentes de esta Sala, posiblemente por influencia de la doctrina italiana elaborada sobre el Código de 1889, artículo 413, introdujeron la idoneidad del engaño como requisito típico. La aplicación de este criterio no fue, sin embargo, totalmente consecuente. Las SSTs de 24 de octubre de 1962, 4 de abril de 1963 y 27 de junio de 1975 sostuvieron que la idoneidad debía ser establecida en el caso concreto, lo que probablemente hacía referencia a las condiciones del sujeto pasivo. Pero la STS 19 de enero de 1976 consideró que no cumplían las exigencias del tipo cuando la conducta del perjudicado no se motivó por el engaño, sino por otras causas. De todos modos la jurisprudencia rechazaba absolver en los casos de engaños burdos (STS de 4 de marzo de 1995) con lo que, en realidad, se negaba que el engaño tuviera que ser idóneo.

Tampoco es clara la cuestión en la doctrina. Algunos autores estiman que la aptitud del engaño para causar el error se debe determinar sin tener en cuenta el sujeto pasivo. Otros, por el contrario, piensan que la idoneidad depende de las características del sujeto pasivo. En los últimos tiempos son varios los autores que piensan que la solución del problema se debe contemplar desde la perspectiva de la subsidiariedad del Derecho penal y que la cuestión se debe situar en el marco de la relación del engaño con el error, de tal manera que toda afirmación de un hecho falso u ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo constituye un engaño típico si causó una representación falsa de la realidad en el sujeto pasivo. Este punto de vista tiene su apoyo en el texto de la ley, que no dice «engaño idóneo», sino «engaño bastante para producir error en otro». Consecuentemente todo engaño que produce error en otro es bastante.

Sin embargo, es necesario –como lo reconoce tanto la jurisprudencia, como la doctrina y la ley– que el error haya sido producido por el engaño. Éste, por lo tanto, debe ser la «causa» del error. Esa relación, denominada con frecuencia causal, sin embargo, se debe excluir cuando junto con el error concurren otras «causas» que contribuyen a la falsa representación del sujeto pasivo, en especial, las que ponen de relieve la falta de autoprotección de un sujeto pasivo que no ha tomado las mínimas precauciones para salvaguardar la integridad de su patrimonio. Tales circunstancias son de apreciar sobre todo cuando el sujeto pasivo se introduce en negocios poco claros, en los que el beneficio que se le ofrece carece de explicación comercialmente racional, cuando actúa con total despreocupación respecto de la licitud de los hechos.

En consecuencia, es de apreciar un engaño que fue bastante para provocar un error y la consiguiente disposición patrimonial del sujeto pasivo, pero la omisión de una actuación mínima cuidadosa del mismo excluye la tipicidad. Esta Sala ha aplicado ya este criterio en el caso de instituciones de crédito que no se han asegurado adecuadamente de la solvencia del cliente y los supuestos en los que el sujeto pasivo hubiera podido comprobar el estado del bien que quiere adquirir en un Registro público.

(Sentencia de 3 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 249

*Uso de tarjeta sustraída a su titular por tercero en cajero automático. Robo con fuerza o estafa informática. Problemática doctrinal. Postura de la Sala*

Cuarto.–Se alega en primer lugar dentro del motivo segundo infracción de Ley que el hecho en que se basa la calificación jurídica de estafa es el apropiarse de una

tarjeta original del propietario y después utilizarla para extraer dinero de un cajero, pues no se alude a que responda a compras efectuadas con otras tarjetas ni a los usos de tarjetas clonadas con los datos de las intervenidas en el domicilio, ha habido infracción de los artículos 248 y 249 CP por cuanto no se darían los requisitos objetivos ni subjetivos del tipo y estaríamos ante un delito de robo con fuerza, lo que implicaría en base al principio acusatorio y haberse calificado sólo por estafa, la absolución, eliminando del fallo la condena a la pena privativa de libertad de dos años impuesta.

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN suscita desde siempre problemas de tipificación.

Ya con anterioridad a la vigencia del actual Código se cuestionó la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa, y la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado sostuvo, al desestimar la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos engaño y error (sólo posibles de persona a persona), la procedencia de la calificación como robo con fuerza en las cosas, por entender comprendida en el concepto legal de llave falsa la tarjeta, afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa después de ciertas maniobras, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto no priva a aquélla de su carácter de llave.

No obstante ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó que, aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina.

Así, se sostenía que cuando una persona, que ha sustraído una tarjeta y tiene conocimiento del número secreto, pone en funcionamiento el cajero, lo que está haciendo es situarse en el lugar del titular de la cuenta, simulando al operar su autorización para extraer fondos, logrando a través de la corrección de la identificación efectuada por el sistema, la disposición de fondos, lo que indudablemente sería una maniobra fraudulenta y realmente no puede hablarse de máquina engañada sino de un Banco (como persona jurídica) engañado. Se aludía además al hecho incuestionable de que si por el no titular se transmite desde un terminal una orden de pago, adoptando o fingiendo una personalidad que no es la propia, y el terminal lo transmite a su vez al ordenador central, que autoriza la operación y dispensa el metálico, el autor consigue esta disposición patrimonial igual que si hubiera engañado directamente al programador o a un empleado de la sucursal, ya que lo que hace el proceso informático del cajero es comprobar la corrección del código de identificación y la vigencia de la tarjeta, es decir, lo que pretende el terminal es cerciorarse de que ante el mismo, se halla una persona legitimada, que es el titular de la tarjeta, o alguien, que además de poseer la misma, conoce la clave personal, lo que en un porcentaje altísimo de ocasiones equivale a decir que es el propio titular el que está operando, según confirme la experiencia. En definitiva, se decía que lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error, lo que en la práctica produce el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos. Además, se añadía que si con los mismos elementos como son la presentación de la tarjeta y el número secreto, se pudiera obtener metálico de un empleado de la entidad bancaria, no cabe duda que se consideraría tal presentación como engaño bastante, determinante de la entrega del dinero, por lo que la solución en estos casos debería ser la misma.

A ello se une la circunstancia de que no es posible asimilar el cajero automático a una caja fuerte en la que la tarjeta y la clave o número secreto fueran la llave de acceso directo al dinero, sino que a lo que en realidad se accede con los mismos es al proceso informático, concluyendo que, en estos casos, es la propia entidad bancaria y no la máquina quien entrega el dinero, con un consentimiento viciado por la creencia errónea de estar operando con el titular de la tarjeta.

Sin embargo y pese a ser estos argumentos convincentes la aplicación de la estafa clásica era entonces problemática, dado que no era el cajero automático sobre el que se manipula, sino el ordenador central, el que da las instrucciones de pago y entrega y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente, y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores, por lo que técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del artículo 528 CP 1973, suponía una relación de persona a persona.

