

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

ARTÍCULO 20.5 y 6

Estado de necesidad y miedo insuperable: Requisitos; inapreciables. Tráfico de drogas: amenazas de atentar contra la vida de familiares del acusado que no han sido probadas, contando tan solo con su versión

En segundo lugar, alega el recurrente infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por falta de aplicación de los artículos 20.5.º y 6.º, y 21.1.º y 6.º CP, es decir, eximentes completas o incompletas o atenuante por analogía, de estado de necesidad y de miedo insuperable.

1. El motivo tampoco puede prosperar, ya que, dado el cauce casacional elegido, hay que respetar absolutamente el relato que efectúa el *factum*, que, si bien describe con minuciosidad los hechos llevados a cabo por el acusado, «haciéndose cargo, firmando el albarán de entrega, del paquete que contenía una muy elevada cantidad de cocaína de gran pureza, y reconociendo que el paquete era para él, que se hacía responsable del mismo y que se había concertado con una persona desde Colombia para recibirlo en dicho domicilio», no incluye elemento descriptivo alguno que pueda dar soporte a la apreciación de ninguna de las dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya aplicación se reclama, rechazando explícitamente, en cambio, en el fundamento jurídico cuarto, la concurrencia de los elementos integrantes de las circunstancias, de acuerdo con la doctrina de esta Sala.

2. Y ello ha de compartirse, dado que este tribunal de casación en innumerables sentencias (cfr. SSTS 1629/2002, de 2 de octubre, y 2003/2002, de 28 de noviembre) ha dicho —y en relación con un supuesto muy similar de transporte por vía aérea desde Venezuela hasta Madrid de cocaína—, que «reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone —dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva— con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso,

además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual».

3. Y de estos elementos merecen destacarse, también, dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que «si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Y por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito».

A ello hay que añadir, en cuanto a la eximente incompleta, igualmente reclamada, que esta Sala ha precisado (STS 1412/2002, de 19 de julio) que: «para poder apreciar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se precisa también que el estado de necesidad sea grave e inminente, y que el que lo alegue haya acreditado haber agotado todos los recursos a su alcance —personales, familiares, profesionales, sociales— para superarlo (cfr. STS de 21 de enero de 1986), debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que se precisa también que el mal que se cause no sea mayor que el que pretende evitarse y que, a este respecto, la jurisprudencia ha declarado que esta circunstancia, en principio, se considera inaplicable, incluso como eximente incompleta, cuando del delito de tráfico de drogas se trata, habida cuenta de la extraordinaria gravedad potencial de las consecuencias de este tipo de conductas penalmente punibles (cfr. STS de 23 de enero de 1998)».

4. Esta Sala, también, ha señalado (STS 2067/2002, de 13 de diciembre) que: «el miedo supone que el sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

La aplicación de la circunstancia exige, por tanto, examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta» (STS 1095/2001, de 16 de julio).

En todo caso, la doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente —completa o incompleta— de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990). Y que, para la apreciación de la eximente incompleta, pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo (Sentencia de 29 de septiembre de 1989, carácter inminente de la amenaza y

Sentencia de 12 de febrero de 1981) o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el CP 95.

De modo que lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva.

5. Pues bien, en el presente caso la Sala de instancia razona —de modo compartible— que «no resulta demasiado cuestionable que el anuncio de que se va a atentar contra la vida de una persona allegada, como es la madre de su esposa, ya no digamos si se trata de alguno de sus hijos, podría llegar a calificarse un mal actual y absoluto; real y efectivo; imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo, tal y como se refleja en la STS de 12-5-03, con remisión a la de 24-11-97; 1-10-99 y 24-1-00; de la misma manera que puede compartirse que tales amenazas pueden alterar enormemente el ánimo de una persona, máxime cuando ya se ha atentado contra la vida de su esposa. Por tanto, si se hubieran dado tales circunstancias sería comprensible que el acusado se aviniera a las pretensiones de los requirentes, ya sea porque se dan los presupuestos de un estado de necesidad, en el que el mal causado no sería superior al que se trata de evitar (no se puede equiparar un atentado genérico contra la salud pública mediante la distribución de sustancias estupefacientes, con la pérdida de una vida concreta), o porque actuó paralizado por el miedo y no le era exigible otra conducta. Al menos, podría apreciarse alguna semielemente para el supuesto de que el sujeto pudiera haber actuado de alguna otra forma».

Y, muy razonablemente, concluye que: «No obstante, a juicio de este tribunal no pueden apreciarse ninguna de las causas de exención, porque como se ha expuesto, ello exigiría dar como cierta la versión del acusado y no ha sido así.

El acusado se ha amparado en la situación que tenía con anterioridad a venir a España, incluso en el acto del juicio se han apreciado signos de labilidad emocional, pero ello no es atribuible al móvil de su conducta y a la falta de libertad en su actuación, sino que tiene su justificación en el hecho de que se enfrenta a una pena importante, teniendo que separarse de su familia (hijas y esposa) cuando sobre todo esta última se halla imposibilitada por los desdichados acontecimientos vividos en Colombia.

A los argumentos ya expuestos para rechazar su versión debe añadirse que si la guerrilla consiguió hacer suyas sus tierras, no parece que tenga demasiado sentido que sigan persiguiéndole en España. Aparte de que si, efectivamente, querían extorcionarle, les bastaba con ponerse en contacto con su suegra o con el resto de su familia y presionarles para que cuando contactaran con el acusado se lo comunicaran, lo cual no tenía por qué ser mediante la utilización de un teléfono móvil.

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia núm. 286/2008, de 12 mayo)

ARTÍCULO 20.7

Obrar en cumplimiento de un deber. Requisitos de necesidad y proporcionalidad. Violencia innecesaria, superflua y arbitraria en una actuación policial que no obedece a la posible comisión de un delito sino al comportamiento de la víctima en un incidente de tráfico

Cuarto.—El primer supuesto que contempla la exigencia del artículo 20.7 CP es el del cumplimiento de un deber, es decir, la ejecución de una conducta obligada por el Derecho, que la impone a su autor, y que además es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley.

Los casos más importantes de cumplimiento de un deber son aquellos relacionados con las obligaciones impuestas a cargos públicos, cuyo efectivo cumplimiento supone la vulneración de un bien jurídico perteneciente a un tercero. Así ocurre con el derecho a la libertad en el caso de la detención o, especialmente, con el derecho a la integridad física cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad recurren a la violencia para el cumplimiento de sus funciones. En estos casos ha de atenderse a que los agentes se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con exigencias más rigurosas si el agente se encuentra fuera de su demarcación o franco de servicio; que el empleo de la violencia sea necesario, requisito ineludible para la eximente completa o incompleta, y que la empleada sea proporcional a la necesidad de recurrir a ella, lo cual ha de ponerse en relación directa con la importancia o trascendencia de la infracción concreta que se trata de evitar mediante la actuación en cumplimiento del deber, sin perder de vista que no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les pueden ocasionar, sino de una operación de mayor amplitud en la que del lado del cumplimiento del deber se encuentra la vigencia del derecho frente a su vulneración.

Es obligado conforme a lo antes explicado, concretar aún más los conceptos, siquiera sea porque, si se trata de limitar o cercenar de algún modo bienes jurídicos ajenos, es preciso la mayor meticulosidad en aras precisamente de la seguridad jurídica que los actos enjuiciados en este área pretenden defender.

Que el sujeto activo ha de ser Autoridad o Agente no cabe duda alguna, pero sin embargo ha de precisarse que dicha condición ha de ser también funcional, razón por la cual ha de encontrarse aquél en el ejercicio efectivo del cargo, de manera presente, activa y manifiesta, por lo que la situación puede ser distinta si el Agente, por ejemplo, se encontrare fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia (Sentencias de 24 de enero de 1994 y 20 de febrero de 1992), supuesto en el cual las exigencias para legitimar la actuación del sujeto activo han de ser aún más rigurosas, pues habrá que sopesar no sólo el grado de peligrosidad o de trascendencia insertos implícitamente en la presunta actuación delictiva que se quiere abortar, sino también las obligaciones que intrínsecamente acompañan al Agente de la Autoridad, según la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, como función imprescindible de la representación que ostenta cualquiera que sea el lugar y tiempo (art. 5.4 de la misma).

Tampoco cabe duda de que la actuación policial, en este caso concreto, debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es así pues que si el uso de la fuerza no era necesario para la defensa del orden jurídico, de la seguridad ciudadana, o incluso para prevenir el delito, entonces la actuación queda fuera de la protección legal, queda «extramuros» de la eximente del cumplimiento o ejercicio del deber. El ejercicio correcto de los Agentes implica la mayor garantía del derecho dentro del ámbito de lo que son «intereses ajenos a defender», garantía ya fuera de lugar si falta aquella necesidad.

Tal necesidad puede ser, para aquilatar más el concepto, abstracta o cualitativa y concreta o cuantitativa. La abstracta, *ex ante*, se corresponde con la teoría jurídica antes de producirse el supuesto concreto, es decir hasta que se toma la decisión de actuar por necesidad. Cuando el Agente cree que ha de actuar conforme a su deber. Es el juicio sereno y reflexivo, cuidadoso y legal, al que se refería la sentencia de 16 de mayo de 1983 con objeto de que la defensa del orden jurídico se alcance con el menor daño posible a personas o cosas. Es también, la congruencia y la oportunidad, también obviamente la proporcionalidad, con que se ha de proceder al utilizar el Agente los medios a su alcance, según igualmente dispone el artículo 5.2 de la Ley Orgánica antes citada.

Otra cosa es la necesidad concreta *ex post* en la que, durante la ejecución del deber, se produce una manifiesta inadecuación de los medios utilizados por resultar cuantitativamente excesiva la violencia utilizada en la defensa del orden jurídico, lo que incidiría en la eximente incompleta, precisamente el supuesto de ahora (véase STS de 14 de mayo de 1998).

El elemento de la necesidad o imprescindibilidad de la acción violenta se destaca como factor insustituible para la apreciación de la eximente, pues para el cumplimiento del deber debe hacerse necesario hacer uso de la violencia, porque, sin tal violencia, no les es posible al Agente de la Autoridad cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe (véase STS de 5 de noviembre de 2002).

El mismo criterio lo mantiene la STS de 19 de enero de 2005 cuando excluye la aplicación de la eximente, ni siquiera incompleta, «... pues se echa en falta el requisito básico o imprescindible de la “necesidad” de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que «... “para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe”».

«Necesidad en abstracto» siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y que aquí no aparece. Antes al contrario, el relato histórico refiere expresamente cómo cuando se producen los hechos el grupo de manifestantes entre los que se encontraba el lesionado “... no intentaba agredir ni estaba en una actitud amenazante hacia los agentes”».

Y, en fin, la STS de 22 de enero del mismo año, señala «Esta Sala —dice la sentencia 871/1998, de 19 de junio, en un caso idéntico— estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la eximente alegada (...) con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería». Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal *a quo*, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más *comprendiva* (*sic*), ante la «respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante», pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente.

Aplicando estos parámetros doctrinales al caso debatido, es palmario que el motivo debe ser desestimado al resultar la violencia empleada manifiestamente innecesaria, superflua y arbitraria. En efecto, se alega en el motivo que la orden recibida por Abelardo de bajar del coche no tenía otro sentido que verificar los indicios que, según los acusados, presentaba de conducir bajo los efectos del alcohol, practicándole la prueba de alcoholemia —como se le hizo en Comisaría, sin rebasar la tasa legalmente permitida.

Lo cierto es que el *factum* no recoge dato alguno de esos supuestos indicios de que Abelardo condujera bajo los efectos del alcohol, sino que, por el contrario, deja

bien claro que la respuesta de aquél al ser reprendido por el incidente en el *stop* «no gustó a su interlocutor», quien, después de insultarle tildándole de «hijo de puta, te vas a enterar» (con la connotación de amenaza y represalia que traduce la última expresión), «... le ordenó que bajara del vehículo a lo que éste se negó». Por ello mismo, el Tribunal *a quo* rechaza expresamente como hechos probados que Abelardo, que su forma de hablar era balbuceante y que tenía el gesto descompuesto y manchas de vómito en el pantalón, así como que en Comisaría vomitó varias veces. De este modo, la versión de los acusados justificativa de la orden de salir del coche y de detenerlo ante la negativa, se diluye en la nada y sustenta la razonada consideración del Tribunal de que el desarrollo de los hechos evidencia que Rodolfo y Evaristo se hallaban en patente estado de enojo por el comportamiento en el tráfico de D. Abelardo y por la ulterior desatención a su reproche hasta el punto de detenerse de camino hacia la Comisaría para recriminarle su proceder y, posteriormente, ante su insatisfactoria respuesta aparcar el vehículo para dirigirle nuevos reproches.

Con independencia de todo ello, existe otra poderosa razón fundamental para la desestimación del motivo.

Pero, sobre todo, porque siendo la negativa a salir del coche lo que decidió a los acusados a sacarlo del mismo violentamente, resulta de extraordinario interés para constatar la innecesariedad de esa violencia el razonamiento de la sentencia de instancia, puesto que, si como refirieron los dos imputados y también el agente, su objeción a salir del automóvil y acatar la orden de detención era que los agentes actuantes no estaban de uniforme, y desconocía su condición de tales, pues tampoco exhibieron la placa hubiera bastado para la efectividad del mandato que desde un principio cualquiera de ellos hubiese avisado a la Comisaría, que se recuerda distaba unos 30 ó 40 metros del lugar en el que estaba estacionado el del Sr. Abelardo, para solicitar la presencia de una patrulla uniformada. Y esta actuación sólo se produjo cuando llegó al lugar el agente y una vez que éste reclamó la presencia de una patrulla, en vez de esperar su llegada, continuaron empleando la fuerza para intentar sacar a Abelardo del vehículo. Todo ello, corroborado por el hecho de que el Tribunal *a quo* concede credibilidad y valora como prueba las declaraciones de Abelardo y los testigos que se han citado, que han sido contestes, coherentes y verosímiles —que además de negar que los Srs. Rodolfo y Evaristo exhibieran las placas han referido que por la vestimenta que llevaban que han descrito como de «caza» y por su comportamiento pensaron que se trataba de personas que venían a agredirles y no de agentes de Policía—, lo que, decididamente, avala el discurso de la sentencia de que la violencia física desplegada se concibe de todo punto innecesaria y fácilmente evitable con la sola presencia de algún policía que con el uniforme o la placa, se hubiera identificado como tal.

