

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 11

*Comisión por omisión. Posición de garante. Participación omisiva en un delito de resultado. Maltrato habitual y homicidio imprudente. Dolo en los delitos de omisión. La madre de la menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto y ello de forma reiterada y si no se le imputó su autoría directa, si es responsable, como autora por comisión por omisión.*

Es necesario recordar en este sede casacional que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (por ejemplo STS 1480/99 de 13 de octubre), ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice);
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución;
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el artículo 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable a la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

En el caso presente existía en la recurrente una obligación legal de actuar dada la posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil –incluso con anterioridad a la reforma LO. 54/2007 de 28 de diciembre– como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiales incumbe a los padres.

La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de apenas 2 años y 9 meses, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan –se dice en la STS 21/2007, de 19 de enero– no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción e exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el de velar por los hijos menores –art. 154,1º– y permite a los progenitores, en el ejercicio de su potestad recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones o malos tratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros (STS 1161/2000, de 26 de junio).

Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas (Sentencia de 22 junio de 1991), con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar

el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo (art. 154 del Código Civil).

La fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hija derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal insito en el artículo 154, que impone a la madre velar por el niño e incluso recabar –como antes dijimos– el auxilio de la Autoridad en su caso para dicho cumplimiento.

Decimosexto: Expuestas estas consideraciones generales la sentencia de instancia llega a la convicción de que la procesada no se podía plantear como una simple posibilidad sino que necesariamente tenía que tener conocimiento de las reiteradas agresiones que el otro procesado estaba causando a su hija, pues si bien se podía admitir que las lesiones que dieron lugar a las asistencias del mes de abril, podía creer la procesada su origen fortuito, dado el poco tiempo que llevaban conviviendo, el resto de las lesiones, no solo las del 7 junio a las que se circunscribe el motivo, sino las que presentaba la niña menor en el momento del fallecimiento excluyendo las 21 producidas horas antes, con un data de entre dos y quince días y una diversidad de zonas corporales afectadas, necesariamente la madre tuvo que conocer su carácter intencional.

Inferencia que se refuerza por el hecho de que tales traumatismos solo empezaron a producirse a partir de que se iniciara la convivencia entre los procesados, y tales golpes se producían cuando la niña se encontraba en la sola compañía del procesado.

Asimismo la propia recurrente en su declaración sumarial admite que ante la progresiva aparición de hematomas y golpes en la niña y las explicaciones de Gregorio (que la niña se caía y golpeándose con un radiador, contra los marcos de las puertas, contra el triciclo, al salir del baño), la declarante comenzó a desconfiar porque entre semana la niña estaba bien y cuando ella llegaba los viernes de trabajar la niña estaba vomitando. Que entonces, hace un mes, le preguntó a Gregorio porqué la niña vomitaba y si la estaba pegando, que Gregorio se enfadó mucho diciendo que no, aunque la declarante desconfiaba mucho.

Y por ultimo por la total pasividad mostrada por la procesada exenta de toda preocupación hacia su hija, que se traducía en que fuera el procesado quien se encargara de llevar a Natalia al médico, y que la actitud mostrada el día del fallecimiento de su hija que estando esta en casa en un estado lamentable, dada la prueba pericial media que establece los síntomas que debían observarse en la menor después de la fatal agresión, y que se detectó por los profesionales sanitarios que atendieron a la menor y que en el plenario declararon, Doña. Inés («que la niña vino postrada, no reaccionaba a ningún estímulo, tenía contusiones en la cabeza y en otras partes del cuerpo y tenía una dilatación anal»), Don. Isaac («la niña estaba llena de hematomas y agonizando. Los hematomas eran de distinta antigüedad... no se pudo hacer»), Don. Sixto («la niña llegó en estado de coma y presentaba hematomas de distinto estado evolutivo»), mantiene una postura totalmente pasiva y despreocupada, sin reaccionar ante ese estado ya agónico de su hija y deja que sea el procesado el que la lleve al Centro de la Salud, mientras ella se queda en casa, lavando las manchas dejadas por los vómitos de Natalia sobre la tapicería y poniendo a secar la ropa de la lavadora que había puesto al llegar a casa, y que era la ropa de la cama de ambos procesados, que estaba manchada y que había metido en la lavadora previamente el procesado.

Con estos elementos probatorios es fácil deducir inferencialmente que la recurrente y madre de la menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que

era objeto y ello de forma reiterada y si no se le imputó su autoría directa, si es responsable, como autora por comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochables conductas incardinables en los artículos 153 y 173.2 CP, necesariamente tenía que ser su compañero sentimental e inevitablemente su materialización en el cuerpo de una niña de apenas dos años y medio cuando se inició la relación, tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc... y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos reiterados, no solamente denunciando los hechos, sino materialmente apartando a la niña, para protegerla de la presencia del coprocesado, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido, como dice la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1995, muchas maneras a su alcance había para lograrlo; al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de los delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar, del artículo 173.2, párrafos primero y maltrato en el ámbito familiar del artículo 153, en comisión por omisión.

Decimoséptimo: Respecto a la condena que igualmente, se contiene en la sentencia como autora de un delito de homicidio por imprudencia, artículo 142.1 CP., hemos de partir de que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en Sentencias de 25 de abril y 30 de junio de 1988, en las que sostuvo que «en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción». En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/1997, de 27 de junio).

Por ello quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24 de octubre de 1990).

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto a la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado, o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza esta meta (impedir el resultado en los delitos impropios de omisión) por la forma descuidada o inadecuada en la que ejercita dicha acción por la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía.

Por ello, en la STS de 12 de noviembre de 1990 se apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables.

En efecto el deber de cuidado ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente y la medida del cuidado debido no puede exceder de aquello a lo que el omitente está obligado como garante. A la inversa, en el ámbito del delito imprudente por omisión el deber de garante es deber de cuidado, pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente.

En el caso que ahora se juzga aunque se admite que la procesada no actuó con dolo, es claro también que no dio cumplimiento a su deber de garante en base al deber general de protección que incumbe a los padres respecto de los hijos y el previo conocimiento que tenía de la conducta violenta de su compañero sentimental hacia su hija unido a su actitud, el día de autos al llegar al domicilio y tener necesariamente que apercibirse del grave estado de la menor, totalmente pasiva, al dedicarse a encargar telefónicamente la comida, a tomarla, a efectuar una llamada telefónica a Colombia y a rezar, conducta ésta generadora de una irresponsabilidad grave al no llevar inmediatamente a la niña a su Centro Médico.

Conducta, en suma, gravemente negligente, al dejar a su hija sola en casa con el procesado, no obstante esas agresiones anteriores y después de haberle comunicado su decisión de dejar la relación, lo que éste no aceptaba, y que solo el salto cualitativo en la acción del coprocesado que anteriormente «solo» había ocasionado a la niña lesiones consistentes en diversas equimosis que no hubieran precisado para su curación más que la primera asistencia, hace que el resultado mortal producido no se representara como probable, confiando la recurrente en que no se produciría, originándose éste, sin embargo, por el peligro desplegado y por el comportamiento de la acusada, objetivamente inadecuado para el cumplimiento del deber de actuar. Esto puede excluir la forma dolosa de la omisión si el agente confía en que el resultado no se producirá, pero no la tipicidad culposa, como ocasionalmente se postula, dado que lo ordenado por el derecho y es precisamente la ejecución de una acción adecuada a la evitación del resultado según la capacidad del omitente.

(Sentencia núm. 716/2009, de 2 de julio)

## ARTÍCULO 14

*Error de tipo. Distinción con el error de prohibición. Delito de tráfico de drogas. Conocimiento de que se portaba cocaína. El desconocimiento de la concreta cantidad de droga que se transporta no excluye el dolo.*

Se argumenta por los recurrente que desconocían las intenciones del taxista que en todo momento les acompañó y no sabían que lo que portaban en las perchas era cocaína, concurriendo un posible error de tipo del artículo 14.1 CP.

Como recuerda la STS 231/2009, de 5 de marzo, con cita de la STS 737/2007, de 13 de septiembre, la doctrina de esta Sala Segunda, desde la introducción del artículo 6 bis a) operada por la reforma de 25 de junio de 1983, ha venido haciendo un esfuerzo de delimitación conceptual acerca de una materia –la trascendencia penal del error– sobre la que no siempre se razonaba con precisión.

De ahí que en la actualidad se asuma, en coincidencia con la nomenclatura del legislador, luego repetido, en el vigente artículo 14 del CP, la distinción entre error de tipo –imbricado con la tipicidad– y error de prohibición –afectante a la culpabilidad–. Tal vinculación con la tipicidad y la culpabilidad es ya una constante en nuestra jurisprudencia (SSTS 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril).

Así pues, es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el artículo 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo.

Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal –núm. 1– o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. – núm. 2–. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. En el número 3.º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva –error de prohibición directo– o un error sobre la causa de justificación –error de prohibición indirecto–. Así en términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo, «la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación».

