

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 21.5

*Reparación del daño. Procedencia de la atenuante. Pago total de la indemnización. Razones de justicia material que determinan su aplicación en trámite de casación, aun cuando no fue solicitada por la defensa ni lo recogen los hechos probados, pues existe escrito de la acusación particular en la que se renuncia al ejercicio de la acción civil por satisfacción extraprocesal.*

Constatamos que en el presente caso los hechos probados no mencionan el pago de la indemnización por parte del recurrente, ni la cuantía de la misma ni la relevancia de dicho pago a efectos jurídicos y de satisfacción completa de la responsabilidad civil por parte del agresor, así como que la parte recurrente no solicitó la aplicación de esta atenuante en su escrito de calificación provisional ni en sus conclusiones definitivas.

Pero también es cierto que en la recurrida se hace mención al no ejercicio de acciones civiles dado que la procesada fue resarcida con anterioridad al acto del plenario según un escrito presentado por su representación (Fundamento de Derecho Octavo), por lo que existe pronunciamiento al respecto.

La «vocación fáctica» de ciertos contenidos de los Fundamentos de la Resolución recurrida ha sido utilizada en numerosas ocasiones por esta Sala para complementar el relato de hechos en sentido incriminatorio, por lo que no debe parecer ahora excesivo ni incorrecto que un pronunciamiento tan claro y rotundo como el que constata que la víctima del delito no tiene voluntad alguna de reclamar indemnización por los perjuicios sufridos puesto que, como ella misma manifiesta, ya le han sido satisfechos en su integridad, deba de admitirse, aunque se aloje fuera del «factum», como constancia indubitada de tal extremo que, de por sí, incuestionablemente constituye base fáctica del todo suficiente para la aplicación de la atenuante 5.<sup>a</sup> del artículo 21 del Código Penal.

En tanto que por lo que se refiere a la segunda de las objeciones que esta estimación pudiera merecer, cual es la de no haber sido instada la aplicación de esta atenuante por la Defensa del recurrente, en la instancia, si bien es cierto que en una correcta lógica procesal ello es así, tampoco deben olvidarse no sólo las razones de justicia material que abonarían la aplicación de una circunstancia tan evidente, sino, además, el hecho de que a la Defensa que sostiene en todo momento, como es el caso, la libre absolución de su defendido, no puede obligársele a postular una calificación alternativa que, incluyendo la concurrencia de atenuantes, venga a admitir, siquiera sea eventualmente, una hipótesis de culpabilidad, máxime cuando es a partir de la propia declaración de la existencia de reparación, que no se produce hasta el dictado de la Resolución de instancia, cuando se adopta la iniciativa de instar la correspondiente consecuencia atenuatoria.

Por todo lo cual, procede la estimación de este motivo, debiendo dictarse a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja las consecuencias derivadas de esta parcial estimación.

(Sentencia núm. 520/2012, de 19 de junio).

## ARTÍCULO 139

*Asesinato. El acusado golpea de forma reiterada en la cabeza a la víctima causándole lesiones que le produjeron un estado de coma y finalmente la muerte. Dolo de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión. Cualquier persona sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte o al menos acepta ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual). Alevosía. Elementos y modalidades. Alevosía sorpresiva y de desvalimiento. Aseguramiento de la muerte de la víctima, sin riesgo para el agresor.*

La alevosía es una circunstancia de mera tendencia y para ser apreciada es preciso que el *modus operandi* del sujeto se caracterice por el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin el riesgo de defensa que pudiera proceder del ofendido, de modo que no habrá lugar a apreciarla cuando concurra una previa agresión del ofendido, ni una defensa activa por parte del mismo, del mismo modo que cuando el agente avisa al agredido de un propósito de ataque o éste tenía motivos sobrados para sospechar del ataque.