(Sentencia núm. 263/2008, de 20 de mayo)

ARTÍCULO 21.3

Atenuante de arrebató u obcecación. Situación de repentina y súbita transmutación psíquica, de carácter fugaz y momentáneo, que oscureció su razón y debilitó su voluntad, a consecuencia de un estímulo adecuado

3. Respecto a la aplicación indebida de la atenuante de arrebató (art. 21-3 CP), como muy cualificada, cuando debió decretarse la absolució, según razona el censurante, la hace derivar de la afirmación contenida en el párrafo 1.º del fundamento pri-

mero de la sentencia que textualmente dice que el acusado «... aprovechando la situación de privación de sentido por el sueño y la embriaguez profunda de la víctima...» la penetró analmente.

Pues bien, el recurrente dice que en tal situación una persona carece de conciencia y voluntad.

Al impugnante no le asiste razón, ya que la sentencia describe la situación en que se hallaba cuando fue abusado sexualmente, pero no el estado del mismo cuando después de salir de la somnolencia y reaccionando al ataque sufrido, que lo despertó, se levantó de la cama y cogió el cuchillo para agredir al abusador. Así pues, debe distinguirse la situación inicial de sueño profundo por la embriaguez, de la cesación de tal situación que se transmuta por otra que, ya en situación de vigilia, el acusado intentó causar la muerte del ofensor. Los actos que desplegó son claramente incompatibles con su realización inconsciente. El censurante se percató plenamente del ataque sufrido y reaccionó (ofuscadamente), pero con una clara intención, como los hechos ocurridos demostraron, de asestar una cuchillada en lugar vital capaz de ocasionar la muerte.

El tribunal de instancia aplicó correctamente el artículo 21-3 CP, al soportar el agente una situación de repentina y súbita transmutación psíquica, de carácter fugaz y momentáneo, que oscureció su razón y debilitó su voluntad, a consecuencia de un estímulo adecuado. Pues bien, tal situación de arrebató, en el contexto en que se produjo, el tribunal la reputó como muy cualificada, por lo que no cometió ningún error *iuris* en el juicio subsuntivo.

(Sentencia núm. 490/2008, de 17 de julio)

ARTÍCULO 21.4

Arrepentimiento espontáneo: Inexistencia. Asesinato: salir huyendo después de cometer los hechos, entregándose tres días después cuando ya era conocida la identidad del acusado

El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que el precedente, denuncia infracción de ley, «por inaplicación del artículo 21.4 del Código Penal», es decir, por no aplicar la “circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo”.

Reconoce la parte recurrente que «cuando el Sr. Adolfo se entrega al Juzgado ya se ha iniciado la investigación, pero (todavía) no existe ninguna imputación formal contra el mismo»; mas —aduce también—, hay que tener en cuenta que, «en el caso de autos, el Sr. Adolfo confiesa los hechos, admitiendo su participación en los mismos y aporta datos que resultan relevantes para (la) investigación»; destacando, al efecto, que «en tal sentido indica que utilizó como elemento de combustión la gasolina que fue a buscar a su casa; que para su transporte se valió de un recipiente de plástico como es un *dan up*; que para prender fuego utilizó un mechero; que vertió su contenido sobre Gerardo; que previamente habían discutido en el Bar, etc. En fin, se trata de datos objetivamente relevantes y útiles para la investigación y que, por tanto, tienen la suficiente entidad para considerar la confesión del acusado a los efectos de aplicar la atenuante antedicha».

El Tribunal de instancia, por su parte, ha rechazado la estimación de esta atenuante, poniendo de relieve que el fundamento de la misma no es otro que «el dato objetivo de la realización de actos de colaboración en la investigación del delito», destacando, además, el requisito cronológico de que «el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos». Y, a este respecto, pone de relieve que «el acusado huyó tras

la perpetración de los hechos y tan solo se entregó, tres días después, una vez supo que el procedimiento se dirigía contra él, puesto que leyó la noticia que se publicó en los medios de comunicación local. En este sentido, es significativo que en poder del acusado se intervino un periódico que (...) ofrecía datos que inequívocamente le identificaban como el autor de los hechos» (v. F. 4.º).

El cauce procesal elegido exige el pleno respeto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y, en ellos, se pone de relieve cómo el acusado huyó tras la comisión del hecho enjuiciado, para entregarse al Juzgado a las 9 horas del día 30 de agosto de 2006; es decir, tres días después de haberlo cometido, cuando el hecho era público y notorio, e, incluso, conocida la identidad del presunto autor, de todo lo cual tenía ya conocimiento el acusado. Sin que, por lo demás, los datos aportados por el mismo puedan considerarse especialmente relevantes para la investigación del hecho, ya que, en sus líneas esenciales, ya eran plenamente conocidos por quienes llevaban a cabo la investigación de los hechos. De ahí que tampoco sería procedente apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica (*vid.* art. 21.6.ª).

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia núm. 465/2008, de 7 julio)

ARTÍCULO 21.5

Atenuante de reparación del daño. Se admite la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. Requisitos para apreciarla como muy cualificada

El artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Tal como recuerda la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, «la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, la atenuación se basa en razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de cierta eficacia». Son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5.ª no lo exija.

Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, en cuanto no se exige un particular sentimiento o actitud de arrepentimiento, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable.

Por otra parte, la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS 1002/2004, de 16 de

septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero, en la que se recogía lo que sigue: «En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero, y núm. 794/ 2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante».

De otro lado, la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles la STS núm. 136/2007, de 8 de febrero; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada la STS núm. 83/2007, de 2 de febrero. En sentido coincidente la STS núm. 133/2005, de 7 de febrero.

2. En el caso, y con independencia del momento en el que se procedió a la reparación económica, efectuada en su integridad según acuerdo con el lesionado, lo cierto es que según consta en los hechos probados el acusado se disculpó por lo sucedido a satisfacción de aquél.

La Audiencia rechazó el carácter cualificado de la atenuante limitándose a establecer que no aprecia razones suficientes para ello. Sin embargo, esta escueta argumentación no permite prescindir del hecho de que el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno. Sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta.

Por lo tanto, el motivo se estima y la atenuante se apreciará como muy cualificada.

(Sentencia núm. 50/2008, de 29 enero)

ARTÍCULO 138

Tentativa de homicidio. Animus necandi. La dirección de las puñaladas, dadas las características del arma homicida (25 cms de hoja) su afectación al pecho la intensidad de los golpes y el desencadenamiento de un hemotórax masivo por afectación de la vena pulmonar y las ramas bronquiales es suficiente para encontrar elementos corroboradores de su intención de matar

1. La parte recurrente viene a sostener que el resultado lesivo causado con el cuchillo que portaba no es constitutivo de un delito de homicidio en grado de tentativa, sino de un delito de lesiones por inexistencia de ánimo de matar.

Tanto el homicidio como las lesiones, son delitos de resultado, por lo que la intención habría que deducirla de una serie de factores, antecedentes, coetáneos y

posteriores, que permitan establecer las bases sobre las que asentar la conclusión más cercana a la voluntad que movió la acción u acciones del acusado.

Con independencia del contexto en el que se produjo la agresión, debemos centrarnos en la acción desarrollada por el acusado, los instrumentos utilizados para atacar a la víctima si como los lugares objeto de las incisiones y heridas que se relatan en el hecho probado.

2. El arma era un cuchillo de 25 cms de longitud de hoja que exhibió al entrar en la tienda de la gasolinera. Se dirigió hacia el interior del mostrador y se lo colocó en el estómago, exigiéndole el dinero que tuviese. Una vez conseguidos 220,05 euros, el acusado propinó tres cuchilladas en el pecho y estómago al empleado, abandonando precipitadamente la gasolinera.

Las incisiones se concretaron en heridas en región deltoidea derecha, herida penetrante en hemitórax derecho con lesión del parenquima pulmonar a nivel del lóbulo medio (afección masivo hemotórax), sección de los músculos pectorales mayor y menor, fractura estallido de la tercera costilla y herida penetrante en hipocondrio derecho con lesión rotura de colon transverso. Éste es el cuadro sobre el que debemos construir la existencia o no de ánimo de matar, sin perjuicio de los días de incapacitación, así como las secuelas que exigen tratamiento psiquiátrico y farmacológico.

3. La jurisprudencia de esta Sala, como ya hemos expuesto, ha llegado a recoger hasta diecisiete indicadores que, algunos por sí solos y otros en conjunción con los demás, proporcionan las claves para dilucidar la cuestión de la existencia de ánimo de matar o de lesionar.

La dirección de las puñaladas, dadas las características del arma homicida (25 cms de hoja) su afectación al pecho la intensidad de los golpes y el desencadenamiento de un hemotórax masivo por afectación de la vena pulmonar y las ramas bronquiales es suficiente para encontrar elementos corroboradores de su intención de matar sin perjuicio de las circunstancias concurrentes en la personalidad y entorno familiar del condenado que examinaremos en sucesivos motivos y que en todo caso solo se podrán conectar con la existencia inequívoca y palmaria de un homicidio en grado de tentativa acabada, ya que la intervención quirúrgica salvadora no evita que la acción se desarrollarse en toda su integridad aunque no hubiera conseguido el resultado que normalmente debía haber producido.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

(Sentencia núm. 289/2008, de 20 de mayo)

ARTÍCULO 149.1

Lesiones—Dolo indirecto o eventual—Puñetazo en el ojo de la víctima con la mano en la que se lleva un anillo con una piedra incrustada—Previsibilidad del resultado lesivo por la intensidad del golpe hacia un órgano esencial y con objeto peligroso

El Ministerio Fiscal formaliza en su recurso un único motivo por infracción ordinaria de Ley alegando que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el artículo 152.1.2 CP y, correlativamente, ha inaplicado el artículo 149.1 CP, sosteniendo que los hechos que relata el *factum* son constitutivos de un delito doloso y no imprudente de lesiones. En apoyo de su tesis alega que yerra el Tribunal de instancia en el proceso deductivo que le lleva a concluir la falta de constancia de que el acusado «fuera consciente del mayor daño que podía ocasionar el objeto punzante que llevaba en el dedo, el

anillo, ni siquiera de que fuera consciente de llevarlo», considerando que el juicio de inferencia realizado a tal fin es ilógico y contrario a las máximas de la experiencia.

Reiterados precedentes jurisprudenciales de esta Sala han consolidado el criterio según el cual la determinación del elemento subjetivo en los tipos penales ha de realizarse mediante un juicio de inferencia basado en los hechos objetivos y externos acreditados a partir de los medios de prueba practicados, de suerte que si la conclusión obtenida por el juzgador a partir del análisis de dichos elementos se ajusta a las reglas de la razón, de la lógica y de la experiencia, habrá de declararse la concurrencia del componente subjetivo del tipo (SSTS 1229/2005 y 1108/2007). Asimismo es doctrina tradicional y mayoritaria de esta Sala la que permite la complementación del relato histórico que se describe en los hechos probados, con elementos o datos de inequívoca naturaleza fáctica que se incorporan a la fundamentación jurídica al desarrollar argumentadamente el proceso de subsunción, considerando que las afirmaciones de hechos contenidas en los fundamentos jurídicos son complemento de los hechos probados. Por tanto, no es posible diseccionar las resoluciones judiciales en compartimentos estancos, sino que, a la hora de examinarlas críticamente desde la perspectiva de la revisión casacional, es menester valorarlas en su conjunto, como un todo armónico (SSTS 63/2007 y 892/2007).

Por tanto, habida cuenta la vía casacional elegida, procede verificar el sustrato fáctico del que dispuso la Audiencia para efectuar la calificación jurídica, el cual consiste sucintamente en la entrada del acusado en un bar donde, tras molestar a varios clientes, se dirigió a la víctima que conversaba con otra persona, preguntándole «dime que te está contando este viejo», a lo que el perjudicado respondió que por favor le dejase, insistiendo el acusado en el mismo requerimiento en diversas ocasiones hasta que, en un momento dado, le golpeó en el ojo con el puño derecho, en el cual llevaba un anillo con piedra incrustada, ocasionándole la pérdida completa de la visión del ojo derecho y deformidad del globo ocular. Se considera asimismo probado que poco antes de suceder los hechos el acusado había ingerido bebidas alcohólicas que le afectaban levemente sus facultades intelectivas y volitivas, sin llegar a anularlas, y «debido a su estado físico y al modo de llevarse a cabo los hechos, ni pudo representarse ni se representó el resultado de su acción».

En el fundamento de derecho primero explica literalmente el Tribunal de instancia que «en el presente supuesto, el acusado pudo representarse íntegramente el riesgo implícito en la acción, supo que pegaba a su oponente, pero no existe prueba alguna de que fuera consciente del mayor daño que podía ocasionar el objeto punzante que llevaba en el dedo, el anillo, ni siquiera de que fuera consciente de llevarlo, por lo que no pudo representarse las consecuencias producidas por su acción, por lo que no ha obrado con el dolo que exige el tipo penal del delito de lesiones; no existe prueba alguna de que el agente se representara como resultado posible de su conducta la causación de una lesión como la que sufrió luego la persona a la que le dio un puñetazo, por lo que se considera correcto estimar el resultado como determinado causalmente tan sólo por imprudencia».