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP .) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme.

En cualquier caso –recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre–, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.

En el caso presente los datos fácticos consignados en la declaración de hechos probados referidos a la participación circunstanciada de los ahora recurrentes en el transporte de más de tres kilogramos de cocaína pura, a cuya convicción llega la Sala por los indicios que detalla, constituyen una sólida base para sustentar la inferencia de que prestaron su activa colaboración en la operación delictiva, si no con plena y absoluta certeza de que en las perchas contenían la cantidad concreta de cocaína que se refleja en el *factum*, si al menos con la consecuencia de la alta probabilidad de que así pudiera ser, lo que acredita que en su intervención concurrió, cuando menos, el dolo eventual respecto al conocimiento de esta droga, con la que se satisface el elemento subjetivo del tipo respecto al componente material del delito, resultando, por tanto, acertado y correcto el razonamiento de que el acusado conocía o se representó que era lo que transportaba en la maleta.

Su alegación de desconocimiento de la sustancia resulta irrelevante como decíamos en la STS 145/2007 de 28 de febrero. Quien no quiere saber, aquello que pueda y debe conocer y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, debe responder de las consecuencias de un ilícito actuar (SSTS 941/2002 de 22

de mayo, 1583/2000 de 16 de octubre, 1637/99 de 10 de enero de 2000). Quien por su propia decisión asume una situación debe asumir las consecuencias de un delictivo actuar porque lo sabido y querido, al menos vía dolo eventual, coincidió con lo efectuado ya que fue libre de decidir sobre su intervención en la tenencia de la droga y transporte subsiguiente y el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido.

En rigor, como recuerda la STS 990/2004, de 15 de septiembre, nos encontramos con un partícipe en un episodio de tráfico de drogas en el que el acusado no muestra un conocimiento equivocado, sino mera indiferencia –como mínimo, con consentimiento en la participación fuese cual fuese la droga objeto del tráfico ilícito. Así pues, cuando el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor sólo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y, sin embargo, acepta realizar la acción y a las situaciones de «ignorancia deliberada» se refieren las SSTS 446/2002, de 22 de mayo, 2075/2002, de 11 de diciembre, 420/2003, de 20 de marzo, 626/2003, de 30 de abril).

El motivo por lo expuesto se desestima.

(Sentencia núm. 767/2009, de 16 de julio)

## ARTÍCULO 16.2

*Tentativa. Desistimiento voluntario. Delito de robo con violencia. La decisión de abandonar la prosecución de la acción no se debió a una objetiva imposibilidad de continuarla. El abandono se produjo porque la detonación podía alertar a terceros, lo que implica la percepción del riesgo de ser sorprendidos y detenidos, lo cual representaba una desventaja mucho mayor que la ventaja que significaba culminar la acción del robo, es decir, un riesgo razonablemente no asumible, ni aceptable desde la lógica del delincuente. Criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento.*

Alegan que el robo no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa, y que su imperfecta ejecución se debió a que voluntariamente desistieron de continuarla; decisión debida a su libre determinación, considerada con independencia de los móviles que guiaron a los agentes. Se trataría por tanto de un desistimiento voluntario impune.

1. Varios son, como recuerda la Sentencia de esta Sala 197/2000, de 16 de febrero, los criterios doctrinales propuestos para delimitar la voluntariedad en el desistimiento:

a) la concepción que va más lejos toma en cuenta la «posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente iniciada»; de modo que la impunidad sólo sería descartada en la medida en que el hecho en el peor de los casos resultara no realizable. Sólo en este caso podría hablarse de tentativa, en tanto que resultarían supuestos de voluntario desistimiento aquéllos en que, siendo posible en términos objetivos la consumación, optara el sujeto por interrumpir la acción típica cualquiera que fuese el motivo o la razón de ese apartamiento del impulso delictivo.

b) El otro extremo lo brinda la concepción según la cual lo que debe tomarse en cuenta es la «cualidad moral del impulso del desistimiento», sobreacentuado así el punto de vista del «mérito» de éste.

c) Entre uno y otro se sitúa el sector doctrinal que estima suficiente, para valorar la voluntariedad, que el desistimiento resulte de motivos totalmente autónomos, es decir sin que surja por medio una transformación de la situación, y únicamente en base a la reflexión interior del sujeto; en tal sentido esta Sala ha declarado, en Sentencia de 9 de marzo de 1999, que el desistimiento voluntario se produce por la interrupción que el autor realiza «por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección», y que no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque estos puedan ser absolutos o relativos en ambos casos debe excluirse en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (Sentencias de 7 de diciembre de 1977; 6 de octubre de 1988; 8 de octubre de 1991; 9 de junio de 1992). En análogo sentido la Sentencia de 25 de junio de 1999 reitera la doctrina de la Sentencia de 19 de octubre de 1996, declarando ineficaz el desistimiento si éste viene impuesto por circunstancias independientes de la libre determinación del sujeto, debiendo ser la interrupción, para que conlleve la exclusión de la tipicidad, la consecuencia de su propia, personal y espontánea conciencia, y por lo tanto ajena a cualquier motivación exterior.

d) Esta doctrina sin embargo no puede aplicarse en términos tan absolutos que lleve a rechazar la voluntariedad del desistimiento en todo supuesto en que el abandono de la acción típica no derive exclusivamente de la íntima y pura reflexión, sin conexión alguna con la percepción de la situación objetiva, pues es preciso reconocer que, por lo general, en la capitulación frente a pequeños escollos se expresan las carencias de la decisión de un autor al que no debería cerrársele el camino del regreso; y como dijo esta Sala en Sentencia de 10 de julio de 1999 «en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial». En conclusión: será correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas.

## 2. De este modo puede afirmarse:

a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no puede aceptarlas.

b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes –sean o no esos motivos éticamente valiosos– o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder «irrazonable» desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recom-

pense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen– de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal.

3. En este caso el hecho probado relata que una vez hecho el disparo de escopeta que provocó la muerte instantánea de la víctima, «ante el ruido de la detonación que podía alertar a vecinos y personas que circularan cerca del local, los acusados se dieron inmediatamente a la fuga sin lograr llevarse botín alguno».

Es cierto que la decisión de abandonar la prosecución de la acción no se debió a una objetiva imposibilidad de continuarla, y en ese único sentido es verdad que quisieron no terminar su ejecución. Pero también lo es que el abandono se produjo porque la detonación podía alertar a terceros, lo que implica la percepción del riesgo de ser sorprendidos y detenidos, lo cual representaba una desventaja mucho mayor que la ventaja que significaba culminar la acción del robo, es decir un riesgo razonablemente no asumible, ni aceptable desde la lógica del delincuente. Desde esta perspectiva la mayor ventaja estaba en darse inmediatamente a la fuga, y por lo mismo su desistimiento no expresa una voluntad de retorno a la legalidad sino la opción por lo más útil según las normas del comportamiento criminal. No hay desistimiento voluntario impune del artículo 16.2 del Código Penal.

(Sentencia núm. 543/2009, de 12 de mayo)

## ARTÍCULO 20.5

*Estado de necesidad: Concepto y requisitos de la eximente, completa e incompleta. Delito de estafa. Tener deudas no es un mal injusto o ilegítimo que justifique defraudar a los demás mediante la comisión del delito de estafa.*

La esencia del 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 éste último que ha de ser grave y actual (STS 1629/2002, de 2 de octubre). De los distintos requisitos y exigencias, en que se desenvuelve el estado de necesidad debe recordarse que el mal amenazante ha de ser actual, absoluto, real y efectivo, imperioso, grave e inminente, injusto e ilegítimo (SSTS 1415/97, de 24 de noviembre; 43/98, de 23 de enero; 585/98 de 27 de abril; 669/98, de 14 de mayo; 1208/98, de 19 de octubre; 75/99, de 26 de enero; 793/99, de 20 de mayo; 922/99, de 7 de junio; 1168/99, de 6 de julio; 1269/99, de 13 de septiembre; 1403/99, de 1 de octubre; 71/2000, de 24 de enero; 1125/2002, de 14 de junio).

Sentado lo anterior, resulta evidente la falta de fundamento de un estado de necesidad. En efecto, es inherente a la actividad económica y contractual la existencia de obligaciones, y consiguientemente de deudas; y es propio de éstas el tener que pagarlas. Tener deudas no es un mal en sentido jurídico ni su ejecución forzosa es otra cosa que el cumplimiento de un deber jurídico, o sea del ordenamiento legal. Esto no es un mal injusto o ilegítimo que justifique la comisión de un delito. No puede por tanto construirse un estado de necesidad sobre la base de tener muchas o cuantiosas deudas,

se tenga o no solvencia para satisfacerlas. Otra cosa es que como consecuencia de ellas sobrevenga al sujeto una material situación personal de indigencia, de pobreza o extrema carencia de lo indispensable que ponga en riesgo inminente o grave su vida, su salud o su integridad física. En tal caso es esa personal indigencia o necesidad de lo imprescindible para sobrevivir lo que pudiera, en su caso, valorarse en la apreciación de un hipotético estado de necesidad, que –repetimos– no cabe en modo alguno construirse directamente sobre un fracaso de los negocios, una crisis empresarial o una sobrevenida imposibilidad de hacer frente a las deudas asumidas. Nada de esto es un mal que justifique defraudar a los demás mediante la estafa. Por lo tanto, ni «la situación de la entidad» por grave que fuera tiene relevancia alguna a estos efectos, ni lo tiene tampoco «la existencia de deudas reclamadas y existentes con anterioridad a la compraventa». La documental que según el recurrente pretendía demostrarlo era, pues, irrelevante por serlo el hecho mismo que se pretendía probar, en cuanto inadecuado para apreciar un estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal.

(Sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo)

## ARTÍCULO 20.6

### *Miedo insuperable. Requisitos para la apreciación de la eximente.*

Sostiene el recurrente que recibió amenazas del armador por lo que si colaboró en alguna actividad lo hizo temiendo por su vida, estando alterada su capacidad de decisión.

2. Es doctrina de esta Sala (STS 340/2005, de 8 de marzo) que son requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir también para apreciarla como incompleta:

1.º) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (SSTS de 24 de noviembre de 1997, 1 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000).

2.º) La imposibilidad de poner remedio a la situación recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero y 6 de julio de 1999 y 24 de enero de 2000).

La doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

Se considera que es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiada sino un temor a que ocurra algo no deseado. 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 que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El artículo 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insupe-

ble al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo artículo 8.10º del Código Penal derogado.

La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado.

Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (STS 1095/2001, de 16 de julio).

La aplicación de la eximente exige 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).

La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente 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.

Se afirma, también (STS 1382/2000, de 24 de octubre) que tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas, entre otras.

3. La Sentencia de instancia salió al paso de la alegación –a pesar de haberse efectuado extemporáneamente en trámite de informes– rechazándola, según explicaba «...al no haber resultado acreditada, la situación derivada de la amenaza real, seria e inminente de ningún mal efectivo tenido como insuperable. Hemos resaltado que Basilio, en su declaración inculpativa, negó cualquier tipo de intimidación o amenaza a la tripulación, confesando haber ofrecido a toda ella una remuneración dineraria extra, razón por la cual el acusado y enrolado como cocinero, de común acuerdo con los armadores, participó en el trasvase de la sustancia ilícita, e incluso realizó igualmente, labores de vigilancia, como así libre y voluntariamente declararon ante la autoridad judicial el patrón de pesca y el marinero cabo verdiano Clemente, y lo corroboró en el plenario, precisamente a pregunta de su defensa».

4. De cualquier modo, en un motivo por infracción de ley como el formulado, hay que atender a lo que conste en el *factum*, en el que en ningún momento se desliza ningún elemento que pueda servir de base a la apreciación de las circunstancias invocadas, conforme a los requisitos jurisprudencialmente establecidos para su integración.

(Sentencia núm. 641/2009, de 16 de junio)

## ARTÍCULO 22.2

*Abuso de superioridad. Características de la agravante y diferencias con la alevosía. Delito de homicidio. Efectuar varios disparos con un revolver, a poca distancia, que alcanzaron en varias partes del cuerpo de la víctima. Desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora, de la que el acusado se aprovechó conscientemente.*

La agravante genérica de abuso de superioridad, también designada como alevosía menor o de segundo grado, presenta un doble componente objetivo y subjetivo. Objetivo en cuanto implica debilitación de la defensa material de la víctima, y subjetivo al requerir la conciencia del aprovechamiento del desequilibrio o desproporción. No basta, pues, la mera superioridad física resultante de la comparación de fuerzas, edad, número de agresores y otros factores de parecido alcance, sino que debe concurrir, igualmente, el abuso de tales circunstancias.

Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concorra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, por muy intensa que sea tal debilitación, si, como aquí ocurrió, no se aprecia la alevosía ello no excluye la posibilidad de que proceda aplicar la agravante de abuso de superioridad en el caso de que concorra, como puede ser por el empleo de armas de fuego, como sucede en el presente caso, un importante desequilibrio de fuerza a favor de la parte agresora.

Aplicar la agravante de abuso de superioridad cuando no ha sido pedida por la acusación que sí solicitó la apreciación de la alevosía no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquella, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala como es exponente la Sentencia 76/2009, de 4 de febrero, en la que se declara que el abuso de superioridad y la alevosía son circunstancias homogéneas, es algo que no admite duda. Ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque. Cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, surge del tronco común la rama de la alevosía, en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide toda posibilidad de defenderse al atacado y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante. Es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra insito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última –la alevosía– no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la «alevosía menor», pues quien pide lo más, pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario.

En consecuencia, la jurisprudencia ha entendido que no infringe el principio acusatorio la apreciación de la agravante de abuso de superioridad cuando, alegada la alevosía, se descarta su concurrencia.

En los hechos que se declaran probados se describe como el acusado Nicolás efectuó varios disparos con su revolver, a poca distancia, que alcanzaron en varias partes del cuerpo de la víctima. Y aplicando la doctrina que se ha dejado antes expresada,

puede afirmarse un importante desequilibrio de fuerza a favor de la parte agresora, de la que el acusado se aprovechó conscientemente, concurriendo, por consiguiente, la agravante de abuso de superioridad solicitada por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia núm. 836/2009, de 2 de julio)

## ARTÍCULO 28

*Distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley*

Como hemos dicho en STS 120/2008, de 27 de febrero, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición *sine qua non*, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS 89/2006, de 22 de septiembre).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS 1159/2004, de 28 de octubre).

En la STS 699/2005, de 6 de junio, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que «el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce “de modo que” el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho» y así «será un partícipe necesario, pero no coautor», concluyendo que «lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores».

Como decíamos en la STS 147/2007, de 28 de febrero, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS 1001/2006, de 18 de octubre), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005 de 21.2).

La complicidad –dice la STS 1216/2002, de 28 de junio–, requiere el concierto previo o por adhesión («*pactum scaeleris*»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia *scaeleris*»), el denominado «*animus adiuvandi*» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

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

Ahora bien, en el delito del artículo 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello la doctrina de esta Sala, STS 1069/2006, de 2 de noviembre, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del artículo 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25 de febrero de 2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que se ha admitido la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar «actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico», que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007, de 20 de abril, enumera «*ad exemplum*» diversos casos calificados de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

- b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.
- d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación.
- e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga.
- f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga.
- g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico.
- h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

Conductas éstas que no pueden equipararse a la descrita en el relato fáctico en el que se describe como los acusados portaban dos maletas que contenían cocaína a su llegada al aeropuerto de Barajas, siendo las dos únicas personas transportistas tenían el dominio del hecho; transporte de droga que ha sido considerado por esta Sala como autoría (SSTS 18 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2004 y 30 de noviembre de 2001).

(Sentencia núm. 767/2009, de 16 de julio)

## ARTÍCULO 74.1 Y 74.2

*Delito continuado. Reglas de aplicación para los delitos patrimoniales. Delito de estafa. Perjuicio total causado como criterio para determinar la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación. La agravación del artículo 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.*

En el primer motivo denuncia la vulneración del artículo 74.1 del Código Penal por su inaplicación con respecto al delito de estafa agravada. Alega la parte recurrente que en la sentencia se condena a los acusados Mario y José como autores de un delito continuado de estafa agravada (art. 250.1.7.º del Código Penal), pero a la hora de imponer la pena no lo hace en la mitad superior, tal como se dispone en el apartado 1 del artículo 74 del Código Penal, sino que la aplica en el mínimo legal de un año de prisión y seis meses de multa, contradiciendo así la línea jurisprudencial implantada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007.

La tesis de la entidad recurrente ha de acogerse, vistos los nuevos criterios interpretativos establecidos en la última jurisprudencia sobre la materia. En efecto, según se razona en la sentencia 950/2007, de 13 de noviembre, el Pleno no jurisdiccional celebrado el 30 de octubre de 2007 acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el artículo 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad sólo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la

agravación del artículo 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial.

La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica –sigue diciendo la referida sentencia– que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado conforme dispone el artículo 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.000 euros, la pena procedente es la prevista en el artículo 250.1.6.º y, si es inferior a esa cifra, la del artículo 249, o, en su caso, la correspondiente a la falta.

Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del artículo 74 –señala el Tribunal Supremo– vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al artículo 250.1.6.º, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al artículo 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión.

Por lo tanto, la regla del artículo 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado.

Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del artículo 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas.

En consecuencia, el delito continuado –acaba señalando la STS 950/2007– se debe sancionar con la mitad superior de la pena, que puede llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, con independencia de la clase de delito de que se trate. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica que debe ser incrementada con arreglo al artículo 74.1 no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Y, finalmente, la regla contenida en el artículo 74.1 sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración, es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada en atención al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado.