Consecuentemente concluye en que el recurrente ni tuvo la intención ni la finalidad de producir la muerte de la víctima, al no representarse el resultado de muerte. Los actos de agresión se incardinaban dentro de la agresión sexual. El resultado de muerte no fue deseado, sino consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, desprovisto de *animus necandi*. Y además de todo ello, no sólo hubo una agresión previa, un puñetazo esquivado contra el coimputado Óscar, lo que impide hablar de alevosía, sino que en la dinámica del delito el recurrente se hallaba enfrentado no sólo a la víctima sino al coimputado que asevera ser la pareja sentimental de la víctima. Dado este equilibrio de fuerza difícilmente puede aducirse que actuara con sólo con inten-

ción de matar sino además mediante medios y modos que tienden a asegurarse la ejecución material del delito de asesinato.

A) Respecto a que el recurrente no tuvo intención ni la finalidad de producir la muerte, sino que este fue consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, es necesario subrayar –como se dice en las STS 93/2012, de 16 de febrero; 632/2011 de 28 de junio; 172/2008, de 30 de abril– el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato– no sólo es el *animus necandi* o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25 de marzo; 210/2007, de 15 de marzo).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto «para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado». (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de

poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el recurrente golpeó a la víctima continuamente e insistentemente, arrojándole al suelo y en el fundamento jurídico primero se precisa que inutilizó a la víctima a base de golpes que la dejaron inconsciente, destacando la intensidad de los mismos y la zona del cuerpo a la que dirigió el ataque, propinando patadas sobre la cabeza de aquélla, lo que le ocasionó un gran hematoma subdural en el hemisferio cerebral izquierdo de más de 4/5 cm en un diámetro mayor con herniación subfalciana y transtentorial y desplazamiento de la línea media mayor de 1 cm con sangrado activo y posible fractura de peñasco que la provocó pérdida de la consciencia y posterior coma Glasgow de 3/15, y su fallecimiento casi tres meses después.

Resulta evidente que el acusado actuó con intención de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión cualquiera que sea luego la incidencia en el cuerpo humano que ocasiona directamente la muerte, para que haya que entender que el ánimo homicida existió. Cualquier persona ha de saber y sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte y si no se da solo una, sino varias, es porque se quiere matar (dolo de primer grado), o al menos, aceptar ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual) (STS 266/2006, de 7 de marzo), lo cual impide la calificación de la conducta como imprudente. El ánimo de matar es un elemento interno del sujeto, que como perteneciente a su conciencia, solo puede ser acreditado generalmente mediante la inferencia construida sobre hechos objetivos debidamente acreditados. Como el acusado golpeó repetidamente con patadas la cabeza de la mujer, su intensidad y localización impiden considerar la posibilidad de su causación casual o imprudente, siendo clara la intencionalidad de la conducta y, por tanto, su ánimo de matar (STS 319/2007, de 18 de abril).

B) Respecto a la concurrencia de la alevosía en STS 632/2011, de 28 de junio, explica que el TS viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (artículo 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (artículo 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la «eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación» (STS 13-3-2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS 155/2005 de 15 de febrero, 375/2005 de 22 de marzo):

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el «modus operandi», que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 1866/2002, de 7 de noviembre).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS 178/2001, de 13 de febrero).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S 49/2004, de 22 de enero, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En

estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS 19-10-2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el acusado golpeó contundentemente e insistentemente a la víctima, arrojándole sobre el colchón.

Pronunciamiento fáctico que se ve complementado en el fundamento jurídico primero en el sentido de que José se aprovechó de la ventaja que le proporcionaba su propia constitución física y fortaleza que junto a la sorpresa de su inesperado asalto impidió cualquier reacción evasiva o de huida de la víctima, destacando que no apreció en el cuerpo del acusado lesión, ni siquiera leve, que permita presumir acción definitiva de la víctima, y si por el contrario que inutilizó a ésta a base de golpes –patadas en la cabeza– que le dejaron inconsciente.

Siendo así concurren los presupuestos para la aplicación de la alevosía.