Al margen de las dificultades hermenéuticas y dogmáticas que plantea la contradicción en el razonamiento de la Audiencia según el cual el acusado pudo representarse íntegramente el riesgo implícito en su acción para a continuación afirmar la ausencia de prueba sobre el conocimiento por parte de aquél de la posible antijuridicidad agravada resultante de golpear con un anillo en lugar de con los nudillos e incluso del propio hecho de llevar un anillo, los hechos probados sobre los que procede efectuar la calificación jurídica son los siguientes: *a)* el acusado dirige el golpe con el puño hacia un órgano esencial y especialmente frágil debido a su morfología; *b)* únicamente se aprecia una leve afectación de sus facultades intelectivas y volitivas

por la ingestión de bebidas alcohólicas previa a su llegada al bar en el que se produjeron los hechos; c) al mismo tiempo se afirma que dicha minoración de su capacidad no le impidió llegar a dicho establecimiento conduciendo una furgoneta, la cual aparcó correctamente, para a continuación caminar por sus propios medios hasta el interior del local, constatando como únicos síntomas de su embriaguez una actitud no demasiado correcta con los demás clientes del bar, a los que molestaba y con los que se ponía pesado, indicios en modo alguno unívocos de dicho estado, a lo que se han de añadir las dudas que plantea la propia acreditación de dicha embriaguez siquiera en forma leve habida cuenta que el propio Tribunal de instancia indica en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada que ninguno de los testigos declaró que el acusado «no se tuviera en pie, ni que tuviera la voz pastosa, ni que presentara ningún otro signo externo, no obrando en la causa parte médico alguno sobre el estado étílico del acusado»; d) el acusado portaba de forma visible en uno de sus dedos un anillo con una piedra incrustada en el mismo, no ajustándose a las reglas de la lógica y los principios de la experiencia inferir que, con base en lo expuesto, no fuese consciente de que llevase dicho aro.

Una vez dicho lo anterior procede recordar que el dolo no sólo se da en los casos de una actuación intencional, es decir, cuando el propósito del autor es la producción del resultado acaecido, sino también cuando no existiendo intención, el autor ha tenido respecto del resultado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal para los hechos más graves (dolo indirecto y dolo eventual) por oposición a la ejecución imprudente del tipo. De hecho, la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo, en especial desde la STS de 23 de abril de 1992), que si el autor actuó con conocimiento del peligro concreto que con su acción generaba, habrá obrado con dolo (eventual, en el caso de no haber tenido intención de producir el resultado).

Aplicando dicho criterio a la base fáctica del caso que nos ocupa, la conclusión no ha de ser sino favorable a las tesis de la parte recurrente, ya que se infiere racionalmente que quien actúa de la forma que lo hizo el acusado, esto es, golpeando con el puño en el que se lleva un anillo con una piedra incrustada en el ojo de la víctima, y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas respecto a la capacidad psicofísica del autor al suceder los hechos, así como la intensidad del golpe a tenor del resultado producido, necesariamente hubo de saber que creaba un riesgo concreto de una lesión importante en el lugar al que dirigió el puñetazo.

Por dichas razones, el motivo ha de ser estimado.

(Sentencia núm. 160/2008, de 9 de abril)

ARTÍCULO 153

Lesiones en el ámbito doméstico. Golpear o maltratar de obra, cuando la ofendida sea o haya sido mujer ligada por análoga relación aun sin convivencia: existencia. Causar lesión de primera asistencia al prohibir a mujer con la que se convive salir a la calle con un determinado pantalón y en otra ocasión al negarse ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad

En un único motivo de contenido casacional, el Ministerio Fiscal, al amparo de lo autorizado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción por inaplicación del artículo 153, apartados 1 y 3, del Código Penal.

La Audiencia ha calificado los dos hechos producidos los días 13 de septiembre y 18 de diciembre de 2005, como simples faltas de lesiones, aplicando el artículo 617.1 del Código Penal.

Para ello, interpretando la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la que se da nueva redacción al artículo 153 del Código Penal, en vigor ya cuando suceden los hechos, razona que no siempre es de automática aplicación, relativo a que «todo lo que era falta como delito», sin apercibirse que la consideración de la elevación de los sucesos correspondientes a una falta, como delito, en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar, ya se efectuó mediante la LO 11/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, al elevar a delito las faltas de lesiones, maltratos de obra o amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos (estableciendo una penalidad de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que se especifican, y cuyas penas se impondrían en su mitad superior cuando se perpetren, entre otros casos, en presencia de menores o en el domicilio común o en el de la víctima), lo que se sanciona, ahora, igualmente, en el expresado artículo 153.1, modificado por la LO 1/2004, con pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, junto a las accesorias que se indican en el mismo, con igual cláusula de agravación (subtipo agravado), si bien en los casos en que la ofendida sea esposa o mujer ligada con análoga relación a su agresor.

La Audiencia argumenta que tal automatismo no es posible, «dado que podrían darse situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la plus punición contenida en el artículo 153.1 del CP por resultar contraria a la voluntad del Legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger». En función de tal razonamiento, sanciona las lesiones como faltas del artículo 617.1 del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado.

La Sala sentenciadora de instancia con esta argumentación deja sin aplicar los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal, sin causa alguna que lo justifique, y bajo una proscripción de automatismos, que ciertamente no se compadece en absoluto con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. En éstos, se relata en primer lugar, un episodio de gran crudeza y de intensa agresividad, en el seno de una relación de pareja, y producido en el domicilio familiar, e incluso en presencia de un hijo común, que a la sazón contaba con tres años de edad, por medio del cual el acusado, rociando de alcohol por el cuello y el brazo a su compañera sentimental, prendiéndole a continuación fuego con un mechero, lo que provoca intensas quemaduras que determinaron la deformidad que se describe en el *factum*. El suceso del día 13 de septiembre de 2005, se origina porque el acusado recrimina a su compañera «por la ropa que vestía por no estimarla adecuada», encontrándose en el domicilio común con ella, y «al negarse a quitársela», comenzó un forcejeo, fruto del mismo se produjo un hematoma que precisó para su curación asistencia facultativa y tardó en curar quince días sin impedimento para sus ocupaciones habituales más equimosis en mucosa labial; y el suceso del día 18 de diciembre de 2005, también en el domicilio familiar, se originó porque al pretender el acusado mantener relaciones sexuales, ella no aceptó, originándose otro forcejeo, sufriendo Julia una contusión parietal izquierda, más las contusiones que se describen en el *factum*.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 1/2004, de 28 de diciembre, contiene un título V, bajo la rúbrica de la “Tutela Judicial”, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Para su delimitación, debemos acudir al artículo 1.º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: «la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del artículo 1.3 de la LOMPIVG, en estos términos: «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

No cabe duda alguna que los hechos que pretende el Ministerio Fiscal sean incluidos como de violencia de género, lo son, de acuerdo con estas precisiones legales. La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. Nótese que en el primero de ellos, como acertadamente expone el Ministerio Público recurrente, la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o en el segundo, la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma, se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo. Y todo ello, sin perder de vista, que los hechos iniciales, que se originan el día 8 de marzo de 2004, se trataba de que el acusado había rociado a su compañera con alcohol, prendiéndola fuego a continuación.

Siendo ello así, tal situación fáctica, justifica la aplicación de los preceptos cuestionados, por lo que el motivo invocado por el Ministerio Fiscal tiene que ser estimado, determinando la oportuna penalidad que ha de aplicarse en la segunda sentencia que debemos dictar.

(Sentencia núm. 58/2008, de 25 de enero)

ARTÍCULO 167

Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos en la ley: inexistencia. Detención por agentes policiales como consecuencia de una agresión con lesiones de pronóstico reservado, habiendo causado la agresión una gran impresión entre los testigos

La necesidad de una eficaz tutela penal del derecho a la libertad personal de cualquier ciudadano resulta absolutamente incuestionable. Ese derecho adquiere una dimensión singular cuando es objeto de restricción en el marco de una medida cautelar adoptada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En pocas ocasiones como ahora, el respeto a los presupuestos constitucionales que autorizan esa grave injerencia

del Estado en la libertad individual, adquiere un significado tan evidente. Y es que tales presupuestos actúan como verdadera fuente de legitimación de la medida cautelar adoptada por los agentes de la autoridad. Es cierto que ante un hecho delictivo la detención de los presuntos responsables representa, no ya una facultad, sino un deber institucional exigible a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se trata, pues, del cumplimiento de una obligación legal (art. 492.1) que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores (art. 282 LECrim). Pero tan cierto como lo anterior es que ese deber sólo puede reputarse legítimo cuando su cumplimiento se ha adecuado a las exigencias constitucionales que tutelan la libertad del ciudadano frente a los poderes públicos.

De lo que se trata, al fin y al cabo, es de discernir si el juicio objetivo acerca de la existencia de un hecho que revista aparentemente caracteres de delito (art. 492.4 LECrim) quebraría su congruencia en aquellos casos en los que la investigación ulterior determinara que ese hecho, inicialmente reputado como delictivo, resultara luego degradado a su consideración como falta. Dicho con otras palabras, habríamos de buscar una pauta interpretativa que sirviera para fijar el alcance del artículo 495 de la LECrim, que descarta la detención por faltas salvo en los casos en los que el reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante.

La cuestión suscitada por la parte recurrente ha sido abordada por la jurisprudencia de esta misma Sala, algunos de cuyos más destacados pronunciamientos reseña el recurrente en su escrito de formalización. En efecto, decíamos en la STS 626/2007, 5 de julio, que la delimitación de la subsunción en el delito de detención ilegal del artículo 167 del Código Penal por parte del funcionario exige considerar si la detención estaba justificada legalmente, examen que deberá realizarse mediante un juicio *ex ante*, es decir, un juicio que deberá realizarse sobre los hechos concurrentes en el momento de la detención. En reiterados precedentes de nuestra jurisprudencia hemos declarado que la ilegalidad de la detención «... ha de ser entendida con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial, el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el juez o tribunal llevará a cabo al término del procedimiento, con vista al bagaje probatoria de que se disponga». Esta línea interpretativa ya se apuntaba en la STS 316bis/1993, 19 de diciembre, en la que recordábamos que ha de observarse que, a tenor del artículo 492.4 de la LECrim., se impone la obligación de detener a una persona cuando la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. La conducta del funcionario podrá conceptuarse como dolosa siempre que posea un conocimiento real o actual de los supuestos integrantes de la ilegalidad de la conducta, y, pese a ello, proceda a efectuar la detención; pero sin exigirse una valoración jurídica de los mismos que le asegure su tipicidad ni una certera persuasión de la participación ejecutora del sujeto. De ahí que se haya hablado del delito de detención ilegal como «intrínsecamente doloso», necesitado de un «dolo específico», presentándose la privación de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso. Se resalta doctrinal y jurisprudencialmente la necesidad en el autor de una actitud subjetiva de abuso secundando al dolo, dolo específico de este delito constituido por la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal, es decir, que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución.

En el presente caso, la procedencia de la detención fluye de la lectura del juicio histórico. El infortunado Rodolfo había propinado un cabezazo al director del centro escolar en el que trabajaba, Jesús Ángel, agresión que se ejecuta después de unas

palabras amenazantes mientras agarra por la solapa a su contrincante. Ese cabezazo, que hace sangrar profusamente al director, lleva a éste, asustado por la reacción de Rodolfo, a acceder a sus deseos de obtener la tutoría de Begoña, la menor gravemente enferma por la que se había interesado el agresor. A esa secuencia inicial sigue una inmovilización de Jesús Ángel mediante un abrazo de Rodolfo, que impide a aquél desasirse, sintiendo una sensación de ahogo. Una vez superado el incidente, el lesionado fue atendido, observándosele, según consta en el parte médico que la Sala acoge en el *factum*, «... erosiones en tórax —región anterior infraclavicular derecha y dorsal— y contusiones en región nasal con epistaxis. Dolor en región costal —parrilla costal y región de apéndice xifoideo—, calificando el pronóstico de reservado, ya que se debía estar a la espera de si mejoraba o empeoraba, para lo cual además le dijo que debía ir a un especialista en traumatología, cosa que hizo el lesionado ese mismo día por la tarde, cuando se trasladó a la ciudad de Sevilla, donde fue atendido por don Alberto, quien detectó lesión cartilaginosa de tipo contusión y microfisuras».

La realidad de esas lesiones y su aparente seriedad no queda, desde luego, desdibujada por el hecho de que se ponga el acento en los efectos de una primera cura llevada a cabo de forma voluntariosa por Camila y Germán, compañeras del agredido que taponaron su nariz para impedir la llamativa hemorragia que padecía aquél. El médico que atendió a Jesús Ángel calificó sus heridas como de pronóstico reservado, no etiquetando aquéllas como leves. La propia sentencia de instancia razona en el F. 3.º que los hechos, tal y como han quedado descritos, provocaron una gran alarma entre los testigos, hasta el punto de que el dato que desencadenó la adopción de la medida cautelar por parte de Luis Francisco fue «... la llamada de la jefa de estudios del instituto manifestando que el agresor había vuelto al lugar y había causado tal alarma que había tenido que encerrarse en su despacho». Los acusados Luis Francisco y José Luis, cada uno en el ámbito de sus respectivas responsabilidades, constatan la existencia de unas heridas fruto de una agresión que podía ser de gravedad. Al mismo tiempo valoran que una llamada del centro de enseñanza advierte del riesgo de nuevos incidentes violentos, habiéndose visto obligada alguna de las profesoras a encerrarse en su despacho. Luis Francisco, agente de policía local, comunica al Sargento de la Guardia Civil —el acusado José Luis— el hecho de la detención y el inminente traslado a las dependencias del cuartel de la Guardia Civil. A su vez, éste comunica al Juez de instrucción número 2 de Arcos de la Frontera, en aquellas fechas de guardia, el hecho de la detención, resolviendo su titular que, una vez concluidas las diligencias, se proceda al traslado del detenido al depósito carcelario de Arcos de la Frontera. Con anterioridad, se había verificado la lectura de derechos y a la designación de una abogada que asistió al detenido y comunicó a la madre de éste y a José Carlos la detención de Rodolfo, con «... quien pudieron estar cuanto tiempo quisieron». Tanto la propia Letrada como los agentes que luego quedaron encargados de su custodia, ofrecieron a aquél la posibilidad de ser trasladado a un centro médico para ser visto por un facultativo, sugerencia rechazada en ambos casos por el interesado.

A la vista de cuanto ha quedado expuesto resulta verdaderamente difícil sustituir el pronunciamiento absoluto suscrito por la Sala por una sentencia de condena dictada ahora en sede casacional. La tenacidad argumental de la defensa del recurrente choca con la inderogable exigencia impuesta por el artículo 849.1 de la LE-Crim, que obliga a acatar el *factum*, so pena de incurrir en las causas de inadmisión previstas en los números 3 y 4 del artículo 884 de la LECrim, que ahora actúan como verdaderas causas de desestimación.