El nuevo criterio hermenéutico sobre el artículo 74 del Código Penal se ha visto reafirmado posteriormente en otras resoluciones de la Sala (SSTS 28/2008, de 26 de mayo; 764/2008, de 20 de noviembre; 860/2008, de 17 de diciembre; 365/2009, de 16 de abril; y 581/2009, de 2 de junio), al entender que no había razones de política criminal que fundamentaran un trato privilegiado para los delitos patrimoniales mediante la exclusión de la aplicación del apartado 1 del referido precepto, exclusión que sólo se justificaría en los supuestos en que los actos integrantes de la continuidad delictiva hubieran ya operado para integrar la agravación específica del artículo 250.1.6.ª del Código Penal (exasperación de la pena por razón de la especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación).

Así las cosas, ha de apreciarse este primer motivo de impugnación y aplicarse en su mitad superior la pena prevista para el delito de estafa.

(Sentencia núm. 813/2009, de 7 de julio)

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato con alevosía. Características. La alevosía no excluye los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro. Compatibilidad entre dolo eventual y alevosía.*

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005, de 15 de febrero, subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005, de 13 de abril, entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SSTS 472/2002, de 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SSTS 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; 1265/2004, de 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SSTS 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; 1378/2004, de 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: 1) la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (SSTS 82/2005, de 28 de enero; 133/2005, de 7 de febrero); 2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (SSTS 1031/2003, de 8 de septiembre; 1265/2004, de 2 de noviembre); 3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (STS 505/2004, de 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

2. En este caso el modo de actuar, el lugar y momento elegidos, y el arma empleada, constituyen un conjunto de elementos que determinan una total indefensión de la víctima, surgida del planeamiento mismo de la acción ejecutada: eligieron un bar en que ya de noche se encontraba la víctima con clientes del establecimiento; pero esperaron a que estos se fueran, y cuando ya estaba sola la víctima, los acusados accedieron al local en el momento en que confiadamente aquella se disponía a cerrar la puerta, y estando así completamente sola en su interior, sin escapatoria, de improviso fue abordado encañonándole con un arma, y cuando hizo ademán de cerrar la puerta y desviar el cañón que le apuntaba le dispararon un tiro de escopeta en la cara que le causó la muerte instantánea

El momento y lugar que se elige, la dinámica comisiva, el número de asaltantes, y la potencia y eficacia letal del arma, constituyen un verdadero marco de indefensión total, derivada de los medios, modos y forma de ejecución del hecho.

De contrario no puede oponerse de una parte la idea de que la defensa no se elimina del todo porque intentó apartar el arma y cerrar la puerta; y de otra parte la tesis de la incompatibilidad entre el dolo eventual y la alevosía:

a) En cuanto a lo primero ya hemos dicho antes que la alevosía no excluye los casos de intento de defensa cuando es funcionalmente imposible y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro. En este caso el planificado aseguramiento del robo buscando la noche, la soledad, el mayor número en los asaltantes, el arma mortal y en definitiva cuánto garantizaba el éxito del apoderamiento y la imposibilidad de oponerse al robo es el mismo marco en que se sitúa también la acción de matar, respecto a la cual aquello que en el robo era un buscado aseguramiento del resultado, con relación al homicidio tiene la naturaleza de un verdadero actuar alevoso.

b) No es obstáculo que la muerte lo fuese con dolo eventual: esta Sala se pronunció por la incompatibilidad con la alevosía en algunas Sentencias como las Sentencias 1245/95, de 5 de diciembre; 219/96, de 15 de marzo; 1043/96, de 19 de diciembre y 861/97, de 11 de junio.

Posteriormente sin embargo ha consolidado la doctrina de la compatibilidad entre la intención dolosa meramente eventual y la alevosía: concretamente la Sentencia 466/2007, de 24 de mayo, citada por la acusación particular en su recurso declara que la incompatibilidad entre alevosía y dolo eventual ya no es el criterio que viene manteniendo reiteradamente la más reciente jurisprudencia de esta Sala. Y añade, con referencia a Sentencias anteriores que en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

En esa misma línea se pronuncian las Sentencias 415/2004, de 25 de marzo, 514/2004, de 19 de abril y 653/2004 de 24 de mayo. Esta última declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.ª del artículo 139 del Código Penal, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la

propia Sala. Ha afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias 1006/99, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre y 71/2003, de 20 de enero. En la misma línea la sentencia 1010/2002, de 3 de junio, estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo». La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión como recordaba la Sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Y en la más reciente sentencia 1007/2006, de 10 de octubre, igualmente se pronuncia por la compatibilidad.

3. En consecuencia, apreciada la alevosía en este caso procede calificar la muerte causada como delito de asesinato del artículo 139.1.º del Código Penal. Lo cual deja ya sin virtualidad alguna, con la estimación del motivo primero de la acusación particular, la formulación del segundo en cuanto se pretende por la vía del artículo 849-2.º de la LECriminal la modificación del hecho probado para sustentar una alevosía que ya se estima concurrente sin necesidad de alterar el relato histórico.

(Sentencia núm. 543/2009, de 12 de mayo)

## ARTÍCULOS 179 Y 180.1.2.<sup>a</sup>

*Agresión Sexual. Violación de la víctima en tres ocasiones, dos por el acusado y otra por otro sujeto, bajo la vigilancia de aquél. Subtipo agravado por comisión del hecho por varias personas actuando de forma conjunta. Imposibilidad de aplicar la agravación a quien interviene como cooperador necesario. Participación en el delito. Delito continuado.*

El recurrente se limita a hacer una referencia de la norma legal, artículo 74.1 apartado 3 del Código Penal y doctrina relativa al delito continuado.

La citada norma hace referencia a la exclusión/inclusión de los delitos contra la libertad sexual a los que es aplicable dicha previsión de determinación de la pena. Pero el recurrente no explica si pretende la exclusión de tal continuidad o, por el contrario, la inclusión dentro de esa continuidad del delito que la sentencia recurrida pena por separado.

Desde luego la pretensión de excluir la aplicación del artículo 74 habría de dene-garse, en la medida que, de estimarse la pretensión del recurrente, la pena para él sería mucho más grave. En efecto la pena mínima de cada agresión sexual con penetración, concurriendo las circunstancias de ser dos los sujetos agresores, es de doce años. Así resulta del artículo 179 en relación con el 180.1.2.º del Código Penal. La suma por los dos delitos llevaría a una pena mínima de 24 años de prisión, cuando la efectivamente impuesta por esas dos agresiones, de las que el acusado recurrente es autor, ha sido la de quince años de prisión.

Cuestión diversa sería si la pretensión buscara la exclusión de la continuidad fundada en la existencia de una supuesta «unidad natural» de acción, de suerte que se considerase cometido un único delito de agresión sexual, pese a que los accesos violentos hayan sido tres.

Pero tampoco esa pretensión puede acogerse ya que la tercera agresión tuvo por protagonista del acceso a una segunda persona no juzgada en esta causa. Y ha sido acertadamente constante la doctrina jurisprudencial que afirma la existencia de, al menos, tantos delitos como autores del acceso hayan sido.

La tercera hipótesis subsumible en este motivo es la de la posibilidad de atribuir al recurrente un único delito continuado que acogiera sus tres comportamientos. Es decir los dos que se le atribuyen en la recurrida a título de autor del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal y el que se le imputa a título de cooperador necesario.

Esta cuestión, no explícita en el recurso, la estimamos comprendida en la pretensión de consideración de todo el comportamiento atribuido al recurrente como un único delito.

2. Pero la sentencia recurrida excluye la continuidad en las plurales responsabilidades penales imputadas al recurrente, en línea con una abundante doctrina jurisprudencial, que rechaza la aplicación de la regla de determinación de la pena del artículo 74 del Código Penal cuando a un sujeto se le imputan comportamientos a título de autoría material del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal y otros a título de participación en hecho ajeno colaborando con aportaciones necesarias.

Así se han pronunciado, entre otras, las Sentencias núms. 998/2007, de 28 de noviembre, 76/2006, de 31 de enero o la 462/2003, de 26 de marzo.

Y se atiende asimismo a una constante doctrina de este Tribunal que ha advertido que no cabe aplicar el subtipo agravado al cooperador necesario de la agresión sexual ejecutada por otro.

Por eso, respecto de la tercera agresión, atribuida a título de cooperador, no aplica la pena del subtipo agravado de pluralidad de sujetos en la agresión.

Entre las Sentencias más recientes cabe recordar la de esta Sala 2.<sup>a</sup> 61/2008, de 24 de enero, en la que dijimos que en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a la agresión o agresiones concertadas, cada persona debe responder –en su caso– de su propia agresión sexual y de las de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el núm. 2 del artículo 180 por la incompatibilidad expuesta. Esta Sala ha dicho (STS 217/2007, de 16 de marzo y STS 439/2007, de 21 de mayo), que «resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable».