Es cierto que esta agravante no se aprecia en casos en los que el luego agredido habría desarrollado una conducta agresiva contra el acusado, mediante amenazas o agresiones al mismo o a algún acompañante, pero esto no es la situación contemplada, dado que es el propio acusado quien intentó agredir al coimputado, Óscar, compañero sentimental de la víctima.

Hay alevosía, en su modalidad de sobrevenida en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo semiinconsciente, y por tanto, totalmente desvalida. El acusado golpeó y tiró a un colchón a la víctima, continuando pegándole patadas en la cabeza, cuando estaba totalmente a su merced. La alevosía sobrevenida aparece en la acción de seguir golpeando estando inconsciente y sin oportunidad de respuesta defensiva hay aplicación individualizada de la agravante –dice la STS 1346/2005, de 21 de octubre– a un segmento de la agresión, aquella que comienza con la pérdida de conocimiento de la víctima.

La conducta ha de ser alevosa desde el momento mismo de la acción, sin embargo ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva con carácter alevoso, se inicie después otra distinta contra el mismo sujeto en que puede apreciarse una alevosía sobrevenida (STS 147/2007, de 19 de febrero).

La alevosía puede aparecer en el desarrollo del ataque si éste es capaz de alguna forma de individualizarse en un nuevo contexto de indefensión creada o buscada por el agresor.

Hay alevosía en supuestos de indefensión sobrevenida, que reproduce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halla presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima (STS 243/2004, de 24 de febrero; 306/2005, de 8 de marzo; 880/2007, de 2 de noviembre; 550/2008, de 18 de septiembre; 640/2008, de 8 de octubre; 790/2008, de 18 de noviembre).

(Sentencia núm. 599/2012, de 11 de julio).

### ARTÍCULO 180.1.3

*Abuso sexual. Acceso carnal sobre víctima de siete años de edad. Prevalimiento de parentesco. Subtipo agravado de especial vulnerabilidad. Casuística jurisprudencial. Procedencia. Se tiene en cuenta, además de la edad de la víctima, la situación de especial confianza que el acusado mantiene con el menor y con sus padres.*

Se estima inaplicado indebidamente, el subtipo agravado de especial vulnerabilidad del menor del artículo 182-2º en relación con el artículo 180-1-3.º CP.

La sentencia de instancia en el fundamento jurídico segundo in fine la no aplicación de dicho subtipo «... por cuanto la edad del menor ya ha sido tenida en cuenta para calificar los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual no consentido pues ello supondría una doble valoración contra reo de una misma situación de inferioridad...».

No se puede compartir esta argumentación, se está ante dos realidades distintas con autonomía propia y que inciden copulativamente sobre el menor, por lo que la valoración de cada una de ellas no supone vulneración del *non bis in idem* porque se valoran dos situaciones distintas:

- a) La víctima es menor de 13 años.
- b) Además, el autor es el padrino de bautismo del menor, mantenía una estrecha amistad con los padres de Pablo e incluso se quedaba con él cuando los padres por razones de trabajo se ausentaban.

Son dos las condiciones que colocaron al menor en una clara inferioridad frente a su agresor: se trataba de un niño de siete años y además, era su propio padrino con el que existía una relación muy estrecha, lo que supone un mayor grado de doblegamiento psicológico de la voluntad del menor y paralelamente un mayor aprovechamiento de esta situación de vulnerabilidad, y eso es precisamente lo que justifica la mayor punición, por la mayor culpabilidad de la acción del recurrente.

Es constante la doctrina de la Sala en este sentido, y siempre, desde luego, en atención a las circunstancias concretas del caso y a la descripción que se haga en el *factum*, que en el presente caso es clara en cuanto a la existencia de ese factor de prevalimiento que el recurrente puso al servicio de su defensa que provocó la situación de especial vulnerabilidad en el niño.

STS 8/2001, de 12 de enero: dos realidades distintas: la mera edad de la víctima y la situación de prevalimiento.