(Sentencia núm. 341/2008, de 16 junio)

ARTÍCULOS 178 y 179

Agresiones sexuales. Acción violenta o intimidante. Intimidación a menor de doce años de forma continuada durante cinco anualidades de divulgar los hechos de accesos anales y fotos desnudo del mismo si no accedía a tener esas relaciones. Prevalerse de su relación de superioridad: existencia: profesor de kárate que tiene acceso anal con alumno, lo que permitió su acercamiento y determinó al menor a confiar en el primero

El delito de abusos sexuales tanto en su figura básica, artículo 181, como en la cualificada del artículo 182 (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal), atentan también a la libertad sexual de otra persona. De igual modo el sujeto activo y pasivo de la acción en ambos puede ser también hombre o mujer. El tipo penal es paralelo al de las agresiones sexuales (arts. 178 y 179), se diferencian en no mediar violencia o intimidación, es decir, la acción típica ha de llevarse a cabo sin violencia o intimidación, ya que ésta es el elemento diferenciador con la agresión sexual, y además no ha de mediar consentimiento por parte de la víctima.

Por ello la Sala sentenciadora podría haber aplicado el tipo delictivo contemplado en el artículo 182, como abuso sexual con penetración anal, definido en el mismo, si hubiera descartado cualquier situación de violencia o intimidación, dado que en razón de la edad del menor, cuando los hechos se iniciaron, su consentimiento aparecería como irrelevante, por debajo de los trece años, desde la modificación Legislativa operada por LO 11/99, de 30 de abril. No obstante al considerar la Sala concurrente la intimidación, el ataque sexual a menores de trece años, debe integrarse en los tipos de los artículos 178 y 179 CP con la agravante específica además del artículo 180.1.3 referente al caso de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, al ser ésta menor de trece años en el momento en que los hechos se iniciaron.

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS 1689/2003, que el artículo 178 CP que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 05/04/00, 22/09/00, 09/11/00, 25/01/02, 01/07/02 y 23/12/02). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatare en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La STS 1259/2004

expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción.

En el caso presente el relato histórico expresa cómo el acusado impartía clases de kárate en el Centro Aloha College, S. A. de Marbella, circunstancia que le brindaba la posibilidad de conocer y captar chicos jóvenes, cosa que hizo con el menor Donato, nacido el 31.5.1988, y al que, una vez cumplidos los doce años, empezó a atraerlo mediante el regalo de un teléfono móvil alegando en determinado momento a invitarle para que fuera a su casa a lo que el menor accedió. Una vez allí, el procesado, movido por torpes deseos, empezó con tocamientos íntimos al menor, obligándole a someterse a sus deseos con la advertencia de que si no lo hacía, lo iría divulgando y se lo contaría a sus amigos, sintiéndose el menor atemorizado, lo que aprovechó el procesado para penetrar analmente al menor, acto al que se sometió durante las semanas consecutivas al tiempo que le obligaba a hacerle felaciones y masturbaciones... todo ello con una frecuencia que llegó a ser de una vez por semana, siempre con la advertencia de divulgarlo y exhibir las fotografías del menor desnudo, que el procesado hizo al efecto.

Igualmente se señala el plazo de duración de la conducta del procesado (desde el momento en que el menor acababa de cumplir los doce años de edad, 31.5.2000), hasta el 10.2.2005, y como durante dicho tiempo «el procesado no ha cesado de mandar mensajes al teléfono móvil del menor, comunicándole unas veces y advirtiéndole con divulgarlo todo en otras, con la finalidad de tenerle sometido a sus más bajos instintos, llegando en una ocasión (a finales del año 2004), a apuntarle con una pistola, así como en otras ocasiones le dirigió gritos y gestos violentos, sintiéndose el menor vinculado a decirle lo que el procesado quería oír a fin de evitar que cumpliera el mismo sus advertencias».

De dicho relato histórico se desprende una situación intimidatoria producida por el procesado y ejecutada como medio comisivo de las penetraciones, logradas en virtud del tener producido en la víctima. En tal sentido debe significarse que la intimidación entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona, la valoración de su suficiencia debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada. Esta Sala ya dijo en STS 22.5.98, que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante si las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En este supuesto la exigencia típica de la ausencia de válida voluntad por razón de la edad de la víctima, como es propia del abuso sexual, queda absorbida por la más grave del vencimiento de una voluntad contraria mediante su comportamiento amenazante, dotado en el caso concreto y por razón de la edad de la víctima, de suficiente eficacia intimidatoria.

Por ello el delito apreciable no sería el de abuso sexual del artículo 181 CP sino el de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP (STS 318/2001, de 23 de abril), criterio reiterado en la Sentencia 637/2005, de 15 de mayo, monitor de deportes que crea con niños que capta un grupo exotérico de culto al diablo, creando un clima de temor y miedo, que impide a los niños negarse a someterse a sus solicitudes sexuales, y Sentencia 224/2005, de 24 de febrero, amenazar a niña menor de trece años por su tío

con pegarle al hermano de ésta o contar lo que hacía, si no se dejaba tocar en partes íntimas o penetrar analmente, lo que constituye intimidación suficiente para doblegar la voluntad de aquélla.

(Sentencia núm. 51/2008, de 6 febrero)

ARTÍCULO 188.1

La «vis compulsiva» también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución; Las formas de comisión de este delito pueden ser alternativas o concurrentes; Existencia: ciudadana rumaná, a la que se impide el más mínimo grado de integración en el entorno en el que desempeña su actividad y a la que se pretende imponer, por encima de todo, un trato sexual exclusivamente orientado a generar dinero a favor de la acusada

También denuncia la defensa de Carmen la indebida aplicación del artículo 188.1 del CP. En el desarrollo del motivo se explica que el precepto aplicado por la Sala, exige que el sujeto pasivo sea determinado al ejercicio coactivo de la prostitución, que se produzca un verdadero ataque, por merma o restricción, a la concreta libertad sexual individual de la víctima. Se trataría, en fin, de impeler, dirigir o empujar eficazmente a la prostitución, lo cual exige una actuación coactiva, un constreñimiento moral suficientemente grave. Nada de eso se desprende del juicio histórico.

El motivo no puede prosperar.

Como señala el Ministerio Fiscal en el escrito de impugnación del recurso, el recurrente se aparta del juicio histórico para sostener que no existió ningún intento de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución. La sentencia de instancia deja bien claro que la víctima comunicó a la hoy recurrente su negativa a prostituirse («... la condujo a un club de alterne de Madrid donde permanecieron esa madrugada, aunque la testigo núm. 004 se negó a mantener relaciones sexuales mediante precio»). Frente a esa negativa, Carmen le hizo saber que «... si no sacaba dinero le iba a pegar, a la vez que le exigía el abono de la deuda pendiente, que había cifrado entre 1.400 y 1.500 euros, en los que se incluía también la suma de 500 euros, que según Carmen le había entregado a uno de los individuos de Rumanía, debiendo entregar la mitad de lo que obtuviera del ejercicio de la prostitución. Asimismo, y a excepción del día en que acudieron al club, le retiró el pasaporte para evitar que se fuera».

La estancia de la testigo núm. 004 en el domicilio de Carmen es el resultado de la temerosa aceptación de sufrir un claro perjuicio en su integridad física y en el de su propia familia («... durante el tiempo que la testigo núm. 004 permaneció en la vivienda de Carmen, y aunque en varias ocasiones se quedó sola, no se marchó porque tenía miedo, pues, a raíz de lo que hiciera otra chica, amenazaron a las restantes jóvenes con que las iban a matar a ellas y a su familia»).

La testigo, nada más llegar a nuestra capital, se ve conducida a un bar de alterne, se le comunica que no le queda otra opción que mantener relaciones sexuales mediante precio y, ante su negativa, se le amenaza con sufrir algún menoscabo en su integridad física, además de recordarle la existencia de una deuda que ha de ser extinguida mediante el trato carnal. La Sala de instancia proclama sin ambages la utilización de un mensaje conminatorio por parte de la recurrente. Esa advertencia integra con toda claridad la intimidación a que alude el artículo 188.1 del CP. Pero más allá del carácter intimidatorio de esa admonición, conviene tener presente que el

mismo precepto incluye en la acción típica el «.. abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima». Se trata de una ciudadana extranjera, a la que se impide el más mínimo grado de integración en el entorno en el que desempeña su actividad y a la que se pretende imponer, por encima de todo, un trato sexual exclusivamente orientado a generar dinero a favor de la recurrente. Hablamos, en fin, de una mujer a la que, con la excepción de la primera noche de forzada estancia en el local de alterne, se le retira el pasaporte, intensificando así la vulnerabilidad de quien sabe que carece del documento imprescindible para moverse con libertad por nuestro territorio.

Con carácter general, puede sostenerse que la prueba de la existencia de una imposición violenta o coactiva al ejercicio de la prostitución, o el empleo de engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, no puede obtenerse mediante el empleo de parámetros puramente cuantitativos que busquen artificialmente medir la intensidad de la amenaza o la compulsión. Es indudable que el tipo descrito en el artículo 188.1 del CP, en cuanto delito llamado a la protección del bien jurídico libertad sexual, impone para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual. Sin esa conducta tendente a yugular cualquier acto de libre determinación sexual de la víctima, no podrá afirmarse la tipicidad del hecho. Sin embargo, la apreciación de esa conducta y la efectiva existencia de una lesión del bien jurídico protegido, no debe desconectarse de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad.

Cualquier duda acerca de la ausencia de toda voluntariedad queda despejada si reparamos en las circunstancias de su liberación. Es la propia familia de la testigo núm. 004 la que, atendiendo a sus quejas expresadas por teléfono, se dirige a la Embajada de Rumanía, cuyos servicios remiten un fax a la policía española dando cuenta de lo que consideran un verdadero secuestro.

La jurisprudencia de esta misma Sala ha afirmado en distintas resoluciones que las formas de comisión de este delito pueden ser alternativas o concurrentes (cfr. SSTS 438/2004, 29 de marzo, 1536/2004, 20 de diciembre y 1425/2005, 5 de diciembre). Además, la STS 74/1998, 26 de enero, ya precisó que las coacciones a las que se refiere el artículo 188.1 del CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima (...). En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima permite la realización del tipo. Más aun, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el artículo 188.1 del CP podría tener menor entidad que la prevista en el artículo 172 del CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito (cfr. SSTS 2 febrero 1981, 25 marzo 1985, 10 abril 1987 y 6 octubre 1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la *vis compulsiva* también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del artículo 188.1 del CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del artículo 188.1 del CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones.

El motivo, pues, no es viable y ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim. y por no respetar el hecho probado (art. 884.3 LECrim).

(Sentencia núm. 15/2008, de 16 enero)

ARTÍCULO 189.1.b)

Corrupción de menores: Producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión, o exhibición de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces: existencia. Descarga de material pedófilo utilizando programas de intercambio de archivos —en este caso «edonkey»— permitiendo su acceso a terceros por la misma vía: distribución.

El motivo primero del recurso se compone —incorrectamente— de dos partes en las que se formulan dos censuras de distinta naturaleza.

La primera se ampara en el artículo 849.1.º LECrim. por indebida aplicación del artículo 189.1.b) y 3.a) del Código Penal. El desarrollo del motivo no expone argumento alguno que explique el error de derecho cometido por el Tribunal sentenciador al subsumir los hechos declarados probados en los preceptos penales aplicados, siendo así, por el contrario, que la calificación jurídica de esos hechos efectuada en la sentencia no admite duda, por lo que el denunciado *error iuris* no existe en absoluto.

Lo que desarrolla el motivo es la falta de prueba que sustente el relato fáctico de la sentencia.

Así, descompone sus alegaciones en tres apartados:

A) Adúcese que el tipo penal por el que ha sido condenado el acusado exige un acto de distribución, es decir, que la acción típica requiere un acto de entrega voluntaria que no se ha probado ni así se declara. Olvida el recurrente que la acción típica del artículo 189.1.b) CP admite una pluralidad de modalidades: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Pues bien, aunque la acción no encaje estrictamente en el término «distribuir», concebido como entrega de algo a otra persona que la recibe físicamente, no cabe duda de que con el hacer del acusado se facilitaba el acceso de tercero a ese material pornográfico infantil. La prueba en que el Tribunal basa su convicción es el testimonio de cargo del especialista de la Guardia Civil que declaró en el juicio oral con inmediación y contradicción de las partes, exponiendo —como recoge la sentencia— que en lo que el acusado concierne, asimismo expuso con rotundidad y claridad meridiana cómo de esa forma se comprobó que durante un tiempo continuado el acusado permitió el acceso a su ordenador desde la libre y pública red de Internet creada alrededor del programa informático «eDonkey» que él utilizaba, de determinados archivos que luego se dirán. Es éste un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés *peer-to-peer*, que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P), en la que al tiempo que se descargan archivos ajenos, se permite a terceros la descarga de los archivos propios. Así, entre los días 22 y 23 de octubre del año 2005 el acusado tuvo, por ejemplo, en circulación el archivo nombrado en el fichero de la base de datos de la Guardia Civil como F1-E13498 (jpg: extensión de archivo correspondiente a imagen o foto). Se trata de una foto con cuatro encuadres, uno correspondiente a una menor desnuda, y los otros tres a la que aparece ser la misma menor (de senos apenas incipientes) en todos los casos penetrada por el miembro viril de un adulto. O el fichero F1-E14146, en el que se ve la cara de la que claramente es apenas una niña sujeta por la mano de un varón adulto que acaba de eyacular sobre su rostro infantil. Esta foto fue también compartida durante esos dos días. El día 23 citado compartió el archivo F1-E13907, correspondiente a un primer plano de un cuerpo femenino del que sólo se

ve las piernas abiertas y los genitales, si bien es patente que corresponden a una niña no muy desarrollada, que es penetrada por su ano por el pene de un varón adulto. Y los mismos días citados compartió el fichero F1-E00009, en el que una niña patentemente menor de trece años, era penetrada (parece que analmente) por un varón adulto.