En este sentido se señaló que, partiendo de que el engaño como elemento esencial de la estafa, debe ocasionar el error en el sujeto pasivo, y el acto de disposición debe estar determinado o causado por ese error, en la actuación del sujeto ante el cajero automático integraría el engaño esencial del delito de estafa, y la disposición patrimonial sería la expulsión del dinero que tomaría el sujeto, pero entre uno y otro momento no hay intervención alguna de otras personas, de suerte que no cabe hablar de error y de engaño a la máquina y que la voluntad del dueño de la máquina de que no se desprende dinero al no titular, voluntad tendente a evitar que personas no autorizadas dispongan del dinero, esa voluntad existe con anterioridad a la actuación del culpable y no está determinada por ella.

De este modo se negaba en los hechos la existencia del engaño, pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardides, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas, tal como se obtenía de la propia dicción del artículo 528 CP 1973. De aquí se desprendería que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario, opera pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto.

En este sentido la STS de 19 de abril de 1981 declaró que «mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa.

Por ello, y en congruencia con esta postura, se consolidó en la jurisprudencia el considerar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal» (SSTS de 21 de marzo de 1988, 6 de marzo de 1989, 27 de febrero, 21 de septiembre de 1990, 21 de noviembre de 1991, 8 de mayo de 1992, 21 de abril de 1993, 25 de abril de 1996).

Quinto.—Con la promulgación del CP 1995, parte de la doctrina ha señalado que teniendo en cuenta los artículos 238 y 239 que consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los

objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, estos supuestos de uso de tarjetas encajan con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas.

Tesis que, ciertamente, ha sido respaldada en sentencias de esta Sala Segunda como las dos citadas por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, la STS de 16 de marzo de 1999 que señala «con relación al nuevo artículo 248.2 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados “cajeros automáticos”, porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la manipulación informática o artificio semejante que requiere el precepto; y la de 24 de abril de 1999 que, en la misma línea, absuelve de estafa y reputa robo con fuerza... para reservar la regulación específica que contempla el artículo 248.2, a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a un titular».

Sentencias a las que puede añadirse la de 22 de enero de 2004, que en un caso en que la Audiencia había entendido que no concurría el delito de robo con fuerza, al no haber constancia de que el cajero que extrajo el dinero, tras haber obtenido la tarjeta de forma violenta, estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o contrapuerta mediante el empleo de aquel instrumento, declaró que el artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín «accedere», acercarse. Entre los significados del termino, según el Diccionario de la Real Academia Española, está «entrar en un lugar o pasar de él». Acceso por su parte, significa acción de llegar o acercarse y también «entrada o paso». A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados «tocar o alcanzar algo». Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en el lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto, a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de su mecanismo que resulte hábil para extraerlas. Por ello, teniendo en cuenta los posibles significados del termino «acceder» empleado en el artículo 237 y las prescripciones de los artículos 238 y 239, concluyó que «hay que entender que la propia Ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante una llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél.

De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 CP.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en SS de 18 de febrero de 2000 y de 25 de junio de 2001.

Sexto.—Ahora bien esta calificación de robo con fuerza en las cosas ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina con apoyo en algunas resoluciones de esta propia Sala Segunda. Así se precisa que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el

acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorporal y ajenos por tanto al sentido «corporal» de las llaves en nuestro Derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la sentencia antes citada de 22 de enero de 2004), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún «lugar». De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste, o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta incriminable no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima. Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el artículo 237 CP.

En efecto, no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para «acceder al lugar donde éstas se encuentren», tal y como lo define legalmente el artículo 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los artículos 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v. gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto).

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el artículo 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v. gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por tanto, lo esencial es que se produce una operación informática –introducir la tarjeta, teclear el número clave y seleccionar importe– que lleva al aparato a efectuar una «transferencia no consentida de un activo patrimonial». Pero la disposición de la máquina es voluntaria y por ello no es posible afirmar que existe el «apoderamiento» propio del robo que exige que se produzca contra la voluntad –o al menos sin la voluntad– del dueño. Apoderarse implica la ausencia de voluntad del *tradens*, y en la estafa el *tradens* (persona o cajero) entrega el dinero, ya sea por engaño en la estafa común o por la manipulación del sistema en la estafa informática.

Sobre el carácter voluntario de la entrega es particularmente significativo el voto particular emitido a la STS de 8 de mayo de 1992, que, en parte, transcribimos: «En particular no cabe afirmar como lo hace la mayoría de la Sala, que «ese apoderamiento a través de manipulación normal sobre el cajero sito en la fachada de la entidad bancaria (...) constituye por lo menos un delito de hurto (...) porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño». Precisamente el último elemento, la contrariedad a la voluntad de su dueño, no se puede afirmar aquí sin violentar el concepto de «voluntad» que esta Sala utiliza a diario. La programación del cajero electrónico para que entregue el dinero a cualquier persona que disponga de la tarjeta

y conozca el número clave, implica que el titular del dinero, es decir el banco o la institución de crédito, quieren que el dinero sea entregado al que introduzca la tarjeta y señale el número clave secreto, cualquiera sea su identidad, pero también cualquiera sea su legitimación para hacerlo. Contra esta afirmación se afirma, sin embargo, que es evidente que la institución de crédito no quería entregar el dinero a una persona no legitimada, es decir, a una persona que carezca de autorización del titular de la tarjeta. Pero, este punto de vista se apoya en una confusión de la voluntad con el deseo. Por lo tanto, se expone a todas las críticas que se han formulado desde antiguo a tal identificación: un resultado indeseable no es por ello involuntario. De otra manera no sería posible admitir que el dolo eventual es una forma de los actos voluntarios. En este sentido no parece discutible que esta Sala no hubiera dudado en considerar como voluntaria la conducta del que predispone un arma de fuego para que se dispare cuando alguien pretenda abrir la puerta de la habitación, con el objeto de dar un escarmiento al que intente robar en su ausencia, aunque el que resulte muerto por el disparo no haya querido entrar a robar, p. ej., porque era su propio hijo ignorante del mecanismo de defensa predispuesto. Si se considera, por el contrario, que toda persona que obtiene dinero del cajero automático sin estar legitimado para ello realiza una conducta típica, habrá que sancionar como autor de hurto o de robo del dinero obtenido al titular legítimo de la tarjeta que extrae más dinero que el que tiene contractualmente autorizado. También en este caso habría que admitir que el banco «No quería» entregar la cantidad que supera el límite establecido en el contrato y que la tarjeta puede ser considerada llave falsa, pues como lo indican las SSTs de 15 de julio de 1988 y 3 de julio y 23 de diciembre de 1989, «lo que caracteriza al concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización». Este supuesto, como la doctrina ha puesto de manifiesto, demuestra que en los casos de no autorizados no se puede negar que la institución de crédito quiere entregar el dinero al que lo requiere, aunque no lo desee. Dicho de otra manera: el que entrega una cosa a cualquiera que la requiera para apropiarse de ella lo hace voluntariamente, aunque lo haga mediante un dispositivo electrónico.