STS 1564/2005, de 27 de diciembre: se insiste en la existencia de dos realidades distintas por lo que no hay vulneración del *non bis in idem*, doble valoración a dos situaciones distintas.

STS 422/2010, de 23 de abril: minoría de edad más un rol de superioridad que opera conjuntamente.

Por contra, también existen sentencias que no aplican la especial vulnerabilidad cuando además de la menor edad no existe otro dato que acredite autónomamente la situación de especial vulnerabilidad, y así, se pueden citar las SSTS 763/2004 «... de la menor edad de 12 años no se sigue automáticamente la aplicación del tipo básico y de la agravación, sino que es preciso alguna circunstancia añadida a la edad...».

En igual sentido, SSTS 743/2010, de 17 de junio; 483/2010, de 25 de mayo o 1342/2003, de 20 de octubre.

Procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal con las consecuencias punitivas que se concretarían en la segunda sentencia.

(Sentencia núm. 435/2012, de 31 de mayo).

## ARTÍCULO 248

*Estafa. Entrega de cheque sin fondos, quedando sin abonar el importe del alojamiento y manutención de los trabajadores del acusado que habían permanecido en el establecimiento hostelero del querellante. Engaño bastante. Apariencia de solvencia del acusado, cuyo engaño sirvió para que las víctimas siguieran prestándoles los servicios. Sujetos activo y pasivo del delito.*

La estafa de hospedaje es una modalidad defraudatoria en la que los autores del delito suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de los servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagarán, no haciéndolo finalmente.

Se objeta que no concurren elementos de prueba suficientes para constatar el delito de estafa, y en concreto en lo que atañe al requisito del engaño. En contra de lo que alega la defensa, sí constan en la causa elementos de prueba que desvirtúan la presunción de inocencia y fundamentan la base fáctica del delito de estafa.

En efecto, tal como declararon en el plenario los dos testigos de cargo que se hallaban codirigiendo el establecimiento hotelero o de hospedaje en que se produjo la acción delictiva, el acusado compareció en el hostel conduciendo un vehículo marca Mercedes de última gama y bien vestido, dando así una apariencia de que se trataba de una persona solvente con la que no iban a surgir problemas en el momento de abonar los gastos de manutención y alojamiento de los 35 trabajadores que iban a ejecutar una obra en las proximidades para el Hospital Central de Asturias.

Al transcurrir los primeros quince días de estancia, comprendidos entre el 15 y el 30 de junio de 2006, el acusado abonó la suma de 6.300 euros correspondientes a los gastos de esa primera quincena, pago que hizo en parte en metálico y en otra parte mediante una transferencia bancaria.

Después, y en lo que atañe al abono del mes de julio, el acusado o el encargado que estaba al mando de los trabajadores de la obra, fueron dando largas sobre su pago, según especificó doña Andrea, hasta que finalmente aquel les entregó un cheque en pago de la deuda por la suma de 12.493 euros.

El acusado alegó en la vista oral del juicio que el cheque fue entregado como garantía del pago y no como pago real y efectivo. Sin embargo, ello fue negado por los regentes del establecimiento, negativa cuya veracidad se ha visto corroborada por

el hecho de que pasaran inmediatamente el cheque al cobro a través del Banco Popular de Oviedo, que es donde tienen abierta la cuenta (folio 8 de la causa). Posteriormente se informaron de que el Banco contra el que se libró el cheque era el Banco Popular de Portugal y no de España, por lo que hubo que gestionar el cobro del cheque en Portugal, trámite que se dilató en el tiempo, de ahí que los querellantes siguieran prestando el servicio completo de hospedaje a los obreros del acusado, siempre en la creencia de que las gestiones del cobro del cheque en Portugal tendrían un resultado positivo, cosa que finalmente no ocurrió, al contestar el Banco portugués en el mes de septiembre que la cuenta contra la que se libró el documento mercantil carecía de fondos.