En el mismo sentido es de citar la sentencia de este Tribunal n.º 86/2007 de 14 de febrero, en la que dijimos: El Fiscal apoya el motivo, pero no comparte este modo de razonar. A su entender, el modo de proceder de cada uno de los acusados durante el acto criminal perpetrado en primera persona por el otro fue de efectiva cooperación necesaria. Y, siendo así, esa aportación causalmente relevante en cada supuesto debería ser tenida en cuenta ya al caracterizar, para individualizarlo, cada uno de los comportamientos de que se trata. De este modo, en cada supuesto habría una agresión sexual en la que uno de los implicados realizaría el coito violentamente impuesto y el otro prestaría una contribución *sine qua non* a tenor de las circunstancias del caso. Y esto supone que, tomada en consideración esa forma de operar del actor principal a los efectos del artículo 28.b) CP, no puede ser utilizada para sancionar por el subtipo agravado del artículo 180.1, 2.<sup>a</sup> CP.

También en la Sentencia de este Tribunal 975/2005, de 13 julio, dijimos que en el caso de la coautoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios autores. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta.

Por lo tanto, cuando se trata de coautores nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuridicidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena. Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación. Por el contrario, cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicar a éste la agravación en su conducta, pues como hemos dicho, no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de al menos un autor a cuya ejecución coopera.

En la sentencia se califica la conducta del recurrente como autor de un delito de violación y como cooperador necesario de otro, ambos con la agravación del artículo 180.1.2.<sup>a</sup> del Código Penal. El delito de violación del que es autor lo comete en primer lugar mediante la violencia e intimidación desarrollada por él mismo, con la presencia y el silencio de los otros dos, pero lo continúa con posterioridad en unidad de acción aprovechando la presencia y la actuación de quienes son considerados en la sentencia cooperadores necesarios, aunque se refiera a la situación como un supuesto de actuación conjunta, en la que iniciada la intimidación por el recurrente, es admitida y aprovechada por los otros dos para mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con la víctima, turnándose los tres sucesivamente, de manera que todos ellos refuerzan con su actuación la situación de intimidación iniciada por el recurrente, convirtiéndose así en colaboradores de cada una de las violaciones cometidas por cada uno de los demás. Aun cuando la descripción de los hechos permitiría considerar a todos ellos autores de todos los delitos por la realización conjunta de todos y cada uno de los hechos, la condena del coacusado como cooperador necesario no impide valorar que el recurrente ejecutó el hecho en actuación conjunta con los otros dos, por lo que nada impide la aplicación de la agravación del artículo 180.1.2.<sup>a</sup>

3. La pretensión de albergar los tres delitos en uno continuado no resultaría cuestionable si se revisase la modalidad de autoría atribuida al acusado recurrente respecto del acceso del que es autor el denunciado no juzgado. Sobre este último aspecto, en cuanto redundante en la calificación del comportamiento atribuido al recurrente, nada impide entrar, por más que la decisión no afectase al sujeto no juzgado. Así lo hemos dicho en la Sentencia de este Tribunal 753/2008, de 19 de noviembre.

Pues bien sí, en línea con la última sentencia citada, la responsabilidad penal al recurrente le fuera exigida al amparo, en todos los casos, a título de autor conforme al párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, la misma justificación de la continuidad predicada de las dos primeras agresiones concurriría respecto de la tercera, sin que fuese apreciable el obstáculo de considerar esa diversidad de sujeto activo erigida en óbice para la continuidad postulada.

Y esa debería ser la adecuada calificación a extraer del hecho probado. Sabido es que el delito de violación tipifica una actuación compleja. Junto al contacto sexual debe concurrir la violencia o intimidación sobre la víctima. Y tan autor del número primero puede considerarse al que realiza actos de verdadera violencia, como al que ejecuta el contacto sexual, sea éste el coito u otro de los descritos en el artículo 179 del Código Penal.

Los hechos probados describen el comportamiento del recurrente de tal suerte que no solamente se le imputa ese contacto sexual en dos hechos, sino que lo ejecutado en el tercero es un acto de verdadera violencia integrante del complejo supuesto típico del artículo 179 por más que el contacto sexual en ese tercer hecho lo ejecutase exclusivamente el sujeto aquí no juzgado.

Así la doctrina de este Tribunal ha considerado que la actuación por la que el sujeto contribuye con su violencia, incluso con su intimidante presencia, a anular cualquier resistencia posible de la víctima de la agresión sexual, debe considerarse de verdadera autoría del párrafo primero del artículo 28 del Código Penal.

Así lo hemos dicho en nuestra Sentencia 99/2007, de 16 de febrero: la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima... Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de *bis in idem*, o indebida doble incriminación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimar el motivo.

Tropieza, en principio, esta propuesta con la objeción de que la acusación, en el caso que ahora juzgamos, reclamó la pena al amparo del párrafo segundo del artículo 28 del Código Penal por el hecho de la tercera de las agresiones sexuales.

El cambio de título de imputación, autoría del párrafo primero y no del párrafo segundo ambos del artículo 28 del Código Penal, no excede sin embargo de las facultades del Juzgador, pues, ni da lugar a una heterogeneidad que repercuta en las posibilidades de defensa, ni conlleva agravación de la responsabilidad penal. Muy al contrario, esa innovación jurisdiccional de la calificación de la parte, le abre el camino para exonerarle de la sanción separada de la tercera agresión sexual como delito excluido de la continuidad.

4. Pero, aún manteniendo la diversidad de autoría atribuida al recurrente, no es ineludible la consideración de sus tres comportamientos bajo la norma de determinación de la pena del apartado primero del artículo 74 del Código Penal.

Desde luego cabe dar por supuesto que la identidad de ocasión, proximidad temporal y espacial e identidad de sujeto pasivo, concurren en los tres casos, por lo que concurre también con relación al tercero, la identidad de hipótesis que justificó la consideración de los dos primeros comportamientos como delito continuado y, por ello, cabe tener por cumplidas las exigencias previstas en el apartado 3 del artículo 74 del Código Penal citado.

El único óbice devendría de la diversa manera en que el recurrente comete el hecho del que deriva su responsabilidad penal.

Aquí hemos de advertir una cierta incoherencia en valorar que, en los comportamientos penados como delito continuado —las dos agresiones en las que el acceso fue cometido por el recurrente—, se considere que concurre el supuesto de hecho que se comete por la actuación conjunta de dos o más personas, y, por el contrario, al calificar el título de autoría se valore que en el tercero de esos comportamientos el recurrente participa en el hecho de otro. Hemos advertido ciertamente en alguna ocasión que eso es admisible en la medida que la agravación prevista en el artículo 180.1.2.<sup>a</sup> se refiere al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La expresión no es sinónima de la realización conjunta del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho

en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquellos. (STS 975/2005 antes citada).

Incluso estimamos que, no obstante una abundante jurisprudencia en sentido diverso, y a los efectos del artículo 74 del Código Penal, cabe considerar que la realización de una pluralidad de acciones puede ser penada como delito continuado, si concurren los demás presupuestos –aprovechamiento de idéntica ocasión e infracción de preceptos de semejante naturaleza–, entre los que ya no es ineludible la unidad de plan y, con él, de sujeto que lo urde.

Esa fue la tesis de la acusación en el caso resuelto en nuestra Sentencia 396/2007, de 26 de abril, que allí tampoco consideramos correcta pero mantuvimos precisamente por exigencia del principio acusatorio. Y esa era la tesis del Ministerio Fiscal en el caso resuelto en la antes citada Sentencia 462/2003 según se nos dice en la misma.

Y lo estimamos así porque las acciones de realizar el acceso sexual violento y la de posibilitar, con contribuciones necesarias, el acceso sexual por otro, respecto de la misma víctima, son conductas que se califican como autoría la primera y se considera autoría, por el párrafo segundo artículo 28 del Código Penal, la segunda, del idéntico delito de agresión sexual.

Así pues esa mitigación de la homogeneidad carece de relevancia y entidad, al menos jurídica, suficiente para excluir la consideración unitaria del artículo 74 del Código Penal.

Es en esta medida que consideramos estimable el motivo del recurso y, en consecuencia, como haremos en la segunda sentencia, determinar la pena aplicable bajo la previsión del citado precepto como delito continuado en relación a los tres comportamientos.

(Sentencia núm. 849/2009, de 27 de julio)

## ARTÍCULO 189.1 B)

*Corrupción de menores. Distribución de material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores. Alcance y aplicación restrictiva del subtipo agravado del artículo 189.3.a) CP por utilización de menores de 13 años a los tipos básicos del apartado primero de dicho artículo. Indebida aplicación en la instancia del subtipo agravado ya que el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros, en cuya elaboración o producción utilizando a los menores en persona no consta que haya participado.*

Se impugna la sentencia por infracción de ley al estimar, con base en el art. 849.1.º de LECRIM., que no concurre el tipo penal aplicado por la Sala de instancia, es decir, el previsto en el artículo 189 apartado 1 b) y apartado 3 a) del Código Penal.