De esta forma, el acusado compartió (facilitando su difusión) concretos archivos con un contenido sexual explícito en el que se consumaban actos sexuales con menores de edades claramente inferiores a los trece años y de los que es evidente que no se trata de alteraciones o modificaciones de imágenes para aparentar su intervención, como pretende la defensa para invocar el apartado 7 del artículo 189, si bien en relación con el apartado 2 (posesión para uso propio de ese material). Así pues, ello elimina la posibilidad sugerida por el acusado de que al tratarse de archivos de imagen o fotografías de descarga instantánea, unido a su afirmación de que solía borrarlos con rapidez y frecuencia, fuera excepcional, casual o fortuito que el material pornográfico infantil que descargaba para su consumo estuviese a disposición de terceros. En todo caso, la afirmación del borrado inmediato queda más que en entredicho con el hallazgo en el disco duro del ordenador del acusado que el día en que con autorización judicial se registró su domicilio (21 de febrero de 2006) estaba en funcionamiento y con el programa eDonkey abierto, de una carpeta con nombre de «Loli» conteniendo abundante material de pornografía infantil (209 fotografías). Y es sumamente significativo que en ese material estuvieran las fotografías antes descritas y que fueron compartidas los días 22 y 23 de octubre de 2005, esto es, unos cuatro meses antes.

B) Se alega que no consta en autos ningún dato de filiación de las supuestas menores que acredite su edad. Esta cuestión ya ha sido examinada y rechazada en el epígrafe segundo de esta resolución.

Sexto

El mismo motivo invoca el error de hecho del artículo 849.2.º LECrim, pero lejos de designar documentos que pudieran acreditar la equivocación del Tribunal de instancia al redactar los hechos probados, el recurrente se centra en reiterar la falta de prueba sobre los extremos a que se refiere el epígrafe precedente de esta sentencia.

El doble motivo debe ser desestimado.

Séptimo

Cuando el recurso ha expuesto y desarrollado los motivos casacionales, nos encontramos con la expresión de que «los anteriores motivos se basan en los siguientes fundamentos legales y doctrinales», introduciendo al socaire de esa invocada doctrina legal, jurisprudencial y científica, nuevos reproches bien diferentes de los que constituyen el cuerpo del recurso.

No obstante esta manifiesta y grave irregularidad, procederemos a examinar estos otros reproches en aras al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva del acusado que no hayan sido ya resueltos con anterioridad.

Así, aduce la vulneración del principio acusatorio, señalando que no se ha probado el tipo penal del artículo 189.1.b) y 189.3, siendo que, como mucho, podría haber sido acusado por el artículo 189.2 ó el 189.7, pero el Fiscal no acusó por dicho concepto por lo que se vulneraría ahora el principio acusatorio al condenar sobre la base de un error material, o no habiendo quedado probado el supuesto de hecho del párrafo 7 de dicho artículo, sólo puede proceder la absolución del acusado.

Al margen de las alegaciones sobre la falta de prueba, que no tienen que ver con el reproche, el motivo carece de fundamento, la sentencia aborda la cuestión que ahora se formula en forma confusa por el recurrente y la centra en el hecho de que el Ministerio Fiscal imputó al acusado el delito tipificado en el artículo 189.1.b) y en el 189.2.a), no

en el 3.a). El Tribunal explica que la cita del artículo 189.2.a) CP obedece a un claro error material de redacción y en una argumentación justificativa de esa conclusión —que esta Sala respalda y comparte— señala que está claro que se acusaba por el referido subtipo agravado de empleo de menores de trece años de edad, cual se desprende de los hechos de que se acusaba (conclusión primera) y de la pena pedida (conclusión cuarta), aparte de que la redacción del apartado 2 del precepto analizado nunca ha tenido más de un párrafo. No se entiende, pues, que la apreciación del apartado 3.a) implique exceso del principio acusatorio, hasta el punto de que la defensa del acusado entendió tal como se ha expuesto la acusación del Ministerio Público y ha podido combatir la misma sin merma de su derecho de defensa sin hacer siquiera alusión al error material que se comenta.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia núm. 292/2008, de 28 mayo)

ARTÍCULOS 195 y 196

Omisión del deber de socorro. No socorrer a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave: es obligado que el sujeto tenga en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir; Profesional que denegare asistencia sanitaria: existencia: médico en centro de salud requerido para atender a conductor que sufrió un infarto y se encontraba en peligro a unos 50 m del mismo, no acudiendo al lugar sin que otras ocupaciones se lo impidiesen y sin constarle que su actuación pudiese ser inútil

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se suscita la indebida aplicación del artículo 196 del Código Penal dando a entender que pudiéramos encontrarnos ante la figura genérica de omisión del deber de socorro contenida en el artículo 195 del Código Penal.

1. Para resolver la cuestión suscitada es necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico.

2. El núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero.

El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.

3. La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de intere-

sarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir.

4. La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida sino que la concreta a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros.

En consecuencia, todos los elementos exigidos por el legislador están presentes en el hecho probado, cuestión que parece no ser discutida por el recurrente.

5. Ahora bien, el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas.

En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica.

6. Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

(Sentencia núm. 56/2008, de 28 de enero)

ARTÍCULOS 197.3 y 199.2

Descubrimiento y revelación de secretos. Secreto conocido por un particular ilegalmente y entregado a sus abogados para coaccionar a su hermana a renunciar a la legítima. Coparticipación de los abogados

1. El motivo primero se refiere a P. T., estimando que se le ha aplicado indebidamente el artículo 197.3.º del Código Penal. Respetando el contenido del hecho probado, sostiene que del mismo no se desprende la existencia de una difusión efectiva de los secretos que habían llegado a su poder.

2. El relato de hechos afirma tajantemente que el acusado dio instrucciones precisas a sus abogados para que utilizaran el contenido de los correos electrónicos para plantear a los letrados de la acusación particular, la alternativa de renunciar a la herencia o difundir las intimidades de su hermana. Esta conducta resulta inequívocamente integrada en el artículo 197.3.º en cuanto que no solamente se hace una revelación o difusión, inicialmente limitada a los letrados que han sido condenados, pero en el caso de que no se aceptase la conminación que se trataba de ejercer es indudable que la difusión llegaría, por lo menos, a las respectivas parejas afectadas. En todo caso, nos encontramos ante un supuesto de cesión de datos, sin perjuicio del comportamiento desleal de los dos letrados condenados. La cesión de los datos se produce con una finalidad concreta, que se consumaría con su transmisión indebida a los efectos de dilucidar unos derechos hereditarios, cesión que era innecesaria salvo que se persiguieran fines absolutamente reprobables como los que pone de manifiesto el hecho probado. En realidad, no se trata de una inducción sino de una coparticipación voluntaria y sin escrúpulos por parte de los letrados.

3. El motivo segundo es una variante del anterior, pero alegando que el recurrente no tenía conocimiento del origen ilícito de los datos. Esta alegación carece absolutamente de consistencia, ya que por la propia naturaleza y contenido de los mismos cualquier persona está en condiciones de comprender y asumir que han sido arrebatados ilícitamente a la persona afectada. Si hubiera tenido alguna otra finalidad la reacción normal sería la de contactar con su hermana, informándole lealmente de la existencia de los correos electrónicos.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

El motivo cuarto se refiere también a los dos letrados alegando la aplicación del artículo 199.2.º del Código Penal respecto de los dos letrados.

1. El motivo es una variante del anterior sustituyendo, el hecho de la indebida aplicación, por la existencia de un verdadero dolo de divulgar. A la vista de los hechos probados resulta incuestionable que los letrados, conociendo por su condición de profesionales que los datos no podían ser utilizados para chantajear a una persona, sin grave quebranto de sus deberes deontológicos, los recibieron, los conocieron, no rechazaron su utilización y además valiéndose de su condición profesional, elemento típico del artículo 199.2.º, los utilizaron sin reparos, conscientes de la ilegalidad que estaban cometiendo para conseguir unos fines absolutamente ilícitos sobre la conminación de difundir los secretos conocidos exclusivamente por su actividad profesional.

2. La tipicidad radica no tanto en la especial condición de profesionales si no en la actividad típica del incumplimiento de su obligación profesional que le imponía abstenerse de utilizar los contenidos secretos que se le habían encomendado por razón de su actividad profesional. La más elemental dignidad ética les obligaba a disuadir a su cliente de la utilización de estos medios fraudulentos, no hacerlo así e integrarse

voluntariamente en la cadena de transmisión de los secretos les convierte en autores del delito por el que han sido condenados.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

(Sentencia núm. 302/2008, de 27 de mayo)

ARTÍCULO 252

El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas en calidad de agente de seguros, no requiere el animus rem sibi habendi. Quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del artículo 252 del CP. Sin embargo, ese tipo penal presenta marcadas singularidades con el tipo general de la apropiación indebida que, si bien se mira, no es un delito contra el patrimonio, sino contra la propiedad de aquellas cosas muebles que no se restituyen y son objeto de apoderamiento definitivo

El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas en calidad de agente de seguros, no requiere lo que la sentencia considera indispensable, a saber, el *animus rem sibi habendi*. En efecto, quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico —en el presente caso, la sucesiva condición de agente y corredor de seguros para la compañía aseguradora ASEFA—, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del artículo 252 del CP. Sin embargo, ese tipo penal presenta marcadas singularidades con el tipo general de la apropiación indebida que, si bien se mira, no es un delito contra el patrimonio, sino contra la propiedad de aquellas cosas muebles que no se restituyen y son objeto de apoderamiento definitivo. En suma, la acción de distraer el dinero que se administra, no es propiamente una conducta de apropiación, sino una conducta de infidelidad.

Es cierto que no faltan propuestas doctrinales discrepantes con este criterio. Sea como fuere, desde la STS 224/1998, 26 de febrero, en la que se citaban como precedentes las SSTS 7 y 14 de marzo de 1994 y 30 de octubre de 1997, esta Sala ha venido afirmando que el tipo de infidelidad acogido en el artículo 252 del CP, cuando castiga al que distraer dinero, se caracteriza por tres ideas básicas: *a)* tiene por finalidad proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión; *b)* la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito, ya que no es necesario el enriquecimiento del autor; *c)* no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación.

En palabras de la STS 46/2008, de 29 de enero, en el delito de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de distinta morfología, perfectamente diferenciadas: aquella que consiste en la «apropiación» propiamente dicha, y la modalidad legalmente caracterizada como «distracción». La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas en el artículo 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculpa ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible, teniendo así la legítima posesión de aquella,

pero no el dominio, que no le ha sido transmitido. La segunda modalidad típica tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, según lo estipulado con el transmitente. Cuando de dinero se trata, y a causa de la extrema fungibilidad del mismo, su propiedad se ejerce mediante la tenencia material o física de los signos que lo identifican. En este segundo supuesto, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio —puesto que por el simple hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó ingresado en él, si bien de forma condicionada—, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega el cual, en virtud del pacto tenía el derecho de que el dinero fuese entregado a quien se había estipulado en ese acuerdo o le fuera devuelto.

De este modo, si el elemento objetivo del delito se realiza de la forma que ha quedado señalada, el elemento subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apoderarse de la cantidad dineraria recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas y el derecho del sujeto pasivo en orden a la entrega del dinero a quien se había acordado, o a la recuperación del mismo en otro caso. Es decir, en la deslealtad consciente y querida con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. Es así como la administración desleal o fraudulenta entra a formar parte de las conductas agrupadas en el tipo pluriforme del artículo 252 CP.

En este mismo ámbito doctrinal, debe reiterarse que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida, el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en la que aquél ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer», no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Resulta obligado, en fin, coincidir con el Ministerio Fiscal cuando destaca, con notable precisión, que tras haberse efectuado la liquidación por la empresa AFESA, con los datos que poseía, de la liquidación del período de 1999, descontadas las comisiones del agente, éste aceptó la concurrencia de un saldo deudor de 15 millones de pesetas por el dinero percibido del pago de primas y recibos por las aseguradas, habiéndose descubierto con posterioridad que en la liquidación de dicho período figuraban como pendientes de cobro recibos ya percibidos por el acusado por valor de 6.827.451 pesetas y que asimismo se omitieron pólizas ya cobradas por

el mismo por valor de más de 10 millones de pesetas. Ello comporta, de un lado, que el acusado ocultó en las negociaciones para fijar la liquidación del período controvertido que había cobrado primas y pólizas por valor de 16 millones de pesetas, extremo que debió comprobar la empresa preguntando a las aseguradas y, de otra parte, que la deuda global por dicho período superaba los 30 millones de pesetas. De esta manera, la existencia de dolo y la consumación del delito se dibujan con absoluta nitidez, pues el sujeto activo permitió el cierre de la liquidación del período ocultando que había cobrado pólizas y primas por valor adicional de 16 millones de pesetas. Descartar el dolo o la distracción del dinero, atribuyendo a una mera disfunción contable la omisión en la liquidación de 16 millones de pesetas implica una inferencia ajena a las exigencias de un discurso racional extraído a partir de los hechos que la propia Sala de instancia confirma como probados: primero, porque tras recibir la liquidación de la empresa en la que figuraban como no cobradas esas primas, el acusado la revisó, corrigió con detalle y aceptó en parte, remitiendo la suya propia, donde siguió sin incluir los cobros ya verificados; segundo, porque su cuantía, 16 millones de pesetas, es tan significativa que no puede normalmente pasar desapercibida, mucho menos para un experto en la materia; tercero, porque ese importe se unía a los 15 millones de pesetas reconocidos como debidos en idéntico período; cuarto, porque en el período del año 2000, volvió a percibir primas, no obstante haber tenido el acusado conocimiento de la revocación expresa de cualquier capacidad de representación de la entidad aseguradora; quinto, porque esa disfunción tuvo que ser descubierta por la entidad perjudicada al requerir de pago a las aseguradas; sexto, porque su condición de corredor de seguros no constituía una prolongación de la aseguradora y debía actuar con absoluta lealtad con la misma, sin venir afectado por la relación jurídica constituida con el asegurado; séptimo, porque la disfunción contable fue doble, por un lado, considerar no cobrados recibidos que se habían percibido y, por el otro, omitir la inclusión de pólizas efectivamente concertadas.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo con los efectos que se expresan en nuestra segunda estancia.