Ya a primeros de octubre desaparecieron del hostel el acusado y el encargado de los trabajadores, así como estos, adeudando aquel los gastos correspondientes a los meses precedentes, cantidad que asciende a la suma total de 24.984 euros, y que ha de considerarse correcta si se pondera que la factura correspondiente a quince días que sí abonó alcanzó la cifra de 6.300 euros.

El recurrente alegó en su descargo que no pagó porque no conocía el importe de la deuda, dado que no se le pasaron al cobro facturas concretas con las sumas detalladas de lo adeudado, alegación que desdijeron los testigos querellantes afirmando que se le había concretado todo el importe detallado de lo adeudado.

También manifestó en la vista oral del juicio que no pagó porque el servicio de comida prestado por el Hostel era deficiente. A ello respondió ofendida la testigo encargada y dueña del local, Andrea, manifestando en el plenario que no habían tenido ninguna queja de la comida, respuesta que concuerda con el hecho contrastado del tiempo que se mantuvieron los trabajadores residiendo y comiendo en el hostel, y atendiendo también al documento que firmaron tres de los trabajadores (folio 9 de la causa).

También señaló la defensa que el acusado no intervino por su cuenta en la contratación del hospedaje, sino que lo hizo por cuenta de su empresa constructora. Sin embargo, ello no se ajusta a lo que declararon los testigos, quienes manifestaron que el acusado en todo momento actuó por su cuenta y no en nombre de una empresa. Ello aparece refrendado por el dato de que el cheque que resultó impagado aparece librado por el propio acusado a título personal y no en nombre de una empresa.

Por todo lo cual, se considera que sí ha quedado enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, debiendo pues desestimarse este primer motivo.

En cuanto al requisito del engaño bastante en la conducta del acusado La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19 de mayo; 1012/2000, de 5 de junio; 628/2005, de 13 de mayo; 977/2009, de 22 de octubre).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a

las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16 de marzo; y 512/2012, de 10 de junio).

La aplicación de tales pautas jurisprudenciales al caso ahora debatido impide que prospere la tesis exculpatoria del recurrente, pues los indicios de un comportamiento engañoso por parte del acusado se muestran incuestionables. Y así, en primer lugar, es claro que el acusado, tal como se constató en la prueba testifical del plenario, compareció ante los propietarios del negocio de hospedaje dando la apariencia de ser una persona de notable solvencia, tanto por el vehículo que utilizaba como por la forma de vestir.

Además, pagó la primera quincena de mantenimiento y alojamiento de los 35 trabajadores y en ningún momento dejó entrever que iba a tener problemas económicos para seguir abonando las siguientes, sino todo lo contrario.

Cuando los dueños del hostel manifestaron su preocupación porque estaba retrasando excesivamente el pago de la primera quincena del mes de julio, el acusado los tranquilizó diciéndoles que no iba a haber ningún problema con el pago del hospedaje de las 35 personas. Y después les entregó un cheque el día 2 de agosto dando a entender que con él quedaba saldada la deuda, ocultando que la cuenta del librador carecía de fondos, engaño que le sirvió para que los querellantes prosiguieran prestándole los servicios de comida y de habitación hasta los primeros días del mes de octubre siguiente.

Por consiguiente, ha de concluirse que sí concurre prueba de cargo acreditativa de que el acusado se valió de varios actos fraudulentos en cadena que sirvieron de señuelo para obtener unas contraprestaciones de las que se benefició en perjuicio de la parte querellante, a la que adeuda una cantidad superior a los 24.000 euros.

Siendo así, el motivo resulta inatendible.

(Sentencia núm. 929/2012, de 19 de noviembre).

## ARTÍCULO 301

*Blanqueo de capitales. Doctrina sobre los «actos neutrales». Actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen, que son acciones aptas para dificultar el conocimiento del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y su origen ilícito comete el delito, por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.*

El desarrollo del motivo hace necesario recordar la doctrina recogida en la STS 1300/2009, de 23 de diciembre, sobre los denominados actos neutrales como insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria.