Precisamente por estas consideraciones es que el hecho enjuiciado en esta causa sólo se debe sancionar como hurto de la tarjeta de crédito, mientras no exista un tipo penal específico como se ha introducido en otros Derechos europeos. La situación actual de la legislación penal frente a las manipulaciones indeseadas de aparatos electrónicos es similar a la que se produjo a principios de siglo con la electricidad y que obligó a la creación de un tipo especial. En los casos de uso indebido de cajeros automáticos lo que en verdad existe es un «engaño» sobre la autorización para retirar dinero de esa manera. Pero, dado que el artículo 528 requiere para la estafa que se haya engañado «a otro», no es posible aplicar dicha disposición, pues un aparato electrónico no es «otro», en el sentido de otra persona. Esta insuficiencia del tipo penal de la estafa no se puede compensar mediante la aplicación del delito de robo (...), ello vulnera el principio de legalidad del artículo 25.1.º CE, que prohíbe la extensión analógica de la ley en contra del acusado».

Séptimo.—Llegados a este punto habrá de determinarse si estas operaciones pueden ser comprendidas en la actual estafa informática del artículo 248.2 CP de 1995, tal como se ha pretendido solucionar en otros Derechos nacionales.

Así el Derecho alemán con la entrada en vigor el 1 de agosto de 1996 del parágrafo 263.a) del StGB, que dispone: «El que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso,

será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...», pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático, esto es, la utilización no autorizada de datos (*sinbefugte verwendung*). Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del artículo 248.2 de nuestro CP, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse «de alguna manipulación informática o artificio semejante» para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es utilizada correctamente sólo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático, se considera por este sector doctrinal, es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del artículo 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del «artificio semejante» del artículo 248.2 CP en estos casos de conducta voluntaria —pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta— pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del artículo 248.2 CP.

Así, la Sentencia de 20 de noviembre de 2001, en un caso en que el sustractor de la tarjeta en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial introducen ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló que el Código Penal de 1995 introdujo en el párrafo 2.º del artículo 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa, pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el «engaño» era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. El engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

La actual redacción del artículo 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que tortíceramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la

defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del artículo 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Doctrina esta reiterada en la STS de 26 de junio de 2006 que contempló un supuesto parecido castigando como estafa informática la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago.

Igualmente la Sentencia de 21 de febrero de 2004 –que enjuiciaba unos hechos consistentes en que dos acusados, desde la tienda de la madre de uno de ellos, manipularon el TPV que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad del «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.», vinculado a la cuenta corriente de la que era titular la citada madre y utilizando la tarjeta «Visa Electrón», titularidad de la acusada, efectuaron doce operaciones de compras y otras tantas de «abono por devolución de compra», por un importe que lograron así se ingresara en la cuenta de la acusada y posteriormente, con la tarjeta extrajeron dinero de un cajero y obtuvieron servicios en establecimientos– declaró que «al texto del artículo 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de “alguna manipulación informática” o de algún “artificio semejante”». La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Dicha sentencia calificó por tanto los hechos como estafa informática del artículo 248.2 CP añadiendo que dicho tipo penal «tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del artículo 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, «sin error...».

Por último la STS 185/2006, tras declarar que era claro que el delito de estafa genérico del artículo 248.1 no era aplicable al uso de la tarjeta en cajero, dado que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error y por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas –es obvio que no es «otro», como reclama el texto legal–, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave, disienta la posibilidad, en cambio, de

aplicar el tipo del artículo 248.2 para los casos de usos abusivos en cajeros automáticos, precisando: «sin embargo cabría pensar, sólo hipotéticamente –este segundo apartado no habría sido objeto de acusación– que el uso abusivo de tarjetas que permiten operar en un cajero automático, puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del artículo 248.2 CP, dado que tal uso abusivo constituye un “artificio semejante” o una manipulación informática, pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores...».

Esta postura es compartida por aquellos que consideran que en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que sí estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el password ante el sistema es tanto como identificarse.

La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre «la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», de fecha 28 de mayo de 2001», dispone en su artículo 3 que: «Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos, especialmente datos de identidad;
- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

De ahí –coincidimos con lo argumentado por el Ministerio Fiscal– se desprende que la identificación a través del número secreto o PIN es una de las conductas que enuncia la Decisión Marco entre las que caracterizan la manipulación informática.

La identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular y, por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el artículo 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva.

En definitiva, indentificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del artículo 248.2 CP.

Ahora esta interpretación, ciertamente problemática, el anteproyecto de 2006 de reforma del CP que modifica el artículo 248, alterando en buena medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2.º bajo la letra *c*) la modalidad de «los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular, con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado *c*) del número 2 del artículo 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en «cualquier clase» indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aun cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN.

Octavo.–Por último, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en el *factum*, apartado cuarto, se destaca cómo en el registro efectuado en su domicilio se ocuparon dentro de dos maletas, material para efectuar las oportunas clonaciones, ta-

les como lectores grabadores, tarjetas alteradas y clonadas y numeraciones, documentación alterada, cámaras, tarjetas electrónicas, tarjetas regalo de «El Corte Inglés» y software apropiado para la lectura y copiado de tarjetas de crédito, esta tenencia podría encajar en la estafa del apartado 3 del artículo 248, adicionado por LO 15/2003 («la misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo»), dado que el acusado poseía programas informáticos para la falsificación de tarjetas y para la comisión de estafas mediante su uso en comercios.

Del mismo modo resultaría absurdo que en casos de uso de las tarjetas originales o clonadas, tanto en cajeros como también en establecimientos comerciales, se sumaran los delitos de robo y de estafa, en la medida de que el ánimo de lucro se agota en un propósito continuado único, y en el relato fáctico expresamente se dice que el acusado junto con otros individuos que no han podido ser identificados hasta la fecha, formaban un grupo dedicado a la clonación de tarjetas de crédito y «su utilización fraudulenta con fines lucrativos», y a continuación se describe los dos procedimientos utilizados por el acusado: «skimming», para clonar tarjetas, cuyo «fin último de tales tarjetas falsificadas era realizar compras en establecimientos comerciales, utilizando al efecto la documentación alterada oportuna para identificarse como el titular de la tarjeta, y también para extraer dinero en cajeros de entidades de crédito», y el procedimiento de «siembra», en cuyo caso «las tarjetas obtenidas con tal procedimiento son utilizadas para extraer dinero de los cajeros». Y al acusado se le ocuparon tarjetas obtenidas mediante ambas modalidades, indicándose en el *factum* que los perjuicios acreditados mediante las tarjetas intervenidas lo fueron mediante el uso de las tarjetas en los cajeros.