(Sentencia núm. 162/2008, de 6 de mayo)

ARTÍCULO 257.1

Alzamiento de bienes. El alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor

Se afirma la existencia de una empresa en situación de crisis económica, con un determinado patrimonio y unos acreedores, cuyas expectativas se ven parcialmente defraudadas por la conducta de quienes la descapitalizan retirando, sin justificación lógica para ello, parte de los importes depositados en una cuenta bancaria.

De modo que se dan todos los elementos de este tipo penal, sin que, por otra parte, resulte necesario que los bienes alzados sean titularidad directa de todos los autores del delito cuando, como en este caso, pertenecen nominalmente a una persona

jurídica en cuyo nombre actúa el recurrente que es quien tiene la facultad de disposición sobre aquéllos, apareciendo la Compañía en la posición de directamente beneficiada pero siéndolo en realidad, como persona física, su propietario, el otro acusado respecto del que precisamente por ello se afirma la connivencia con el Administrador, y aquéllos con los que él decida compartir tan ilícitos beneficios.

Y por supuesto que todo alzamiento supone un ánimo de lucro ilícito, a semejanza de la apropiación indebida u otros delitos contra el patrimonio, pero la peculiaridad en este caso, que concurre plenamente como ha quedado dicho en las presentes actuaciones, es que ese lucro deriva en el perjuicio de las lógicas expectativas de cobro de sus créditos por terceros, lo que supone la preexistencia de unas deudas frente a éstos y no la entrega precedente de lo apropiado.

Y, finalmente, tampoco resulta de recibo la alegación relativa a la vulneración del principio acusatorio y la de los derechos fundamentales a él vinculados, toda vez que es acertado el criterio de la Audiencia cuando afirma la homogeneidad entre el delito de quiebra, hoy concurso, fraudulento del artículo 260 del Código Penal, que fue la calificación atribuida a los hechos por la Acusación, y de alzamiento de bienes objeto de condena.

No es, sin embargo, la similitud en el bien jurídico protegido por ambas infracciones la razón esencial de esa homogeneidad, sino la identidad en el soporte fáctico para la condena, que permite, a la postre, cumplir con la verdadera exigencia del interés que dicho principio protege, que no es otra que la de permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte de quien resulta acusado, en evitación de condenas sorpresivas o fundada en aspectos fácticos que no pudieron ser objeto de plena acreditación y debate, en régimen de auténtica contradicción.

Pues como decíamos, en este sentido, a propósito de la naturaleza y verdadero alcance del principio acusatorio ya en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2005:

«... como reiterada Jurisprudencia afirma, tal principio, en realidad, consiste en el respeto al derecho de toda persona a conocer con exactitud la acusación formulada contra ella, íntimamente vinculado, por tanto, con el fructífero ejercicio del derecho de defensa, de modo que resulte imposible que el Juez condene por infracciones que no han sido objeto de acusación, o por un delito más grave de aquel por el que se acusó, o distinto de éste, salvo que ambos, el que es objeto de acusación y el sancionado, guarden tal relación de homogeneidad en sus elementos integrantes que, verdaderamente, no haya duda de que la defensa pudo ejercerse con la exigible suficiencia, respecto de la infracción en definitiva objeto de castigo.»

Y así, no cabe duda de que en este caso la base fáctica presentada por la acusación no sufrió alteración alguna, en cuanto a los hechos que concluyen en la condena, y, por consiguiente, sí que ocupó el debate del enjuiciamiento sin detrimento del derecho de defensa pues, como proclamaba también la reciente STS de 25 de enero de 2008, analizando el paralelismo coincidente entre el alzamiento y el concurso fraudulento, precisamente a partir de la legislación concursal que atribuye al alzamiento de bienes el carácter de indicativo del concurso culpable (art. 164.2 4.º):

«De este modo, el alzamiento de bienes es, en realidad, una conducta de vaciamiento patrimonial, que integra, sin duda alguna, un acto de agravación de la quiebra, al dejar fuera bienes del quebrado con que satisfacer los créditos de la masa de acreedores que conforman el concurso (que determina la situación de fraude criminal), integra la actual descripción típica del concurso dolosamente causado o agravado por el deudor, en el artículo 260 del Código Penal, conforme a pacífica jurisprudencia de esta Sala Casacional.

Se ratifica, así, la tesis jurídica de la Sentencia de instancia, conforme a la cual, los actos fraudulentos de vaciamiento patrimonial, aunque pueden ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, cuando concurren con los demás elementos típicos, arrastran la calificación jurídica que le dispensa el artículo 260 del Código penal.»

Con lo que, respetando tal interpretación y razonando a la inversa, cuando se debate sobre la presencia de un delito de concurso fraudulento se está debatiendo también la existencia de los posibles alzamientos que puedan verse incorporados dentro de él, máxime cuando la penalidad de éste es inferior a la de aquél.

En definitiva, no puede sostenerse que se haya producido indefensión ni infracción alguna del principio acusatorio, habida cuenta de que el debate se produjo a propósito de la base fáctica aportada por el Ministerio Fiscal, sin alteración alguna, y respecto de una calificación jurídica cuyos elementos en su integridad eran plenamente coincidentes con parte de los constitutivos de la figura penal objeto de acusación.

Razones por las que, en definitiva, procede la desestimación de estos motivos y, con ellos, la del Recurso en su integridad.

(Sentencia núm. 149/2008, de 11 de abril)

ARTÍCULO 318 bis 1

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Proveer de 1.750 euros a cada joven en concepto de bolsa de viaje para facilitarles la entrada en España en calidad de turistas, con la finalidad última de dedicarlas a la prostitución; propósito de explotación sexual: Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-02-08: «la relación entre los artículos 188.1 y 318 bis del CP en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos

El cuarto motivo se formula al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 318 bis 1 y 2, e inaplicación del error de prohibición del artículo 14.3 CP.

Para el recurrente las cuatro testigos entraron legalmente en España a través de paso fronterizo (aeropuerto de Barajas) y con pasaporte en regla y visado, por lo que no se puede calificar su entrada como ilegal o clandestina, lo que constituye el presupuesto básico para la aplicación del precepto cuestionado, sin cuya concurrencia no cabe apreciar el subtipo agravado que recoge el apartado 2 del mismo artículo 318 CP. Además, no habiendo transcurrido el plazo de tres meses, encontrándose regularmente las mujeres en España, y no resultando posible vislumbrar la ilicitud de su conducta, concurría en los condenados error de prohibición.

Sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

El precepto penal concernido fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, integrando todo el tomo XV bis «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros» creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado, y lo recuerda la STS 1059/2005, de 28 de septiembre, que «el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de 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. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre), concretamente en el Título II: «Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros» y su Reglamento, aprobado por RD de 20 de julio de 2001, con texto vigente aprobado por RD 2393/04, de 30 de diciembre.

Con carácter general el artículo 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y

acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Igualmente se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del artículo 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal.»

Esta Sala ha dicho, tal como recuerda la STS núm. 380/2007, de 10 de mayo, que: «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 autorizan en tales condiciones (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 1465/2005, de 22 de noviembre; 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio).»

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 1595/2005, de 30 de diciembre, 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 1381/2005, de 20 de enero 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».

En el caso que nos ocupa hemos de destacar que se declaró probado que se proveía de unos 1.750 euros a cada joven en concepto de bolsa de viaje para facilitarles la entrada en nuestro país en calidad de turistas, cantidad que era enviada a Paraguay por Roberto a través de las propias procesadas o de otras chicas que eran utilizadas para no levantar sospechas, y que una vez llegadas al club les era retirada dicha cantidad, diciéndoles y exigiéndoles que para pagar la deuda contraída con los gastos del viaje habían de dedicarse a la prostitución. Con lo cual se evidencia el expediente fraudulento utilizado para ingresar las chicas por la frontera en España, y el perfecto conocimiento de la situación por el propio acusado.

Consecuentemente, habiendo de reputarse bien efectuada la subsunción llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, e inexistente el pretendido error alegado, el motivo ha de ser desestimado

Quinto

El motivo quinto se formula al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 318 bis 1 y 2 CP y 188.1 CP, dada su incompatibilidad.

Entiende el recurrente que no cabe la aplicación conjunta de ambos preceptos, pues se penaría doblemente por un mismo hecho la explotación sexual a través de la prostitución, de modo que el destino de explotación sexual absorbe y consume el

hecho mismo de la explotación, o bien se aplica el tipo básico del artículo 318 bis, en concurso ideal con los delitos del artículo 188.1 CP.

La primera de las figuras penal aplicadas por el Tribunal de instancia castiga en su apartado 1, al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España, precisando en el apartado 2 que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual la pena será la de cinco a diez años de prisión.

Por su parte, la segunda describe conductas consistentes en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Pues bien, al respecto la sentencia de esta Sala núm. 1465/05, de 22 de noviembre, frente a la sentencia de instancia que subsumió en aquel caso los hechos en el tipo penal del artículo 188.1 CP, condenando a cada uno de los acusados por dos delitos de determinación al ejercicio de la prostitución, mediante el empleo de violencia, intimidación o daño, y que rechazó la calificación —también sostenida por la acusación pública— concluyó que «la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del artículo 318 bis 2, dando lugar para el acusado... a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del artículo 188.1 CP».

Por su parte, la sentencia de esta Sala núm. 380/2007, de 10 de mayo, optó decididamente por la existencia de un concurso real. Por su parte, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 22-4-07, descartando la existencia del concurso de normas resolvió que «la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del artículo 188.1 y del previsto en el artículo 318 bis 2 CP, debe estimarse concurso de delitos».

La STS núm. 380/2007, de 10 de mayo igualmente considera que en la concurrencia entre el núm. 1 del artículo 318 bis y el 188-1.º CP, se producirá un concurso real de delitos.

Finalmente, el Pleno de esta Sala en su reunión de 26-2-08 —como complemento a su *decisio omnibus* de 22-4-07— vino a acordar que, en un caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de «la intención de explotación sexual». Y ello porque en el artículo 318 bis 2 CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el artículo 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el artículo 188.1 CP junto con el artículo 318 bis 2 del mismo texto penal, sino en aplicar el artículo 188.1 CP junto con la figura básica, no agravada, del artículo 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura.

Consecuentemente, el motivo sólo parcialmente ha de ser estimado.

(Sentencia núm. 152/2008, de 8 de abril)

ARTÍCULO 325

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: delito de peligro

hipotético o potencial; Existencia: vertidos al cauce del arroyo Os Trollos por parte de la empresa de la que el acusado es gerente con parámetros que superan los valores autorizados, concretándose en la muerte de gran número de peces

Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia la supuesta infracción del artículo 325 del Código Penal que se estima indebidamente aplicado y se postula la aplicación del artículo 331 del mismo Código Penal.

Y ello se hace incluso para el caso de que no se estimen los dos motivos anteriores que pretendían la modificación de los hechos probados.

Porque entiende el recurrente que el tipo del artículo 325 del Código Penal exige la consciencia de que de la estación depuradora de aguas residuales de su empresa salían vertidos peligrosos y que no tuviera la voluntad de impedirlo. Además niega que su comportamiento implique la infracción de normas protectoras del medio ambiente, ya que se sujetó al condicionado administrativamente impuesto para los vertidos de su industria. Sin que los hechos probados prediquen nada que contradiga esta alegación.

Este motivo obliga, en primer lugar, a recordar la naturaleza del tipo penal del artículo 325.

Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala: SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002-, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente *ex ante*.

Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS 388/2003, de 1 de abril). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar, la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el artículo 325, y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia.

En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. Es decir, en definitiva, es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha ocasionado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la gravedad. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo. La decisión sobre este extremo corresponde razonadamente al Tribunal, aunque sean importantes a estos efectos las pruebas periciales.

También se advirtió que el juicio de valor sobre la peligrosidad del comportamiento es revisable en casación:

En la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 2-11-2004 se reiteró la doctrina diciendo que no es preciso la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, sino la idoneidad de la conducta para su producción, por lo que no es preciso comprobar la efectiva producción del riesgo, la concreción del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada.

Pues bien, siendo así resulta claro que el elemento subjetivo del dolo no ha de ir referido a una situación que ya haya dado lugar a la concreción del peligro, y menos aún al daño efectivo, sino al comportamiento y a su idoneidad para generar aquella situación.

En el caso que ahora juzgamos es un hecho declarado probado que la empresa «Leite Río, S. L.», vertía en el arroyo «Os Troyos» aguas residuales que, pese a pasar por su estación depuradora, eran blanquecinas y conferían al agua del río unos valores en cuanto a oxígeno, fosfatos, sólidos en suspensión y cloro que resultaban idóneos para erigirse en causa de la mortandad de peces que, además, efectivamente se ocasionó. Dichos valores, incompatibles con la vida de los peces, suponen la infracción de la Directiva Comunitaria Europea de 18 de julio de 1978, Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto, Ley de Pesca Fluvial de Galicia 7/1992 de 24 de julio y Decreto de Galicia 130/1997 de 14 de mayo.

Además, en sede de fundamentación jurídica, pero con virtualidad de integración de premisa fáctica de la decisión, se añade el dato de que el acusado ya fue sometido a reiterados expedientes administrativos sancionadores por hechos similares en relación a vertidos contaminantes.

La suma de ambas consideraciones permiten: *a)* dejar fuera de discusión el acierto valorativo de la sentencia recurrida al tildar los vertidos de idóneos para ocasionar la situación de riesgo de las circunstancias medioambientales en medida tal que las hace incompatibles con la riqueza piscícola; *b)* que el acusado conocía las características y efectividad de las medidas adoptadas en aplicación de las normas citadas, en el sentido de no poder ignorar su ineficacia para proteger el medio ambiente, de suerte que el riesgo no solamente le era cognoscible sino decididamente conocido.

Por ello la sentencia establece con acierto no solamente los elementos objetivos del tipo del artículo 325 sino también los subjetivos del dolo referido a la existencia de condiciones idóneas para el daño ambiental. Lo que hace inaplicable el artículo 331 invocado y atinada la estimación del 325 que se hizo en la sentencia contra la que se invoca este motivo que, por ello, debe ser rechazado.