Con respecto al apartado 1 b) del referido precepto, ya se ha incidido en que el acusado no sólo poseía los archivos de pornografía de menores para su propio uso, lo cual nos situaría en el apartado 2 de la norma, sino que también los almacenaba con la consecuencia inherente de su distribución a terceras personas, por lo que no cabe

duda de que procede subsumir su conducta en la acción de distribuir que prevé el artículo 189.1 b) del Código Penal.

Muchos más problemas suscita la incardinación de la conducta del acusado en el subtipo agravado del apartado 3 a) del artículo 189. Y no porque no se haya probado que algunos de los archivos contuvieran material pornográfico relativo a menores de 13 años, circunstancia que, en contra de lo que alega la defensa, resulta obvia una vez visionadas las fotografías que obran en la causa. La objeción proviene de la interpretación que en cuanto a la extensión del subtipo agravado viene haciendo esta Sala en las últimas resoluciones dictadas sobre la materia.

En efecto, este Tribunal se ha planteado en las últimas sentencias dictadas sobre el subtipo del artículo 189.3 a) del Código Penal (SSTS 674/2009, de 20 de mayo; 795/2009, de 28 de mayo; y 592/2009, de 5 de junio) si la norma agravatoria, consistente en haber utilizado a menores de 13 años, era aplicable a todos los casos comprendidos en el apartado 1 b) del artículo 189, o si sólo operaba en relación con aquellas actividades en las que a los menores se les haya hecho intervenir personalmente, es decir, sirviéndose directamente de personas comprendidas en esa franja de edad (personas de carne y hueso). Y el dilema interpretativo lo ha resuelto esta Sala de Casación en el sentido de que cuando el legislador se refiere a «utilizar» menores de 13 años está aplicando el verbo «utilizar» como sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores, sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1, si ha concurrido o no esta utilización.

Por otra parte, acaba diciendo la reciente doctrina jurisprudencial, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico (SSTS 674/2009, de 20 de mayo; y 795/2009, de 28 de mayo).

La proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que el acusado se ha limitado a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.

Así las cosas, ha de estimarse parcialmente el motivo de casación por infracción de ley y excluir en la nueva sentencia la aplicación del subtipo agravado relativo a la utilización de menores de 13 años.

Sexto. El recurrente plantea como motivo quinto de casación el quebrantamiento de forma del artículo 851.3.º por no haber resuelto la Sala de instancia sobre la alegación relativa al error en que dice haber incurrido, tanto en lo que respecta a la edad de las menores como en lo que concierne a que la conducta de descargar los archivos pornográficos conllevaba la distribución a otros internautas.

Pues bien, con respecto al error relativo a la edad de los menores, además de haberse ya descartado la aplicación del subtipo agravado, también se ha dicho que el

conocimiento de ese dato resulta obvio con la simple visión de las fotos que figuran unidas a la causa.

Y en lo referente a la distribución a terceros, la parte viene a alegar un error de tipo, pues afirma que no conocía cómo operaba realmente el programa de descarga de los archivos en su ordenador, incidiendo en que ignoraba que la descarga entrañaba la puesta a disposición de otros internautas del material pornográfico que iba almacenando en su ordenador.

Los argumentos que ha venido exponiendo en su defensa el acusado durante todo el discurrir del proceso evidencian que era un perfecto conocedor del programa Emule y de sus posibilidades y derivaciones. De modo que, tratándose además de un sistema implantado a nivel general para «bajar» de la red archivos de extenso contenido y teniendo una difusión prácticamente universal, se considera inverosímil que no supiera el acusado, que es un asiduo consumidor del programa y un experto en su manejo, cuáles eran las bases de intercambio sobre qué operaba y cuáles eran las contraprestaciones a que se veía comprometido con respecto a los restantes internautas de cuyos archivos se beneficiaba.

Se rechaza por tanto la concurrencia de un posible error, desestimándose así este motivo de impugnación.

(Sentencia núm. 873/2009, de 23 de julio)

## ARTÍCULO 248

*Estafa. Administrador de sociedad dedicada a la promoción de viviendas que vende como libres fincas gravadas con hipoteca. Eficacia del engaño bastante. No hay falta de diligencia del comprador que no hizo comprobación registral previa. Buena fe que preside las relaciones contractuales y que lleva a confiar en la honradez del vendedor que ante notario declara que la hipoteca está pagada, y sólo pendiente de cancelación registral.*

Se alega la infracción de los arts. 248 y 250.1.6.º del Código Penal alegando que no concurre el engaño como elemento del tipo de estafa, ya que el error sufrido por la víctima se debió más a su imprudente indolencia de no comprobar que las hipotecas estaban impagadas que a la eficacia engañosa de la afirmación del acusado diciéndoles, al otorgar la respectiva escritura de venta que estaban pagadas y sólo pendientes de inscribir su cancelación en el Registro de la Propiedad.

El argumento es verdaderamente inadmisibles porque supone elevar directamente a la categoría de imprudencia o desidia de un comprador lo que no es más que observancia de la buena fe, es decir confianza en la decencia y honestidad del vendedor. En los negocios no es la regla general que las personas se engañen, mientan o defrauden. Y cuando un comprador es engañado por un vendedor que ante Notario afirma que la hipoteca de la finca que está vendiendo ha sido íntegramente pagada, confiar en esa palabra es simplemente confianza en la honradez del vendedor, y actuar según las reglas de la buena fe. El hecho de que objetivamente fuera posible comprobar que el vendedor mentía no significa que no hacerlo sea una imprudencia, ni que el engaño por ello sea ineficaz. Era engaño adecuado porque contaba con la confianza del prójimo fundada en la decencia de los demás, que hoy por hoy sigue siendo la regla general y no una excepción del comportamiento contractual.

Dicho esto –que anticipamos porque no es realmente de recibo que el estafador encima de engañar al estafado pretenda situar sobre éste la responsabilidad por no haber desconfiado del defraudador cuando nada justificaba esa desconfianza salvo que se quiera elevarla a criterio rector supremo de toda actividad humana– hemos de recordar la correcta interpretación de la suficiencia del engaño como elemento de la estafa:

Como ya señaló esta Sala en Sentencia 1435/2001, de 18 de julio, el engaño es bastante cuando es suficiente y proporcional a los fines propuestos, debiendo valorarse su idoneidad atendiendo fundamentalmente a las condiciones personales del sujeto afectado y a las circunstancias del caso concreto. De este modo el criterio de valoración, –dice la Sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 2000 – viene a ser al mismo tiempo objetivo en cuanto valora la idoneidad en sí misma de la conducta desplegada por el sujeto para producir error en otro; y subjetivo al tener en cuenta las circunstancias específicas de la concreta persona a la que se dirige el engaño. De donde resultan las siguientes consecuencias: *a)* se excluye en principio la relevancia típica del engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven; *b)* pero no cuando un inferior nivel del sujeto pasivo es aprovechado por el acusado conscientemente, en cuyo caso esa condición personal convierte en suficiente el engaño desplegado resultando así dotado de una eficacia de la que en otros casos carecería.

En tal supuesto son las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo las que convierten el engaño en objetivamente idóneo; *c)* se excluye igualmente la relevancia típica del engaño cuando, siendo objetivamente inidóneo, la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardidés del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo era (Sentencia de 4 de diciembre de 2000).

En el caso presente el ejercicio del vendedor afirmando en las escrituras públicas notariales que las hipotecas registralmente existentes obedecían a deudas ya satisfechas y que por tanto sólo restaba hacer la escritura de cancelación del gravamen real, no es algo absurdo, fantástico ni increíble, sino normal, corriente y habitual, perteneciente al mundo verdadero de los fenómenos comerciales y jurídicos. Por otra parte el error padecido por los compradores no trae causa de un comportamiento propio creador de un equivocado conocimiento de la realidad, sino del engaño ajeno pues la mendacidad de las falsas afirmaciones del vendedor, aparentemente honrado y por ello creíble, fue lo que llevó a cada comprador a creer ya extinguida la deuda que la hipoteca garantizaba, lo que no era verdad, aunque el vendedor aparentó eficazmente que sí lo era. El engaño fue adecuado e idóneo para integrar la estafa.

(Sentencia núm. 419/2009, de 31 de marzo)

## ARTÍCULO 257.2

*Alzamiento de bienes. Venta de bienes objeto de embargo, hasta el punto no ya de dificultar sino incluso de impedir el cobro de la deuda, al menos parcialmente, a la acreedora.*

El Segundo motivo, con cita del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alude a la infracción de Ley consistente en la incorrecta aplicación a los hechos

enjuiciados del artículo 257.2 del Código Penal, que define el delito de alzamiento de bienes, objeto de condena, toda vez que no puede afirmarse la voluntad del recurrente de no hacer pago de las deudas contraídas, puesto que fue precisamente la acreedora quien no quiso aceptar, como pago, la entrega de ciertas mercancías que permanecían en posesión del deudor.