Por ello, si de desdobra la calificación jurídica del uso de la tarjeta de modo que su uso en local comercial es constitutivo de estafa, pues se acepta doctrinal y jurisprudencialmente que la persona que habiéndose hecho con una tarjeta de la que no es titular, finge serlo en una operación presencial, consiguiendo de este modo, que el establecimiento le proporcione bienes o servicios, consuma un delito de estafa, pues provoca, presentando la tarjeta, una apariencia de crédito o de garantía de pago de la que realmente carece y provoca, de este modo, una disposición que ha de ser asumido por una persona jurídica que se comprometió a ello bajo presuposición de normalidad de uso, y su utilización en cajero es merecedor de la calificación de robo, nos hallaríamos ante dos delitos distintos en concurso, un robo con fuerza en las cosas en relación a los cajeros, y un delito de estafa en cuanto a su uso en establecimientos comerciales —en los hechos probados, apartado cuarto, se recoge cómo las tarjetas regalo de «El Corte Inglés» sirvieron para el clonado de diversas tarjetas, realizándose con siete de ellas operaciones ilícitas— y resultaría absurda y más grave para el acusado esta separación en dos delitos de lo que no es sino una única intención y manifestación delictiva de obtener metálico o efectos mediante las tarjetas, que merece la única respuesta punitiva de la estafa.

(Sentencia de 9 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 318 BIS

### *Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Alcance interpretativo de la inmigración clandestina*

Primero.—Los motivos de los recursos articulados respectivamente por cada uno de los acusados deberán ser resueltos conjuntamente, pues tanto los nueve formalizados por Abelardo, como los ocho que formula la acusada y condenada en la instancia

Eduerne, son sustancialmente idénticos en sus argumentos, que en la mayoría de las ocasiones se reproducen textualmente.

La única diferencia es el motivo 3.º de Abelardo, referido al delito de lesiones, que afecta exclusivamente a él y no a la coprocesada.

1. El primero de los motivos, se ampara en el artículo 849.1.º LECrim y estima aplicado indebidamente el artículo 318 bis.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal. Considera el censurante que no nos hallamos ante un supuesto de inmigración clandestina por diversas razones:

a) Cuando el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda celebrado el 13 de julio de 2006 adoptó el acuerdo de considerar constitutivo del delito de inmigración clandestina «el hecho de entrar en el país bajo la condición de turista con el propósito de permanecer allí trabajando, careciendo de permiso de trabajo y de residencia en España», el acuerdo se estaba refiriendo al artículo 313 CP y no al 318 bis del mismo cuerpo legal.

b) El bien jurídico protegido en el artículo 318 bis es el interés del Estado en mantener controlado el flujo migratorio para la protección de los derechos de los emigrantes y si eso es así no cabe pasar por alto que en los hechos no resulta ninguna falsificación de documento al viajar los afectados con un pasaporte legítimo, excluyendo cualquier intento de ocultar la identidad. Tampoco se utilizaron medios clandestinos para burlar los controles administrativos y su introducción en España fue a través de un autobús, medio regular de transporte.

c) Las ofendidas por el delito acudieron voluntariamente al país y no existe ninguna prueba de que los recurrentes tuvieran participación en el hecho, ya que ninguno intervino en la tramitación de la documentación que, por otra parte, era correcta y tampoco el recurrente Abelardo acompañó a las mujeres rumanas en su viaje a España.

2. La Sala de instancia analizó exhaustivamente los requisitos típicos de la conducta prevista en el artículo 318 bis y realizó un adecuado juicio de subsunción. Delimitó el concepto de emigración clandestina o contraria a las disposiciones que la Ley de Extranjería (LO núm. 4, de 11 de febrero de 2000) y demás normas modificadoras o de desarrollo (Reglamento) establecen, para concluir que su estancia en España era desconocida para las autoridades españolas, que nunca la habían autorizado y que, con fines fraudulentos (finalidades turísticas) y sin control del tiempo de permanencia y medios de vida, son dedicadas coactivamente al ejercicio de la prostitución.

A esos datos que fluyen del *factum* y a todos los demás que contribuyeron a perfilar el relato histórico sentencial nos debemos acomodar por constituir el referente de un posible error subsuntivo, dada la sumisión a los mismos impuesta por el artículo 884.3 LECrim. En ellos es indudable que se describe un delito del artículo 318 bis CP.

3. Por otra parte el concepto de emigración clandestina esbozado en el Pleno no jurisdiccional invocado por el recurrente es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en los artículos 313 y 318 bis e idéntica debe ser también su significación jurídica, además que la diferencia no se halla en la delimitación típica, sino en el sujeto pasivo, que en un caso es el trabajador y en el otro un ciudadano extranjero («persona» en general), sea o no trabajador. En la práctica la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del artículo 318 bis por Ley Orgánica número 11, de 29 de septiembre de 2003, se ha producido una derogación tácita del artículo 313.1.º CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, sí se precisa que sea un inmigrante y este término sólo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país.

Resulta más que oportuno reflejar la jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión que el propio Fiscal trae a colación, resolviendo casos semejantes al que nos ocupa.

Esta Sala ha dicho: «La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS de 28 de septiembre y de 22 de noviembre de 2005, y de 5 de junio de 2006). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 30 de diciembre de 2005, que afirma: «basta con que el ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo el verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución»; y la Sentencia de 20 de enero de 2005 que establece: «el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes».

4. En atención a lo expuesto, es patente que los argumentos del motivo no pueden merecer favorable acogida. Las ofendidas no vinieron a España voluntariamente, sino con voluntad viciada, engañadas por la acusada Edurne, en coordinación con el otro acusado. La primera de las mujeres introducidas ilegítimamente en el país era la compañera sentimental de aquél, y tanto ésta como la otra mujer también sujeto pasivo del delito fueron conducidas a España para su explotación, desconocían las finalidades de los recurrentes y aceptaron un trabajo legítimo dada la imperiosa necesidad de conseguir dinero, lo que las colocaba en situación de especial vulnerabilidad.

Por último, la falta de pruebas que acrediten la participación en los hechos, aducido como argumento exculpatorio por el acusado, hace referencia al derecho a la presunción de inocencia que también formula en otro motivo, y será entonces cuando se trate la cuestión. De momento, y partiendo del intangible tenor de los hechos probados, la introducción en España con engaño de las dos ciudadanas rumanas con fines de explotación sexual lucrativa se realiza como consecuencia de un concierto con Edurne («quien actuaba de común acuerdo con el procesado» dice textualmente el *factum*), y todo ello después de una iniciativa de este último cerca de la víctima María Esther «ofreciéndole falsamente un puesto de trabajo como camarera de un bar que había adquirido en la localidad de Torreveja», según rezan los hechos probados.