(Sentencia núm. 141/2008, de 8 de abril)

ARTÍCULO 351

Delito de incendio. Delito de peligro hipotético o potencial. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 351, inciso último, del Código Penal, ya que debería haberse aplicado el último párrafo y castigar los hechos como un delito de daños del artículo 266. Entiende el recurrente que no existió ánimo alguno de atentar contra la integridad física de su esposa y su hija, debiendo encuadrarse la acción en el contexto de insultos y provocaciones entre los cónyuges. Niega la existencia de riesgo alguno, dado que antes ambas mujeres, previamente avisadas por el acusado, habían procedido a arrojar agua sobre el lugar que se había rociado con el líquido inflamable. No existió, pues riesgo de propagación.

1. Como se decía en la STS núm. 443/2005, de 11 de abril, el delito de incendio del artículo 351 del Código Penal «... ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto, (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 octubre, “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro”. En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. Entre esas condiciones deberán examinarse las relativas a las posibilidades de propagación».

Será posible apreciar el delito en grado de tentativa cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio, o, como supuesto límite, cuando, aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción. En sentido similar la STS núm. 1263/2003, antes citada.

2. En el caso, el acusado procedió a prender fuego a la puerta de la vivienda en cuyo interior se encontraban su esposa y su hija, después de haber rociado dicha puerta y el felpudo de la entrada con un líquido inflamable del tipo de la gasolina. Debido precisamente a la presencia de dicho acelerador de la combustión, las posibilidades de propagación desde el momento del inicio del fuego son evidentes. Asimismo es clara la existencia de un peligro para la vida o la integridad física de las personas que se encontraban en el interior de la vivienda, habida cuenta de la potencialidad de la conducta para su creación, una vez afirmada la existencia de un evidente riesgo de propagación. No es preciso, como se dijo más arriba, que exista un peligro concreto para la vida o la integridad física, bastando el hipotético o potencial.

El hecho de que previamente al inicio del fuego las víctimas arrojaran agua sobre el lugar debilitó sin duda las posibilidades de propagación e incluso, en consecuencia,

hizo menor el peligro para las moradoras de la vivienda, facilitándoles su inmediata extinción. Pero se trata de aspectos que ya han sido tenidos en cuenta por el Tribunal al aplicar el inciso segundo del párrafo primero del artículo 351, que permite la imposición de la pena inferior en un grado.

Consecuentemente, apreciándose peligro para vida o integridad física de las personas y habiéndose iniciado el fuego en condiciones de propagación, ha sido bien aplicado el artículo 351, sin perjuicio de que se hayan valorado las circunstancias de los hechos y, concretamente, el haber procedido las moradoras de la vivienda a la inmediata extinción del fuego, para aplicar el inciso segundo del párrafo primero y considerar el delito cometido en grado de tentativa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia núm. 62/2008, de 31 de enero)

ARTÍCULO 426

Cohecho: Admitir dádiva o regalo en consideración a su función: requisitos; Existencia: guardias civiles que acuden asiduamente a club de alterne sin abonar las consumiciones ni los servicios sexuales recibidos

Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, la defensa de ambos recurrentes denuncia la indebida aplicación del artículo 426 del CP, en relación con el artículo 74 del CP.

Para defender su motivo, la representación de Cristóbal e Íñigo hace una serie de consideraciones referidas al bien jurídico protegido en ese delito. Cuestiona que se haya conculcado el principio de imparcialidad impuesto a todos los funcionarios públicos. Rechaza que se hayan producido interferencias en el ejercicio de las funciones asignadas a ambos guardias civiles. Precisa también que la honradez o la integridad del funcionario público, en cuanto bien jurídico, no son merecedores de protección penal. En el desarrollo del motivo, el recurrente incluye, con notoria imprecisión sistemática, algunas consideraciones acerca de una posible vulneración del principio acusatorio, en la medida en que ambos acusados lo fueron como autores de un delito de cohecho del artículo 421. La Sala, sin embargo, les ha condenado como autores de un delito del artículo 426, imponiéndole una pena que no ha sido solicitada por nadie.

El motivo no es viable.

I. Por lo que afecta a la indebida aplicación del artículo 426 del CP, esta Sala no detecta el error jurídico que se atribuye al Tribunal *a quo*.

Las consideraciones del recurrente acerca de la injustificada protección penal de un bien jurídico como el que late en el artículo 426, no pasan de ser simplemente eso, unas reflexiones tan apreciables como insuficientes para el éxito del efecto impugnatorio que anima el motivo. El artículo 426 del CP acoge, desde la reforma introducida por la LO 9/1991, 22 de marzo, la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Conforme a la redacción actual, coincidente con la del artículo 390 del CP de 1973, este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Es preciso, en consecuencia, que concurran una serie de elementos para la afirmación del tipo: *a*) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; *b*) la aceptación por éste de dádivas o regalos; *c*) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al artículo 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se «... protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley».

La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la STS 30/1994, 21 de enero, cuando precisa que «... el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla».

No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.

Pues bien, en el presente caso, ateniéndonos al juicio histórico —de obligada aceptación cuando se emplea la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim—, ambos acusados, miembros de la Guardia Civil, «... entre las fechas comprendidas entre finales del año 2003 y 1 de junio de 2004», frecuentaban el Club Flamingo's. Añade el *factum* que esas visitas se producían «... en algunas ocasiones como motivo su función como Guardias Civiles y de servicio, y de forma particular fuera de servicio en la mayoría de las ocasiones (...). En sus visitas al club no abonaban las consumiciones que tomaban en él, así como tampoco abonaban los servicios sexuales que recibían de las mujeres que trabajaban en el local, toda vez que el encargado del mismo había cursado instrucciones a los empleados para que no lo cobrasen en atención a su condición de Guardias Civiles».

La simple lectura de ese fragmento ya advierte de que la acción imputada a ambos acusados desborda con claridad los límites de la adecuación social. El no abono durante seis meses de las consumiciones de un club de alterne y, sobre todo, la asunción por el encargado del coste económico propio de los encuentros sexuales que Íñigo y Cristóbal mantenían con las prostitutas que allí trabajaban, va más allá de la idea de exclusión de la tipicidad por adecuación social. Esa generosidad no puede ahora escudarse en actos de liberalidad propios de un contexto social tolerante con ese tipo de regalos. La condición de Guardias Civiles de ambos acusados —uno de ellos sargento— no conduce a otra conclusión que la que expresa la Sala de instancia cuando afirma en el penúltimo párrafo del F. 4.º de la sentencia recurrida que «... estos servicios se efectuaron sin coste alguno para los acusados en su consideración de Guardias Civiles, por expresas instrucciones del encargado Imanol, a fin de mantener una situación de complacencia con ellos que pudiera redundarle en la dispensación de un trato de favor futuro».

El motivo, en consecuencia, es inviable por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim) y por no respetar el juicio histórico (art. 884.3 y 4 LECrim).

(Sentencia núm. 362/2008, de 13 junio)

ARTÍCULO 432.1

Malversación de caudales públicos: sustraer o consentir que otro sustraiga. Requisitos. Recaudador de Ayuntamiento que hace suyo importe de recibos

En efecto el delito de malversación de fondos públicos del artículo 432 se integra por la concurrencia de los siguientes elementos (STS 1608/2005, de 12 de diciembre):

a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del artículo 24 del Código Penal, concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas:

1) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que «por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas» —art. 24-2.º— y 2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular, o «de carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia, ésta es la doctrina constante de esta Sala, *ad exemplum*, SSTS núm. 1292/2000, de 10 de julio, o núm. 1544/2004, de 23 de diciembre.

Requisito éste concurrente en el acusado Matías, quien según el relato fáctico «prestó» el servicio de Recaudación del Ayuntamiento de Pugal hasta el 31.12.99 ejerciendo las funciones de recaudador de tributos para dicho Ayuntamiento, en su condición de recaudador externo, de Ley de la legislación anterior al Texto Refundido del Régimen Local (RO Legislativo 781/86) y por contrato de Adjudicación de Servicios, elevado a escritura publica el 29.7.83, que se renovaba de manera tácita. Asimismo se le adjudicó el servicio de recaudación del mercado de los martes y sábado, según resolución de la Alcaldía- Presidencia de ese Ayuntamiento, servicio que prestó desde esa fecha hasta el 15.2.2000.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles —SSTS 657/2004, de 19 de mayo, 1984/2000, de 20 de diciembre, o la más reciente de 21 de julio de 2005— han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquéllos deben estar «a su cargo por razón de sus funciones», reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo.

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido —en tal sentido STS 2193/2002, de 26 de diciembre, y las en ella citadas, o la STS 875/2002, de 16 de mayo—. Por su parte la STS 1840/2001, de 16 de octubre, se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que «tener a su cargo» no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones —STS 1368/1999, de 5 de octubre—, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es «sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga», lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva —quebrantamiento del deber de impedir— que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tiñe la acción como esencialmente dolosa —elemento subjetivo del tipo—, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como esta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio (STS 1514/2003, de 17 de noviembre), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (SSTS 1404/99, de 11 de octubre, 310/2003 de 7 de marzo).

Elementos éstos cuya concurrencia se deduce inequívocamente del relato fáctico en el que se describe cuál era el cometido del acusado: la recaudación de los impuestos municipales tanto en período voluntario como en vía de apremio, contribuciones, exacciones municipales, etc. Que tienen la naturaleza de caudales públicos desde que por los contribuyentes las entregan al funcionario, que los recibía precisamente en razón de aquel cargo, teniendo por ello disponibilidad de los mismos, existiendo esa especial relación entre el sujeto activo y los caudales públicos.

En este sentido, las SSTS 1004/94, de 16 de mayo, y 236/96, de 15 de marzo, precisan que concurre la condición objetiva de tratarse de caudales pues son fondos presupuestarios de una entidad de la Administración Local, al proceder de recaudación de recibos girados por ingresos legales por arbitrios y tasas de imposición municipal adquieren los efectivos cobrados a los contribuyentes carácter innegable de fondos públicos tan pronto como el recaudador los percibe, pues ya comienza su obligación de ingreso en las arcas consistoriales; es más como el artículo 394 (actual art. 432) habla de caudales o efectos públicos, estos últimos cubren los recibos devengados y formalizados que incorporan un derecho al cobro (y documentos ejecutivos en su caso, agotado el período de pago voluntario), por eso el recaudador solventa su responsabilidad económica tanto demostrando el ingreso de su importe como presentando los recibos incobrados o justificando su desaparición de su custodia.

Y finalmente su conducta de no ingresar en las cuentas del Ayuntamiento los impuestos de recibos cobrados presentando listados de los que aparecían como no cobrados recibos que sí habían sido satisfechos, ascendiendo la suma que el acusado tenía que haber ingresado en las cuentas municipales a la cantidad de 154.233,17 euros, lo que denota una sustracción con ánimo de aprobación definitiva apartando los

bienes públicos de su destino o desviándolos del mismo, bien entendido que no puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios que devendría en casi la totalidad de los casos una *probatio diabólica* imposible. Basta con que el recaudador no aporte ni el dinero cobrado por los recibos a su cargo de los que no da cuenta, ni dichos recibos como no percibidos.

(Sentencia núm. 252/2008, de 22 de mayo)

ARTÍCULO 441

Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos: Realizar una actividad profesional o de asesoramiento bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo: delito especial propio y de simple actividad. Bien jurídico protegido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social que asesora a empresa privada que estaba siendo inspeccionada por otros Inspectores de Trabajo de la misma localidad donde prestaba sus funciones el acusado, asesoramiento que realizaba con objeto de que la empresa pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto: actuación del acusado que ejecutaba fuera de las Normas que regulan la actividad del cuerpo al que pertenecía

El motivo segundo, y único motivo subsistente del recurso, por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia infracción de ley, «por indebida aplicación del artículo 441 del Código Penal, en relación con el artículo 3.2.1 de la Ley Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, y del artículo 3.1.b) del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, núm. 81».

Se dice en este motivo, que el artículo 441 del Código Penal contiene un elemento normativo del tipo, de carácter negativo: «fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos», que supone una remisión a la normativa administrativa de ese sector de la función pública: concretamente la Ley Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, cuyo «artículo 3.2.1 atribuye (...) entre las funciones del Inspector de Trabajo, la de facilitar información técnica a empresas y trabajadores, la que doctrinalmente viene siendo precisamente denominada “función de asesoramiento” de la Inspección del Trabajo»; función igualmente contemplada en los Convenios auspiciados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Destaca la parte recurrente cómo, según el artículo 3 de la Ley 42/1997 (LOI-TSS), una de las funciones de los Inspectores de Trabajo es la de «asesoramiento, de información general acerca de determinadas cuestiones relacionadas con el Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social», y cómo los Convenios de la OIT prevén «de entre los cometidos de la Inspección del Trabajo, los de “facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales”, artículo 3.1.b) Convenio núm. 81.º y artículo 6.1.b) Convenio núm. 129».

Dice también la parte recurrente, como broche de su alegato impugnativo, que «la sentencia no contiene ningún hecho probado sobre lo acertado o desacertado, lo ajustado o no, del contenido del asesoramiento prestado por don Ángel; como tampoco tiene referencia alguna acerca de la observancia de la legalidad y acierto de las inspecciones en curso a que mi mandante se refirió en su labor de asesoramiento».

El motivo carece de fundamento y, por ello, tampoco puede prosperar.

En efecto, ante todo, debemos destacar que no es función propia de la jurisdicción penal calificar el acierto o desacierto de los asesoramientos que los Inspectores de Trabajo puedan hacer a los trabajadores y a las empresas. Lo único sobre lo que hemos de pronunciarnos, en el presente caso, es sobre si el asesoramiento prestado por don Ángel a la empresa Piedras Leiro, a la cual la Inspección de Trabajo de Barcelona había abierto varios expedientes que estaban siendo tramitados por otros Inspectores de Trabajo de la misma Delegación, constituye, o no, una actuación tipificada penalmente.

En el plano legal, el artículo 441 del Código Penal considera reos del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, «a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa».