A este respecto, ha de recordarse una vez más que, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, la vía casacional aquí utilizada (art. 849.1.º LECr) ha de suponer, tan sólo, la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, no obstante, ha de partir siempre de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del hecho sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria respecto del delito de alzamiento de bienes cuya autoría se atribuye al recurrente, toda vez que, al margen de las relaciones que hubieran podido producirse con motivo del pago de la deuda que da origen a tales hechos, lo cierto es que, según la literalidad del referido relato fáctico, ésta subsistía, había sido declarada judicialmente, acordada la ejecución, también judicial, de esa decisión y finalmente embargados los bienes, con pleno conocimiento de todo ello por parte de quien recurre, que, a pesar de ese conocimiento, continuó vendiendo en su establecimiento esos bienes objeto de embargo, hasta el punto no ya de dificultar sino incluso de impedir el cobro de la deuda, al menos parcialmente, a la acreedora.

Semejante descripción de lo acontecido, ha de tenerse sin duda por base fáctica más que suficiente para la calificación jurídica de los hechos como delito de alzamiento, del artículo 257.2 del Código Penal que, en concreto, castiga al que, en perjuicio de sus acreedores «... realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.»

(Sentencia núm. 811/2009, de 19 de julio)

## ARTÍCULO 295

### *Delito societario de administración desleal. Ventas irregulares de productos que comercializaba la entidad donde los acusados eran administradores solidarios.*

Se alega, en defensa del motivo, que se ha producido infracción legal al haberse acordado la absolución de los acusados D. Octavio y D. Carlos Jesús por el delito societario de falseamiento de cuentas del que habían sido acusados, toda vez, se dice, que en el relato fáctico concurren todos los requisitos del mencionado tipo penal, al haberse vulnerado el derecho de sociedad, socios y terceros a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad, existiendo una doble contabilidad y que el término falsear a que se refiere este precepto

debe entenderse en el sentido de mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho y que eso se dice producido en los hechos que se declaran probados que se mencionan en el motivo.

El motivo no puede prosperar.

El artículo del Código Penal, que se dice indebidamente no aplicado, castiga los administradores de hecho o de derecho de una sociedad que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios o a un tercero.

El Tribunal de instancia, que sí ha apreciado un delito societario por administración fraudulenta y otro de apropiación indebida, rechaza esta otra modalidad societaria, por aplicación del derecho de presunción de inocencia, argumentando que no existen pruebas claras de falseamiento ni queda acreditado que los más de setecientos millones de pesetas que aparecen en un listado de objetivos respondan a operaciones realmente realizadas, presentando, además, sería dificultad la imputación a los actuales acusados conductas concretas al respecto, sin que haya quedado clara la causa que determinó la solicitud de suspensión de pagos, habiéndose mencionado varias: la política agresiva de los competidores directos, la crisis de la dioxina, la crisis de los piensos y la coyuntura bancaria adversa.

El delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero. En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc...). Y como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción. Caso de que se llegare a causar el perjuicio económico se aplicará el subtipo agravado que también viene incorporado al mencionado artículo 290 del Código Penal.

Y la totalidad de estos elementos que integran tanto el tipo objetivo como subjetivo de este delito societario no están recogidos en el relato fáctico de la sentencia recurrida que, dado el cauce procesal esgrimido, debe ser rigurosamente respetado.

Se describen unas ventas irregulares de los productos lácteos y alimenticios que comercializaba la entidad «Menogal, S.A.», entidad de la que los acusados don Octavio y don Carlos Jesús eran, en ese tiempo, administradores solidarios, irregularidades consistentes en que no todas las ventas que se efectuaban a través de una nutrida red de vendedores ambulantes ni la totalidad de las que se efectuaban en el almacén de la sociedad se reflejaban en la contabilidad, y el importe de esas ventas iba a una contabilidad distinta y se entregaba en mano al cajero o a la persona que le sustituía, quienes hacían llegar ese dinero a la dirección de la empresa, habiéndose acreditado la existencia de 122 albaranes de ventas irregulares con un importe de total de 726.431 pesetas, dinero que no se ingresaba en la sociedad.

El Tribunal de instancia califica estas conductas como constitutivas de un delito societario de administración desleal, o administración fraudulenta o abusiva, tipificado en el artículo 295 del Código Penal, en concurso de normas con un delito de apropiación indebida del artículo 252 del mismo texto legal, concurso de normas que

resuelve, con aplicación del artículo 8.4 del Código Penal, haciendo uso del principio de alternatividad, optando por el precepto que impone mayor pena que en este caso entiende el Tribunal de instancia lo es el delito societario del artículo 295, en el que quedará absorbido el delito de apropiación indebida, delito societario por el que se condena a los acusados don Octavio y don Carlos Jesús, rechazándose, por las razones que se han dejado antes expresadas, que los hechos que se declaran probados sean asimismo constitutivos del delito societario tipificado en el artículo 290 del Código Penal, decisión del Tribunal de instancia que no puede ser considerada ilógica, al responder a la valoración de la prueba que incumbe esencialmente al Tribunal sentenciador, y que se ha reflejado en los hechos que se declaran probados en los que no se atribuye a los acusados la existencia de una acción falsaria objetivamente idónea para dañar el patrimonio social con independencia y autonomía respecto de la conducta que se subsume en los delitos de administración desleal y apropiación indebida apreciados en la sentencia recurrida.

(Sentencia núm. 863/2009, de 16 de julio)

## ARTÍCULO 369.2

*Tráfico de drogas. Supuesto agravado de pertenencia a organización. Requisitos. Se considera asociación u organización cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo.*

El motivo correlativo se articula, al amparo del artículo 849.1 LECr., por infracción de ley, y de los artículos 369.2 y 370 CP, por aplicación indebida de pertenencia a organización.

1. Se reprocha a la Sentencia de instancia, que apreció la concurrencia de este subtipo agravado, haber expuesto la necesidad de la concurrencia de cinco elementos, olvidándose de dos de ellos, como son el empleo de medios de comunicación no habituales y la atribución diferenciada de tareas.

2. La Sentencia de instancia, siguiendo a la STS que cita, de 22 de marzo de 2005, en efecto señala que: «La organización, como agravante específica del n.º 2 del artículo 369 del Código Penal para su apreciación requiere (por todas, STS de 22 de marzo de 2005):

- 1.º Una estructura más o menos formalizada y establecida.
- 2.º Empleo de medios de comunicación no habituales.
- 3.º Pluralidad de personas previamente concertadas.
- 4.º Atribución diferenciada de tareas y
- 5.º Estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado ilícito apreciado. O lo que es lo mismo, la organización, a estos efectos agravatorios, requiere la actuación a través de una determinada estructura caracterizada por la existencia de una especie de agrupación jerarquizada respecto a las funciones a desarrollar por cada uno de sus miembros. En cambio, esta figura jurídica no depende del mayor o menor número de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente. Es decir, jurisprudencialmente se sustenta un sentido amplio, un concepto amplio

definidor que «abarca una serie amplia de posibilidades, dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consentida fuera desde luego del mero concierto ocasional, pues no puede confundirse la organización con la coautoría o con la coparticipación (STS de 2 de abril de 1996)».

Y, a la vista de ello, la propia sentencia dice que: «Examinado el factor determinante de la calificación jurídica que corresponde, resulta incuestionable que en el presente caso, concurren todos aquellos requisitos; hay estructura, porque disponen de medios para la ejecución del proyecto que han decidido los procesados: buque “XX”, para cuya adquisición se constituye la mercantil, sin actividad alguna, “Numiansa, S.L.”, subrogándose en una hipoteca de aproximadamente 200 millones de euros, donde se iba a recoger 2.485 kilogramos de sustancia ilícita, que habría de alijarla otro buque, para transportarla hasta el punto correspondiente a 37º norte y 13º oeste, donde sería recogida por otra y desde donde, a priori, iba a ser preparada para su posterior difusión y distribución; hay pluralidad de personas previamente concertadas, como es obvio, cada una en sus específicas funciones según relata la declaración fáctica que se estima probada y además media una estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado perseguido, que en el presente caso se objetiva desde que se identifica a los coordinadores, hasta que con la interceptación de la nave que la oculta se frustra el agotamiento del delito, lo cual no es óbice para considerar que el delito ha sido consumado por ser de mera actividad formal y permanente».

3. Ciertamente, el Tribunal de instancia hace referencia a una serie de requisitos integradores del subtipo agravado constitutivo de «organización», poniendo su énfasis en algunos de ellos y arrumbando los dos que cita el recurrente. Sin embargo, ello no puede tener trascendencia alguna, porque la Sentencia invocada (358/2005, de 22 de marzo) lo que destaca como elementos constitutivos del subtipo es que «varias personas, con vocación de estabilidad y permanencia, realicen coordinadamente los distintos cometidos o funciones que a cada uno le había correspondido desempeñar, actuando de forma jerarquizada o piramidal y disponiendo de medios e instrumentos adecuados para ejecutar el proyecto criminal común».