(Sentencia de 10 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 325.1

*Delito contra el medio ambiente. Contaminación acústica. Autoría mediata. Una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas*

Primero.—En el primer motivo del recurso se alega la insuficiente prueba de la autoría del recurrente, la relación causal y la imputación objetiva entre los ruidos constatados y las afecciones de algunos vecinos y del riesgo de grave perjuicio para la

salud de las personas. La misma cuestión se reitera en el segundo motivo desde la perspectiva del artículo 24.1 CE respecto de la prueba de sonométricas, afirmando que pudo ejercer el derecho de contradicción.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. La cuestión de la prueba de la autoría carece de fundamento. En efecto, el recurrente sostiene en realidad que el delito es de propia mano y que sólo hubieran podido ser considerados autores los que operaban los aparatos de los que provenían los ruidos, es decir, el montacargas, el extractor, las persianas o los que producían el ruido de la actividad general del restaurante. Como tal es una cuestión que se debería haber planteado por el cauce del artículo 849.1.º LECrim.

Es claro que, aunque la categoría dogmática haya sido fuertemente cuestionada, el delito no es de los llamados de propia mano, es decir, de los que excluyen la posibilidad de coautoría y de autoría mediata. Lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador de los aparatos, sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben al titular de una organización respecto de los bienes ajenos que puedan ser lesionados. Por lo tanto, en la medida en la que el delito tiene un autor legalmente determinado que puede valerse de otros para el cumplimiento o para el incumplimiento de sus deberes, el recurrente es autor mediato del delito del artículo 325, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 CP.

2. En cuanto a la relación causal y la imputación objetiva el recurrente sostiene, en primer lugar, que la prueba de los ruidos se refiere a dos días (25 de marzo y 17 de septiembre de 2004) y sólo a los ruidos que se producían entre las 22 y las 23:10, pero que se ignora si los ruidos se mantenían después de esa hora y que «no cabe presumir contra el reo que los ruidos se prolongaban con la misma intensidad hasta las 24 horas o la madrugada y que volvían a empezar a las 6:30».

La prueba ha sido correctamente valorada. Es perfectamente acorde con las máximas de la experiencia que los ruidos propios de las máquinas y del público del restaurante que se hayan podido comprobar con diferencia de seis meses, ante la reconocida omisión, reconocida en el motivo tercero, de las medidas de insonorización, se deben producir todo el tiempo que dure la actividad.

En segundo lugar se alega que al no estar probado que los ruidos se prolongaran más allá de las 23:10 horas, no es posible considerar que «impedían a los perjudicados en horas nocturnas el descanso y sueño». Las mismas razones que acabamos de enunciar respecto del argumento anterior demuestran que la pretensión del recurrente no puede prosperar.

En tercer lugar se impugna la afirmación de la sentencia recurrida de que tampoco pueden ser tenidos por probados que dos de los denunciados se han visto afectados por un cuadro ansioso-depresivo que ha requerido tratamiento farmacológico y homeopático». La defensa sostiene que los informes médicos sólo afirman compatibilidad de esos cuadros clínicos con los ruidos producidos y que «compatibilidad no es causalidad». Como lo hemos decidido ya en la STS de 23 de abril de 1992, la prueba de la causalidad sólo puede ser cuestionada si se demuestra que existían otras causas que hubieran podido producir el resultado. Sin embargo, el recurrente no señala ninguna causalidad alternativa. Es por otra parte también sostenible con apoyo en la máximas de la experiencia, que una larga exposición a ruidos que perturban el sueño, en el presente caso por lo menos seis meses, puede dar lugar por sí misma a una lesión corporal, en la medida en la que por lesión se debe entender una perturbación sensible del bienestar corporal. La doctrina en este sentido no ha sido contradicha. El informe médico de los folios 46 y 47, que invoca el recurrente, es de dudosa fuerza de convicción. En efecto, sostiene que las personas exploradas presentan insomnio y nerviosismo, pero dice que no existe relación de causalidad entre el ruido y el insomnio y el

nerviosismo. La conclusión raya lo absurdo, pues es obvio que el ruido impide dormir y que el insomnio produce nerviosismo.

3. En cuanto a la prueba del riesgo para la salud de las personas, el recurso carece nuevamente de fundamento. En efecto es sabido y por lo tanto público y notorio que una larga exposición a ruidos perturbadores del sueño entraña un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Por lo demás, a pesar del anuncio referente a la imputación objetiva, nada se dice en el recurso sobre esta problemática.

4. También debe ser rechazada la afirmación de no haber podido contradecir la prueba del nivel de sonido, ratificada por los inspectores en el juicio, por no haber estado presente en la realización de la diligencia. Es evidente que esa prueba se contradecía demostrando la insonorización del local que los producía. Sin embargo, el recurrente alega que no encontró quién le garantizara un buen resultado de las obras. Tal circunstancia es jurídicamente irrelevante, pues la imposibilidad de realización de la obras no le hubiera acordado el derecho de obligar a sus vecinos a soportar sus ruidos.

(Sentencia de 27 de abril de 2007).

## ARTÍCULO 368

### *Delitos de posesión. Distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución en el delito de tráfico de drogas, en la modalidad de tenencia para el tráfico. Proposición. Conspiración*

Segundo.—En el octavo motivo del recurso, la defensa impugna la sentencia recurrida por estimar que el delito que se le imputa no ha llegado a ser consumado. La argumentación del recurso se basa en diversos precedentes de nuestra jurisprudencia. El motivo configura una unidad con el noveno, en el que estima que la pena impuesta es contraria al principio de proporcionalidad.

Ambos motivos deben ser parcialmente estimados.

1. El Tribunal *a quo* ha definido la conducta que atribuye al recurrente como el encargo de una cantidad de 500 gramos de cocaína, para su compra por un precio que pagó al procesado Augusto, «sin que dicha entrega llegara a ser hecha efectiva», toda vez que este último fue detenido por la Policía cuando iba en busca de la droga.

De todas las conductas mencionadas en el artículo 368 CP, configuradoras de diversas alternativas típicas cuyos elementos no son totalmente coincidentes, la única que entra aquí en consideración es la de tenencia de droga para el tráfico. Por lo tanto, la cuestión que se plantea en este recurso es la de si los actos realizados por el recurrente pueden ser considerados como el comienzo de ejecución de la tenencia de drogas para el tráfico. La alternativa típica de la tenencia se agota en la realización de la acción de tener la droga bajo el propio dominio. La jurisprudencia no exige una tenencia en sentido material, ni la producción de un resultado de peligro concreto. Se trata, de acuerdo con la doctrina y nuestros precedentes, de un delito de pura actividad. La doctrina más reciente ha considerado este tipo penal entre los que se denominan actualmente delitos de posesión, a los que se han dedicado no pocos trabajos críticos.