En el marco de nuestra jurisprudencia, hemos abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es

necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada.

Por ello los actos que convenimos en conocer como «neutrales» serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por «típicos» penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado.

Así dijimos en nuestra Sentencia nº 34/2007, de 1 de febrero, que: una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución.

Recordamos allí criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.

3. De acuerdo con esta doctrina la conducta del letrado Sr. Benedicto Héctor no puede ser calificada de acto neutral, al no limitarse a una labor de asesoramiento profesional. La especial estructura de las sociedades constituidas en Delaware y la opacidad de las transmisiones respecto a la Hacienda Pública y terceros, su directa participación en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada en España, gestionando y administrando sus cuentas con las que adquirirían los inmuebles, hacia esta especialmente idónea para el blanqueo de dinero de origen ilícito y la comisión de los delitos investigados –blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública–.

Existencia de riesgo de su utilización delictiva que debió extremar las cautelas para prevenir esa posible ilícita utilización.

4. Y en relación a la exclusión de la tipicidad mediante la alegación de un móvil (flexibilizar inversiones y obtener ventajas fiscales) como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, tal argumento entremezcla y trastoca los distintos planos del ámbito interno de la conducta delictiva.

En efecto, el dolo no debe confundirse con el móvil, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo del injusto no tendrá ningún poderío desestigmatizador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS 1688/99, de 1 de diciembre, 474/2005, de 17 de marzo).

Por ello, en derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión y a tal efecto, a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal o si no quiso indagar, pudiendo hacerlo, sobre el contenido de su conducta, asumiendo los resultados que pudieran producirse (STS 1106/2006, de 10 de noviembre).

En el caso presente se tipifican los actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen: la transmisión y conversión en otros bienes, son acciones, naturalmente, o por ellas mismas, aptas para dificultar el conocimiento

del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y a sabiendas del origen ilícito de los bienes, comete el delito por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.

(Sentencia núm. 974/2012, de 5 de diciembre).

## ARTÍCULO 305

*Delito contra la Hacienda Pública. Incumplimiento de la obligación de abonar la cuota debida en concepto de impuesto de sociedades e IVA. Entramado de sociedades que pretendía ocultar la identidad del verdadero socio, titular de las participaciones y administrador de la sociedad dedicada a la promoción, construcción, venta y arrendamiento de bienes, y eludir el pago de los impuestos de IVA y Sociedades resultante de varias operaciones de venta de fincas. Ánimo defraudatorio como elemento subjetivo del tipo.*

Tiene declarado esta Sala, (como es exponente la Sentencia 1244/2003, de 3 de octubre), que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

Y en la Sentencia de esta Sala 801/2008, de 26 de noviembre, se expresa que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. Situación perfectamente aplicable al caso que ahora examinamos.

Han quedado, pues acreditadas, las conductas que se subsumen en los tres delitos contra la Hacienda Pública, correctamente apreciados por el Tribunal de instancia.

(Sentencia núm. 31/2012, de 19 de enero).

## ARTÍCULO 319.1

*Delito contra la ordenación del territorio. Construcciones ilegales y cultivo intensivo en zona no autorizada para uso agrícola. Cambio del uso del suelo desde el forestal y de cultivos de secano según zonas, al de agricultura intensiva de regadío, expresamente prohibido, por incluirse la finca en zona de máxima protección medioambiental por su valor ecológico en el entorno de Doñana.*

Ciertamente en el hecho probado se describe con enorme claridad la conducta desarrollada por el acusado que en documento privado de octubre de 2004 convino con José Pedro propietario de la finca matriz, monte bajo de carácter eminentemente forestal y afectado por el Plan de Ordenación del Ámbito Territorial de Doñana ya

aprobado por Decreto 341/2003, el cambio de uso para su transformación agraria a sabiendas que la mayoría de la finca estaba incluida en la Zona A, de máxima protección medioambiental por su valor ecológico, y solo pequeñas superficies se encontraban clasificadas como zona C, no urbanizables pero compatibles con el uso agrario de cultivo de secano.