Ello es acorde con la doctrina constante de esta Sala (STS 808/2005, de 23 de junio; 978/2006, de 28 de septiembre) que ha reputado asociación u organización cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo. Y así se consideran notas diferenciadoras:

- a) La forma jerárquica de la misma en las que unas personas con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan;
- b) el reparto de funciones o papeles, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; y
- c) que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.

Y como tales elementos son los que han sido descritos en el *factum*, hay que entender que la subsunción efectuada por el Tribunal de instancia es correcta.

(Sentencia núm. 641/2009, de 16 de junio)

## ARTÍCULO 516

*Integración con banda armada. Requisitos. Diferencias con el delito de colaboración con banda armada*

En la STS 1346/2001, de 28 de junio, se decía «... La pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el artículo 576».

La STS 1127/2002, de 17 de junio, señala como requisitos del delito de integración con banda armada, los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente expuestos, que exige, pues, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva actuar con finalidad política, de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales).

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

De ahí que aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el artículo 576 del Código Penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al artículo 516 del Código Penal, salvo que tales actos sean «per se» constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo.

El elemento diferencial es, por consiguiente, un componente asociativo (ilícito), marcado por la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma, que tendrá reflejo, no obstante, en la diferenciación penológica que se disciplina en el propio precepto (art. 516) entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones.

A su vez la STS 785/2003, de 29 de mayo, señalaba al diferenciar una y otra figura, que: «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 vértebra 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 sí, 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).

En definitiva la pertenencia, dice la STS 541/2007, de 14 de junio, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista.

En la STS 119/2007, de 16 de febrero, se citaban los requisitos establecidos jurisprudencialmente para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista, se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otras precedentes, que «al respecto, hemos establecido (Sentencia 1.127/2002, de 17 de junio; o 556/2006, de 31 de mayo) que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes»:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

(Sentencia núm. 480/2009, de 22 de mayo)

## ARTÍCULO 576

*Colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista. El delito de colaboración incluye aquellas acciones que realizadas voluntariamente facilitan cualquiera de las actividades de la organización terrorista (infraestructura, comunicación, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc..)*

Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en el precepto de colaboración se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulta homologada para participar en la

vida pública. Se garantiza el pluralismo político y la libertad ideológica, como lo el dato de que el título básico incriminador del terrorismo no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política.

Por ello la colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre la actividad delictiva contemplada en su conjunto. De ahí, que el punto de referencia adoptado para castigar la colaboración no sea el delito concreto a cuya realización puede contribuirse sino el elemento de organización terrorista que resultan favorecidas por la actividad.

Por ello, el delito de colaboración 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, pues donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad y en los supuestos de colaboración genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada.

Siendo así el delito de colaboración incluye aquellas acciones que realizadas voluntariamente facilitan cualquiera de las actividades de la organización (infraestructura, comunicación, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc.) 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, cuando en un Estado Social y Democrático de Derecho, existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política.

En este delito la concurrencia del dolo implica en estos casos tomar conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo y voluntad de ayuda. Ello es lo que permite distinguir el dolo del móvil, pues mientras que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad ideológica, relación de parentesco, etc.) de modo que mientras no se incorpore el móvil o animo especial al tipo de injusto no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes genéricas o específicas que se recojan (SSTS 380/97, de 25 de marzo, 1688/99, de 1 de diciembre, 974/2005, de 17 de marzo).

En definitiva, la subsunción legal, en lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, se produce porque la conducta de colaboración nace de las acciones desarrolladas como lógica concreción de la voluntad de ayuda a la banda terrorista, que hace que el dolo se funda en una doble acreditación: de una parte, la conciencia de estar ejercitando actividades que suponen colaboración con banda armada, y de otra, la concurrencia de la potencial importancia en términos de eficacia que supone la conducta del colaborador para la actividad terrorista, quedando, por tanto, en principio excluidas de la punición las conductas que se limitan a expresar la coincidencia programática con la pretensión terrorista; bien entendido que en este punto en la STS 556/2006, de 31 de mayo, con cita en la STS 1284/2005, de 31 de octubre, declarábamos que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de «valores superiores de su ordenamiento jurídico» (art. 1 CE). Pero la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce –art. 20.4 –, que no es un derecho ilimitado y absoluto.

El derecho a la libertad de expresión y de información, concurriendo los necesarios presupuestos, puede operar como justificación en delitos que afectan a otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, por cuanto que aquel derecho sirve para la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad, y la ponderación a realizar en tales casos debe ser, según reiterada jurisprudencia, favorable a las libertades de expresión e información. Pero esta misma ponderación a realizar entre los intereses contrapuestos difícilmente puede resolverse a favor de aquellas libertades, cuando la conducta cometida por el autor ha consistido en una colaboración con terroristas, cuyas acciones desembocan en gravísimas consecuencias para la generalidad de las personas. La desproporción entre los fines perseguidos en el ejercicio de la libertad de información, sin duda de una extraordinaria proyección en el ámbito de delitos como los de injurias y calumnias, y los bienes jurídicos comprometidos con la comisión de delitos de terrorismo (orden público, vida, salud e integridad física, estabilidad nacional e internacional, etc.), es tan manifiesta que excusa de mayores consideraciones al respecto.

En el caso presente la sentencia de instancia, en su relato de hechos probados, cuyo riguroso respeto exige la vía casacional del artículo 849.1 LECrim., destaca como la organización terrorista llegó a apoderarse del periódico y de su grupo editorial, hasta el punto de convertirlos en un «cuarto frente», el mediático o informativo, destinado a apoyar y alentar a los demás frentes a toda costa y totalmente supeditado a las decisiones del comité ejecutivo de ETA, añadiendo que al margen de las distintas secciones del diario EGIN y de su línea informativa, la utilización del Grupo Orain S.A. y de sus productos informativos por parte de ETA suponía no sólo el aprovechamiento de la protección de la libertad de expresión y del derecho a difundir información veraz para los fines propios de un entramado criminal, sino que alcanzaba a los medios de producción gráfica del diario, tales como la rotativa, sus ordenadores o su material ofimático que eran puestos al servicio de los fines y actividades de organizaciones terroristas integrantes en KAS. Y asimismo el motivo mutila interesadamente lo que la resolución judicial declara probado en relación a las editoriales del diario EGIN, pues a continuación refiere que se publicaba íntegramente los comunicados de ETA y KAS y publicaba entrevistas con responsables de ETA y KAS.

Acreditaba la legitimidad de las reivindicaciones de las acciones violentas cometidas por los miembros de ETA, para lo cual la dirección del periódico disponía de un catálogo de claves, elaborado por ETA, que permitía verificar la autenticidad de las llamadas de reclamo. Avisaba públicamente de la puesta en marcha de operaciones policiales dirigidas contra ETA o sus grupos de apoyo permitiendo así conocer al resto de colaboradores dicha circunstancia y con ello eludir la acción policial. La publicación de este tipo de informaciones de aviso, que era frecuente en las páginas del diario EGIN era posible porque en la redacción se disponía de capacidad para la interceptación de las radiofrecuencias de los diversos órganos de seguridad. Además se recopilaban e informaban sobre los movimientos de vehículos y dotaciones policiales, controles, etc.

Disponía de secciones como «Merkatu Txikia» (Pequeño Mercado) y «Agurrak» (Saludos) que eran habitualmente utilizadas por los miembros y responsables de ETA para el mantenimiento de contactos, tanto entre militantes de la «organización armada» como entre éstos y sus responsables.

Al margen de las distintas secciones del diario EGIN y de su línea informativa, la utilización del Grupo Orain S.A. y de sus productos informativos por parte de ETA suponía no sólo el aprovechamiento de la protección de la libertad de expresión y del derecho a difundir información veraz para los fines propios de un entramado criminal, sino que alcanzaba a los medios de producción gráfica del diario, tales como la rota-

tiva, sus ordenadores o su material ofimático que eran puestos al servicio de los fines y actividades de organizaciones terroristas integrantes en KAS.

Tal es el caso del servicio prestado a Jarrai, para los cuales entre los meses de mayo y junio de 1993 se elaboraron carteles amenazantes y coactivos contra distintos profesionales de los medios de comunicación social, considerados hostiles por ETA.

También el caso de utilización de las instalaciones y medios del diario EGIN, por uno de los integrantes del autodenominado «KOMANDO SUGOI» de ETA, Carlos Miguel, miembro del equipo de redacción de dicho diario, quien al igual que el otro de sus integrantes, Emilio, aprovecharon la garantía de inviolabilidad que suponía la sede de un medio de comunicación para ocultar, mezclada entre información de índole profesional, la correspondiente a potenciales objetivos de su actividad terrorista.

O la utilización de un ordenador a disposición del director del diario, para el mantenimiento de comunicaciones informáticas vía modem.

Conductas activas que van, más allá, de la mera coincidencia ideológica y que son incardinables en el artículo 576 CP.

(Sentencia núm. 480/2009, de 22 de mayo)