La caracterización de los actos de ejecución y su diferencia con los actos preparatorios en estos delitos ha sido siempre problemática. En especial, en un Derecho como el vigente, que mantiene la fórmula del principio de ejecución como límite mínimo de la punibilidad (art. 16 CP). Por lo tanto, la tentativa de la posesión requiere que el autor haya comenzado a poseer. Las dificultades para establecer el comienzo de ejecución, por lo tanto, no son pocas. En principio es posible sostener que el comienzo de la posesión tendrá lugar cuando el sujeto que quiere poseer tenga el objeto de la posesión «a la

mano» o en el momento en el que adquiera un poder de disposición sin necesidad de intermediaciones. La doctrina ha reconocido que, en verdad, esta figura es por sí misma un supuesto de avance de la protección penal de la salud pública, es decir, una penalización de actos preparatorios para el tráfico en sentido estricto. Respecto de estos delitos también se ha sostenido que admiten la distinción entre preparación y consumación y que «cuando el tipo del delito consumado penaliza una parte del suceso, que llega hasta un estadio de la preparación tan adelantado que, hacia adelante, sólo queda la voluntad de realización, una tentativa es imposible». Dicho de otra manera: cuando el tipo penal criminaliza como delito autónomo la preparación de otro delito, la preparación de esa preparación no debería ser considerada como un comienzo de ejecución. Nuestra STS de 9 de marzo de 1998, ya expresó las dificultades que existen para apreciar formas imperfectas de ejecución en los delitos de posesión.

La Audiencia ha considerado que el delito de tenencia de drogas para el tráfico es «de peligro abstracto y de consumación anticipada». La primera parte de esa afirmación es correcta: es un delito de peligro abstracto y como todos los de esta especie, un delito de actividad, pues lo peligroso es la conducta del autor que posee las drogas con el propósito de traficar con ellas.

Lo concerniente a la «consumación» anticipada es sin embargo erróneo, pues el delito se consume, como todos los delitos, con la realización de todos los elementos del tipo; en este caso con la tenencia de la droga. En el Derecho penal no existen las consumaciones anticipadas. Sólo hay casos en los que la ley avanza la punibilidad a los actos preparatorios, que es algo bien distinto. En realidad, lo que se quiere decir es algo obvio, carente de todo significado respecto del concepto de consumación: se trata de una criminalización en el ámbito previo de las acciones propias de tráfico que constituyen una de las restantes alternativas típicas del artículo 368 CP.

En el caso concreto que ahora consideramos, el recurrente no llegó a tener la droga a su disposición sin necesidad de acciones ajenas intermedias. No las tuvo «a la mano». Era necesario que el poseedor de la droga fuera a buscarla, la trajera al lugar en el que se encontraba el recurrente y la pusiera a su disposición. En este sentido se ha pronunciado también esta Sala en casos análogos en las SSTS de 18 de junio de 2002 y de 7 de febrero de 2007. Estos casos se diferencian de lo que ocurre en los de envío de paquetes postales, que quedan a la espera de la decisión del destinatario para su recogida, que decide cuándo se hace con él. El paquete postal está bajo su dominio, dado que la protección legal del mismo excluye a todo tercero y garantiza el dominio del receptor del mismo.

2. De todos modos, en el delito del tráfico de drogas el artículo 373, leído conjuntamente con el artículo 17 CP, son penalizados ciertos hechos previos al comienzo de ejecución, definidos como conspiración y proposición, en realidad, como nuevos delitos autónomos, en los que se percibe un doble avance de la punibilidad respecto del tráfico. La autonomía típica de estos delitos se deduce de que han sido previstos dentro de un sistema de *numerus clausus* (art. 17.3 CP). Ciertamente en la STS de 18 de junio de 2002 se hicieron consideraciones sobre la «dependencia» de la conspiración de otro delito. Tal dependencia, que en realidad debería ser caracterizada como simple relación, semejante a la que existe en otros tipos penales como el blanqueo de dinero o la receptación, no empece la independencia conceptual de los tipos legales de la conspiración y proposición.

a) El legislador ha definido la proposición como la invitación a otra u otras personas a ejecutar el delito que ha resuelto cometer. La proposición no debe ser entendida sin considerar la definición que de ella hace la ley. Por lo tanto, no toda proposición constituye una resolución manifestada. Sólo aquellas que reúnan los elementos del tipo legal de la proposición podrán ser consideradas como tales. De la sola formulación verbal se deduce que el autor de la proposición manifiesta a otro su reso-

lución de cometer un delito para incorporarlo como partícipe a la ejecución del propio plan. Se trata, por lo tanto, de una especie de tentativa de inducción, no dirigida a generar el dolo del autor, sino el dolo del partícipe (coautor, cooperador o cómplice).

En el presente caso, es nuevamente necesario partir de la alternativa típica de la tenencia para el tráfico. El recurrente pretendía adquirir droga para luego difundirla por sí mismo. El otro acusado, por su parte, ya había consumado su propio delito de tenencia para el tráfico. Desde esta perspectiva resulta claro, según el hecho probado, que el recurrente no tenía el propósito de incorporar a su plan al vendedor como partícipe en la tenencia para el tráfico, pues no pretendía tener la droga conjuntamente o con la cooperación para la tenencia del otro acusado. Brevemente: No obró con el propósito de inducirlo a participar en la tenencia de drogas para el tráfico y, consiguientemente, debe ser excluida la proposición.

b) Distinta es la cuestión vista desde la perspectiva del tipo de la conspiración. Ésta requiere el concierto para la ejecución de un delito (art. 17.1 CP). En ello se agota el contenido típico. Si bien en alguna ocasión se ha señalado como característica de la conspiración una «dinámica propia», es seguro que con esas expresiones no se ha querido indicar ninguna característica especial del tipo, dado que todos los delitos del Código Penal y de las leyes especiales tienen una dinámica propia. Tampoco es un «delito de pura intención», dado que requiere una exteriorización del contenido psicológico de los autores que tenga las características conceptuales de una acción, pues de lo contrario se infringiría el principio de que el pensamiento no delinque.

Pareciera que también en este caso se trataría de la realización conjunta de un mismo tipo penal. Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el Código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los artículos 27 ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas.

Esta calificación de la conducta del recurrente no altera la calificación del delito cometido por el otro recurrente. Es evidente que también éste ha tomado parte en la conspiración para distribuir droga, pero al haber consumado el delito del artículo 368 CP en su modalidad de tenencia de drogas para el tráfico, la conspiración para que otro distribuya la droga que él posee es un hecho posterior copenado (art. 8.3.º CP).

(Sentencia de 7 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 373

*Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas. Los actos preparatorios punibles no contemplan ni la tentativa del delito ni la participación en concepto de cómplice*

Segundo.—Por infracción de ley (art. 849.1.º LECrim) en el homónimo ordinal se estima indebidamente aplicado el artículo 368 CP y concordantes, al reputar que los hechos eran constitutivos de una tentativa de delito del artículo 373 y su intervención fue en concepto de cómplice.

1. La protesta halla su razón de ser en la insuficiencia fundamentadora en orden a la participación del recurrente en los hechos. Sostiene que nada tiene que ver con los organizadores, su actividad no se halla perfilada en la sentencia y la atribución de la condición de financiador no se sostiene al carecer de barco para recoger la droga, resultando en suma, la participación meramente presuntiva, lo que podía determinar la aplicación del artículo 373 CP.