Al estudiar esta figura jurídica, la doctrina destaca, aparte de que se trata de un delito especial propio (por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público), que estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado), ni demanda un especial elemento subjetivo (de modo que basta el denominado dolo de autor), cuyo bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (v. arts. 9.1 y 103 CE), con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad.

Desde otra perspectiva, es preciso subrayar, en relación con este tipo penal, que constituye una condición negativa del mismo que la acción de la autoridad o funcionario de que se trate se ejecute «fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos», pero repugna al buen criterio admitir que una norma legal permita que los funcionarios públicos lleven a efecto el doble asesoramiento —público y privado— en un determinado asunto; hasta el punto de que, desde la perspectiva de la importancia jurídica y social de semejantes conductas, ha de reconocerse la indudable gravedad de la conducta enjuiciada, es decir, que un funcionario público pueda asesorar privadamente a una empresa que está siendo inspeccionada por otros funcionarios del mismo Servicio que el del acusado, para defenderla de las previsibles consecuencias de la inspección oficial.

Por lo demás, el artículo 3.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que «la función inspectora, que será desempeñada en su integridad por los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...) comprende los siguientes cometidos: (...). 2. De la asistencia técnica. 2.1. Facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora. (...)»; y el artículo 12.3 de la citada ley, por su parte, dispone que «los inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...) estarán sujetos a las incompatibilidades y a los motivos de abstención y recusación de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas».

El Convenio de la OIT núm. 81, de 11 de julio de 1947, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, dispone en su artículo 3.1 que «El sistema de inspección estará encargado de: (...) b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (...)». Y el Convenio de la OIT núm. 129, de 25 de junio de 1969, relativo a la inspección del trabajo en la agricultura, por su parte, establece en su artículo 6.1 que

«el sistema de inspección del trabajo en la agricultura estará encargado de: (...) b) proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; (...)» (v. art. 96.1 CE).

Llegados a este punto, debemos resaltar el acierto con que el Ministerio Fiscal subraya que la «función de asesoramiento» la llevarán a cabo los Inspectores de Trabajo «con ocasión del ejercicio de su actuación inspectora», según establece el artículo 3.2.º LOITSS, por lo que —continúa el Ministerio Fiscal— «no puede interpretarse que bajo tal precisión pueda ampararse quien, como recoge la sentencia recurrida, asesora para “contrarrestar lo que les pedía la inspección”, es decir, se asesora, según el recurrente, al amparo de la Ley para hacer ineficaz la labor que la Ley encomienda precisamente a la Inspección de Trabajo».

De modo patente, hemos de concluir, por tanto, que la conducta imputada al acusado, hoy recurrente, en el relato fáctico de la sentencia recurrida, está penalmente tipificada en el artículo 441 CP, puesto que don Ángel asesoró a una empresa privada —que estaba siendo inspeccionada por varios Inspectores de Trabajo de Barcelona—, con objeto de que la misma pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto. Su conducta ha constituido, por tanto, una actividad de asesoramiento a una entidad privada en relación con unos expedientes de inspección tramitados por la Inspección de Trabajo de Barcelona —a la que pertenecía el acusado— los cuales habían sido asignados a otros Inspectores; por tanto, fuera del ejercicio de su función inspectora, y, por ende, sin posible apoyo legal.

Es indudable que la legislación española es plenamente respetuosa con los Convenios de la OIT, antes citados, en cuanto cumplen sus exigencias y precisan, con evidente lógica jurídica, el ámbito lícito de la actividad asesora de los Inspectores de Trabajo, limitándola a la desarrollada «con ocasión del ejercicio de la función inspectora»; pues, de otra forma, tal actividad podría resultar entorpecedora.

(Sentencia núm. 484/2008, de 11 de julio)

ARTÍCULO 457

Simulación de delito: Denunciar el robo de unos documentos que el mismo hizo desaparecer dando lugar a unas diligencias previas en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional por falta de autor conocido: delito consumado

Y en relación al delito del artículo 457, esta Sala (SSTS 1221/2005, de 19 de octubre, y 1550/2004, de 23 de diciembre), ha recordado los elementos que configuran este delito:

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaría motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que «en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales».

c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa *notitia criminis* llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (SSTS de 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003).

En consecuencia, aún en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

Pues bien, en relación a la certeza y realidad de los hechos denunciados no podemos olvidar que el recurso de casación es un recurso, que en términos generales, parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema únicamente permite dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación: una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir, infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2 LECrim.

En el caso que se analiza ya se ha desestimado los motivos segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y el tercer error en la que la apreciación probatoria que cuestionaba la actividad probatoria desplegada en el juicio oral como suficiente para deducir racionalmente la existencia de un resultado probatorio que pudiera estimarse «de cargo» del que concluir la existencia de los delitos imputados.

Incólume, por tanto, el relato fáctico, tal como exige el motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. el acusado, con el fin de evitar que se conociera su irregular actuación, en la tarde-noche del 5 de enero hizo desaparecer de su oficina documentación relativa a recibos correspondientes a pagos realizados por contribuyentes, que no había ingresado en la cuenta del Ayuntamiento. Seguidamente, en la mañana del día 7, a las 11 horas, presentó denuncia ante la Guardia Civil de la localidad, indicando que entre las 20 horas del día 5 de enero y las 9 horas del día 7 de enero de 1999, autores desconocidos entraron en la oficina de la recaudación municipal, abriendo cajones, puertas y archivadores, tirando al suelo gran cantidad de recibos de contribuciones, así como otros documentos de la dependencia. También señalaba que no se habían causado daños y que en principio creía que no faltaba nada, pero que se había de colocar cada cosa en su sitio y comprobar si faltaba algún documento. Esta denuncia dio lugar a la incoación de las diligencias previas 82/99, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Massamagrell, que fueron sobreseídas por falta de autor por auto de 18/1/99.

De tal relato fáctico se desprenden la concurrencia de los elementos del delito de simulación de delito a que se ha hecho referencia, pues con respecto a la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia —a que antes hemos hecho referencia— fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Massamagrell, el cual incoó las diligencias previas 82/95 en las que se dictó auto de sobreseimiento provisional de 18.199 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el artículo 641 LECrim, lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente.

Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS 27.11.2001 que declara con nitidez: «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial.

En el caso de una denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas diligencias previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa».

Consecuentemente si bien tras el auto de incoación de las diligencias previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identificada persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el artículo 456 del CP.

(Sentencia núm. 252/2008, de 22 de mayo)

ARTÍCULO 467

Deslealtad profesional: Abogado o Procurador que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados: existencia. Abogado que en juicio ejecutivo llega un acuerdo extrajudicial sin conocimiento ni consentimiento de su patrocinado, condonando casi la mitad de la deuda, pese a que fue requerido para que cesara como letrado de su cliente

Respecto al delito de deslealtad profesional, los hechos probados son harto elocuentes y en ellos se contienen los elementos configuradores de esta infracción punitiva, que esta Sala ha venido perfilándolos y reduciéndolos a los siguientes:

a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano.

b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión que en ambos casos derivará en un resultado.

c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados, sin que necesariamente tales perjuicios hayan de ser económicos, bastando también los morales.

d) desde el plano de la culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

En nuestro caso un asunto que llevó como letrado de los perjudicados, lo consensuó con los condenados en juicio ejecutivo, sin conocimiento ni asentimiento de los titulares del crédito, condonando casi la mitad de la deuda con ocasionamiento de un perjuicio a los acreedores y ello a pesar de haber sido requerido de cese con antelación como letrado de la empresa.

El pacto dañino realizado sin conocimiento y consentimiento del titular del crédito, en atención a la condición ostentada otrora de abogado del asunto y conocido de los deudores, encierra los elementos típicos del delito.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia núm. 431/2008, de 8 de julio)

ARTÍCULO 576

Colaboración con banda armada. Diferencias con integración en banda armada. Actos de colaboración: existencia: presta su domicilio para que se realicen reuniones que tienen la finalidad de conseguir integrantes del terrorismo islámico; dispuesto a seguir los postulados de su mentor; en su labor de llevar a cabo la Yijad, encontrándose una huella suya en un Corán hallado en vivienda donde se inmolaron varios miembros del terrorismo islámico, autores de los atentados del 11-M

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado, que el tipo de colaboración con banda armada descrito en el artículo 576 CP, despliega su más intensa funcionalidad en los supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, constituyendo su esencia poner a disposición de la organización, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración, prescindiendo en todo caso de la coincidencia de los fines. Se trata, en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (cf. SSTS 1230/1997, 197/1999 ó 532/2003). Pero también se ha puntualizado (STS 800/2006, de 13 de julio), que el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los artículos 515 y 516 y de colaboración con banda armada del artículo 576, ambos del Código Penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado —SSTS 1346/2001, de 28 de junio, y 1562/2002, de 1 de octubre.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica (no exigida estrictamente por el tipo), lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración —entre otras, STS 29 de noviembre de 1997—, *a*) su carácter residual respecto del delito de integración; *b*) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito —nuclear o periférico— pero no el de la colaboración; *c*) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «... son actos de colaboración...» y *d*) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo.

En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999, de 16 de febrero, y 1230/1997, de 10 de octubre, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el artículo 174 bis *a*) del Código Penal 1973 y ahora en el artículo 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atentar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo), constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, trans-

portes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas.

En definitiva, la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la misma, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener—, sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación.

Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquier de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

Se trata en suma, de un delito que es aplicable precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos, constituyendo un tipo de mera actividad o peligro abstracto, como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto (SSTS 532/2003 y 240/2004), puntualizando la STS 785/2003, de 29 de mayo, que, evidentemente, en cada caso concreto —todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado—, habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración —SSTC 1346/2000, de 17 de julio, 546/2002, de 20 marzo, entre otras—, o se trata de un hecho atípico.

En esta dirección se decía en la STS 580/2005, de 6 de mayo, que la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la Organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener— sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quiénes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria aportación.

Según la STS 797/2005, de 21 de junio, «El artículo 576 CP castiga a los que lleven a cabo, recaben o faciliten, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, precisando, seguidamente, que son actos de colaboración, entre otros, “la ocultación o traslado de personas vinculadas a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Para la comisión de este delito, basta, por tanto, la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito».

Llegados a este punto, la doctrina examinada tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, piensa la STS 50/2007, de 19 de enero, no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación,

la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida.

Este concepto de terrorismo (y consecuentemente de organización o de grupo terrorista) es el que acoge el Código Penal en su artículo 571, refiriéndose a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Consecuentemente, nos corresponderá examinar ahora, dado el cauce casacional seguido por el recurrente, si desde el respeto a los derechos declarados probados, la conducta que le es imputada constituye el delito de colaboración con banda, organización o grupo terrorista del artículo 576 CP.

En principio, este carácter, respecto Al Qaeda, se deduce de forma nítida e inequívoca del relato fáctico.

«A lo largo de los últimos años miembros de distintas facciones de la organización Al Qaeda se han venido desplazando por países europeos para tratar de captar, entre los jóvenes musulmanes, miembros para su organización. Para ello se sirven de una enseñanza radical del Islam, dirigida a justificar la Yijad —también denominada jihad o hijad— (guerra santa), entendida como la obligación de combatir con los hermanos musulmanes so pretexto de la persecución de que están siendo objeto por los Estados Unidos y por otros países de Occidente incluida Europa, a fin de lograr el aniquilamiento de todos aquellos que por no compartir sus principios reputan infieles, mediante el empleo de la violencia contra personas y cosas, aceptando su propia inmolación. Una vez que en el plano ideológica consiguen crear sus adeptos a la guerra santa, algunos de ellos llegan incluso a recibir formación en el manejo de explosivos o hasta de formación militar. Para ello en ocasiones se llega a acudir a bases que ya se encuentran fuera de Europa, principalmente en Afganistán y Pakistán. De ese modo van logrando adeptos que o bien están preparados para combatir directamente en los países en conflicto, como Afganistán o Irak, o bien están dispuestos a constituir en su país de residencia lo que se denominan células durmientes, en las que sus miembros llevan una vida aparentemente dentro de la legalidad, pero en una completa disposición a cumplir cualquier instrucción de ataque, que se les pueda hacer llegar, en cualquier momento.

Uno de estos miembros de una facción de Al Qaeda, que desde los años 2001 y 2002 se desplazaba a España con esta finalidad, era Andrés (que actualmente cumple condena en Marruecos, por delito de pertenencia a una asociación terrorista islámica, tras su detención en ese país en mayo de 2003). Para desarrollar en España esta actividad de captación actuaba junto con Marcelino —Gamba— (fallecido en abril de 2004 en la explosión del piso de la Calle 002 de Leganés.»

Y la concreta colaboración del recurrente en esta actividad se recoge asimismo en los hechos probados, al añadir: «Durante sus estancias en Madrid, Andrés organizó, junto con Marcelino —Gamba—, varias reuniones con miembros de la comunidad musulmana, en su labor de captación de adeptos para la guerra santa, con el objetivo expuesto, en las que se justificaba el islamismo más violento y radical. Estas reuniones se llevaron a cabo en varios lugares y entre ellos en el domicilio de Ernesto, marroquí de origen, mayor de edad, sin antecedentes penales, en la Calle 001, núm. 002, en San Cristóbal de los Ángeles, Villaverde, Madrid.

Ernesto aceptaba dejar su casa de la calle 001 a Andrés para que se celebrasen estos encuentros, sabiendo que en estas reuniones eran para buscar adeptos para la yihad».

Por tanto, debe mantenerse la calificación jurídica efectuada por la Sala de instancia. El recurrente considera que el relato de hechos probados no define una plura-

lidad de personas que reúnan las condiciones de organización terrorista. Sin embargo, esta apreciación no es adecuada, ya que los hechos no dicen que el recurrente forma parte de una organización que se componga de las personas que se señalan en ellos, sino que de su lectura se deduce que deja su casa para que dos personas pertenecientes Al Qaeda lleven a cabo una labor de proxenetismo, conociendo la finalidad de esos encuentros, colaborando, en suma, con esas personas, y no podemos olvidar que el delito de colaboración con banda armada, incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin, facilitan cualquiera de las actividades de la Organización, y no solamente las acciones armadas. Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

(Sentencia 304/2008, de 5 de junio)