2. El motivo carece de fundamento. Desde el punto de vista formal propugna o admite una condena por complicidad o por un delito en grado de tentativa, cuando el precepto que se invoca como infringido hace referencia a actos preparatorios, integrados por la provocación, conspiración o proposición para delinquir.

Pero aunque reputáramos que lo pretendido es una condena como conspirador del delito, una infracción delictiva de tendencia y tracto sucesivo como es la que nos ocupa (tráfico de drogas) ofrece graves dificultades para la estimación de formas imperfectas de ejecución.

En nuestro caso el delito estaba consumado, porque los vendedores de la droga (la otra parte contratante) ya habían remitido el objeto contractual hacia España, que viajaba con vocación de destino al recurrente y demás intervinientes en el hecho, disfrutando éstos de una posesión indirecta y del poder de disposición de la droga. El delito se halla consumado.

Respecto a su participación ya pusimos de relieve cómo, a través de la abundante prueba indiciaria, el acusado era el encargado de la recepción y distribución de la droga, aunque tal precisión se contenga con carácter cointegrador del *factum* en la fundamentación jurídica. Desde el respeto a los hechos probados de la sentencia y a sus complementos fácticos es incuestionable que el acusado es autor de un delito consumado de tráfico de drogas.

El motivo no puede merecer acogida.

(Sentencia de 4 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 400

### *Tenencia de útiles para la falsificación de tarjetas de crédito*

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 400 del Código Penal.

Dicho precepto tipifica actos preparatorios consistentes en la fabricación, entre otros, de programas de ordenador, o en su tenencia, es decir que el sujeto los posea bien materialmente o a su disposición, con el fin de cometer alguno de los delitos comprendidos en los artículos 366 a 399, conociendo que los aparatos u objetos que fabrican o poseen sirven para falsificar moneda, o en este caso, tarjetas de crédito y que están destinados a esa ilícita actividad.

En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo, celebrado el 28 de junio de 2002, se tomó el acuerdo de que la incorporación a la «banda magnética» de uno de esos instrumentos de pago (tarjetas de crédito o de débito que el artículo 387 equipara a la moneda), de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal, esto es, como falsificación de moneda. Este Acuerdo ha sido recogido en reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia de 8 de julio de 2002.

La tenencia de útiles para la fabricación de tarjetas de crédito fraudulentas es precisamente la conducta que se atribuye al ahora recurrente, en cuanto era portador de un lector de bandas magnéticas en el que estaba integrado un «jack» con un micro interruptor interno que permite que los datos obtenidos sean transferido a un ordenador portátil, con la finalidad de obtener tarjetas de crédito en blanco, con el objeto de poderlas utilizar fraudulentamente en el tráfico mercantil y alcanzar así un beneficio ilícito.

Así se declara probado y ese relato que, dado el cauce procesal esgrimido, debe ser mantenido sin alteración alguna, se subsume en el artículo 400 del Código Penal, correctamente aplicado por el Tribunal de instancia.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 27 de abril de 2007).

## ARTÍCULO 403

*Delito de intrusismo. La prescripción de medicamentos, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica*

El primer motivo, por la vía del *error iuris* del artículo 841.1.º LECrim, denuncia como indebidamente inaplicado el artículo 403.1.º del Código Penal vigente, porque así lo solicitó expresamente la defensa como consta en el FJ segundo, apartado segundo *in fine*.

Se afirma en la argumentación del motivo que se está ante actos atípicos en la medida que el recurrente no se atribuyó la condición de médico, ni aplicaba el arte médico que se imparte en la Facultad de Medicina, concluyendo que «... el delito de intrusismo únicamente es concebible desde el momento en el que el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad o dolencia se afronta desde un método estrictamente científico-experimental propio del ámbito de la medicina ortodoxa o tradicional...».

Por ello, se dice, todas las prácticas de lo que ha venido a llamarse «medicina natural» o «medicina alternativa» que pueden caer bajo la rúbrica de «parasitaria» no pueden integrar el delito de intrusismo.

En el vigente Código Penal, en el capítulo V del título XVIII, se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los artículos 320 y 321 del Código Penal 1973. Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas –art. 402–, o privadas –art. 403–. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de «actos propios» de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el artículo 403, su precedente se encuentra en el artículo 321 del anterior Código Penal como ya se ha dicho que los incluía dentro del título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas «falsedades personales».

El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del Código Penal 1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título –de existir– ampa-

raría, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legítimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: a) el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptuar este delito como de peligro: «... peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita...» –STS de 20 de julio de 1993–; y b) protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión, como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas, debe prevalecer la primera en la medida de la superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.

A la hora de tipificar el intrusismo –siendo la primera vez que este término aparece en la rúbrica de un Código Penal–, el vigente Código Penal distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del artículo 637.

b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito «... que tantos problemas ocasiona...» en palabras de la STS de 28 de marzo de 2003, con cita de la de 12 de noviembre de 2001.

c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial, pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el artículo 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado.

La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto.

Por «acto propio» debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o

específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida –SSTS de 18 de mayo de 1979, 22 de abril de 1980, 27 de abril de 1989, 30 de abril de 1994 y 22 de enero de 2002–.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural, «actos propios», por lo que no se necesita una reiteración de actos, basta uno sólo; pero sí son varios los actos, no existe una continuidad delictiva sino un sólo delito de ejercicio de actos propios de una profesión, se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el artículo 368: «... los que ejecuten actos...» –SSTS de 29 de septiembre de 2000, de 12 de noviembre de 2001 y de 22 de enero de 2002–.

Desde esta doctrina pasamos a analizar la denuncia efectuada, que ya desde ahora anunciamos, no puede prosperar.

En primer lugar, dado el cauce casacional utilizado, hay que partir del riguroso respeto a los hechos probados.

En ellos se nos dice claramente que el recurrente:

- a) Prescribía procaína, epinefinidina, urbason y polaramide, medicamentos todos que son de obligada prescripción médica.
- b) Efectuaba diagnósticos médicos.
- c) Prescribía tratamientos, ciertamente singulares, como la extracción de todas o parte de las piezas dentarias, porque en ellas se encontraba el origen de todas las enfermedades que diagnosticaba a sus pacientes.

Es obvio que la prescripción de medicamentos, los que incluso tenía en su despacho, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica.

En la medida que el recurrente efectuó tales actos médicos sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico por el que ha sido condenado, del artículo 403.1.º del Código Penal.

La alegación de que se trata de medicina alternativa, situada extramuros de la medicina convencional que se enseña en las Universidades, debe ser tajantemente rechazada, no puede ser admitida.

Ciertamente que en relación al ejercicio de la acupuntura, a la medicina naturista o a la reflexoterapia o rayos láser en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de «medicina alternativa», denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiera título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico, tiene declarado esta Sala que no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elemento de los «actos propios» en el sentido antes citado –STS de 4 de julio de 1991–, pero ya se cuida la STS de 19 de junio de 1989 que «... si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada está incidiendo las funciones de la Medicina...», incurriendo su conducta en el artículo 321 del Código Penal de 1973, equivalente al actual 4031.º CP.

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho, no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: a) recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa,

b) efectuó diagnóstico y c) ordenó «tratamientos» y «terapias» acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendían en los términos expresados, actos todos que constituyen «actos propios» de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico –de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del artículo 403.2.º–, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la «especialidad» en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en base a esa confianza el paciente se pone –literalmente– en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente.

Se dieron todos los elementos del delito de intrusismo por el que ha sido condenado el recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de marzo de 2007).

## ARTÍCULO 556

### *Delito de resistencia a los agentes de la autoridad. Elementos. Diferencia con el artículo 468 del Código Penal*

Tercero.–Respecto a la infracción de ley, el Tribunal *a quo* rebajó la entidad cualitativa del delito por el que se le acusaba (delito de atentado), a la de resistencia a los agentes de la autoridad, que integra el tipo penal descrito en el artículo 556 del Código Penal. No se consideró, pues, por los jueces *a quibus*, una resistencia «activa» y «grave», o bien un acometimiento, que hubiera dado lugar al tipo objetivo descrito en el artículo 550 del Código Penal, sino una simple resistencia.

En realidad, de alguna manera existió tal acometimiento, al describir la Sala sentenciadora de instancia en el *factum* un empujón: «... empujando al agente de la autoridad...». Y ya hemos declarado que existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes. La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales (STS de 18 de marzo de 2000).

No es éste el planteamiento, sin embargo, del recurso, en tanto que únicamente ha recurrido el fallo de instancia, la representación procesal de la defensa.

Pero no existe duda que existió el tipo de resistencia, no grave, y tampoco activa, benévolamente calificado, en el caso enjuiciado, pues el acusado se encontraba detenido, y huyó del lugar de su detención, mediante un acto de empujón a uno de los agentes, marchándose hacia su casa. Igualmente hubiera podido ser calificado del quebrantamiento a que alude el artículo 468 del Código Penal, con idéntica penalidad, pero en este caso no se exige acto alguno de oposición de cualquier tipo al agente que custodia al detenido. Al producirse ésta, es correcta la calificación que llevó a cabo el

Tribunal de instancia, pues el acusado exteriorizó una resuelta oposición al cumplimiento de lo que en aquel momento demandaban los agentes policiales, al punto que huyó empujando al agente de la autoridad citado.

No se trata aquí, en modo alguno, de una huida inmediata al delito, que debe ser absorbida por éste, de modo que sólo se castigará en casos de resistencia a ser detenido (SSTS de 11 de marzo de 1976, 28 de enero de 1982 y 17 de septiembre de 1988), como ocurre en el caso de autos.

Y respecto al elemento intencional, o tipo subjetivo, puesto que la acción agresiva se ejecuta cuando el sujeto activo ya tiene conocimiento de la cualidad y actividad del sujeto pasivo, y de su condición de detenido y afecto a unas determinadas diligencias, es indiscutible que también se cumple el elemento subjetivo, integrado por el dolo –directo o indirecto– de ofender o desconocer el principio de autoridad, que «va insito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido» (STS de 7 de mayo de 1988), entendiéndose que quien agrede conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado» (STS de 31 de mayo de 1988, con cita de otras), matizándose que «la presencia de un *animus* o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS de 3 de marzo de 1994; lo mismo en SSTS de 27 de abril de 1995 y de 15 de febrero de 2001). También la Sala Segunda ha declarado que tal ánimo se presume (SSTS de 16 de junio de 1989, 12 de septiembre de 1991 y 19 de noviembre de 1992) y que «el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa» (STS de 9 de junio de 1990), sin que se requiera «una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción» (STS de 22 de febrero de 1991). No obstante, puede excluirse tal ánimo cuando existan datos objetivos «que acrediten o al menos permitan conjeturar que el agente, al proceder como lo hizo, no tuvo la intención de atentar o desprestigiar el principio de autoridad, sino que actuaba por razones estrictamente personales u otras totalmente ajenas a la función pública o a la condición profesional de la víctima» (STS de 15 de septiembre de 1989), o sea, «que se prueba la existencia de un móvil divergente, que, por su entidad, vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito» (STS de 4 de julio de 1991), circunstancias estas últimas que son ajenas al supuesto actual.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 18 de mayo de 2007).

## ARTÍCULO 564.2.1

### *La cualificación de borrados de marcas de fábrica o número de serie en el delito de tenencia ilícita de armas*

Cuarto.–En el motivo quinto y último, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim, estima indebidamente aplicada la cualificación en el delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564.2.1.º.

1. La causa de la protesta se halla en la no motivación de las razones por las cuales el acusado es considerado autor del borrado del número de identificación de la carabina intervenida o dando por supuesto que la adquirió a sabiendas de dicha circunstancia.

Tal vacío en la motivación lo considera incompatible con el principio de culpabilidad, atribuyéndole una conducta que no se acredita haya realizado, habida cuenta de que el hecho de la cualificación debe ser abarcado por la conciencia y voluntad del poseedor del arma a la que se ha borrado la numeración.

2. Al recurrente no le asiste razón, porque el tipo del artículo 564.2.1 CP no consiste en borrar las marcas de fábrica o número, ni en adquirir el arma a sabiendas de su borrado, sino en la tenencia de las armas que tienen borradas tales marcas o número. Ciertamente la voluntad del autor deberá abarcar tal circunstancia, lo que se cumple cuando se posee el arma con conocimiento de la alteración. En el presente caso el conocimiento está perfectamente acreditado en base a las siguientes circunstancias indiciarias, todas ellas probadas, como certeramente apunta el Fiscal:

*a)* Luis Pablo ha sido soldado de la Legión española, sabe manejar armas de fuego, conoce su funcionamiento y en el ejército pertenecía al cuerpo de fusileros como francotirador selecto.

*b)* La posesión del arma no fue instantánea, constreñida al momento de cometer los disparos, sino más prolongada en el tiempo, como demuestra el hecho de ser hallada en el automóvil que usaba el acusado y que en la culata de la carabina estuvieran grabadas las iniciales del mismo: YUM (foto 38 al folio 68).

*c)* Los números del arma están en lugar accesible y su borrado es fácilmente observable (foto 39 al folio 69).

Con estas premisas, la inferencia del conocimiento de un hecho visible, por un experto en armas, surge de forma natural, por lo que de ninguna forma se puede negar la asunción por parte del condenado de este elemento agravatorio del tipo penal, debiendo decaer, al igual que los anteriores, este motivo del recurso.

(Sentencia de 18 de mayo de 2007).