En esta tesitura, el 29 de septiembre de 2005, el acusado actuando en nombre de agromolinillo compra a José Pedro noventa hectáreas de la finca, que éste segregó para su venta, señalando como precio más de dos millones de euros, precio estratosférico habida cuenta el carácter forestal de la finca y la imposibilidad de su transformación en agraria, y que evidentemente obedece al propósito de los acusados de proceder, a cualquier precio, a la transformación del uso de la finca. De esta manera, al día siguiente, arrendó 50 hectáreas al también acusado Apolonio, y realizaron las siguientes actuaciones:

1.º) Apolonio obtuvo en septiembre de 2006 autorización administrativa para el destacado y restauración forestal de 6 hectáreas, y con incumplimiento de su obligación de respetar los pies de pinos y de vegetación y prohibición de realizar acciones erosivas en el suelo, arrancó toda la cubierta vegetal, extendiéndose más allá de la zona autorizada para aumentar la zona de cultivo.

2.º) Los acusados a partir de 2005, no solo roturan el suelo nivelándolo con maquinaria pesada, con desmonte de ladera y desvío del cauce de un arroyo, sino que eliminaron la cubierta vegetal, conservando solamente hectáreas de árboles en los linderos de los caminos para ocultar las transformaciones que venían operándose.

3.º) Los acusados Millán y Apolonio, durante el año 2006 construyeron una enorme balsa que afectó a los recursos hídricos de la zona, y en el año 2007 el acusado Millán ordenó la construcción de una nave en los terrenos segregados.

4.º) Por último, en febrero de 2008 que en la zona prohibida, el acusado instaló 24 módulos prefabricados para el alojamiento de trabajadores. Como colofón de la conducta desarrollada por los acusados, se declara probado que los daños ocasionados en la zona requieren la restauración de la cubierta vegetal, restitución de perfiles materiales y red hidrológica, retirado de la infraestructura agrícola y mantenimiento de la repoblación durante varios años, tasándose pericialmente en más de medio millón de euros.

La descripción fáctica confirma el acierto del Tribunal sentenciador en la calificación jurídica de los hechos incardinados en el artículo 319.1 del Código Penal. El acusado actúa evidentemente como promotor de las construcciones ilegales y transformaciones del terreno realizadas en la finca, estando perfectamente delimitada su actuación en el «factum».

En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26 de junio, corroborada posteriormente por la sentencia 690/2003, 14 de mayo, viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación (*vid.* STS 1127/2009, de 27 de noviembre). Figura en la que, indudablemente, debe incardinarse la actuación del acusado. En cuanto al término «construcción», como señala con acierto la sentencia de instancia, debe tenerse en cuenta el concepto introducido en la ya citada sentencia de la Sala Segunda 1182/2006, de 29 de noviembre,

en asunto similar al que nos ocupa en el que en la construcción de una red de caminos cementados se había destruido la cubierta vegetal y soterrado el suelo, según el cual debe considerarse como construcción la que se produce por la obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, con una sustancial modificación, con vocación de permanencia, de la configuración original de la zona geográfica afectada, debiendo tenerse en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo «construcción» como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y «edificación» en el 2º, mucho más restringido que el otro.

Además, no cabe discutir que la instalación de una nave y módulos prefabricados constituye, sin duda, una construcción en el sentido etimológico del término. Por lo demás, no cabe discutir sobre la afectación del bien jurídico protegido porque el paraje tiene la consideración de especialmente protegido en la normativa administrativa, y es evidente la afectación de la ordenación del territorio que conlleva, que por su obviedad no merece mayores comentarios. Por último, se alude a que los acusados obtuvieron licencias administrativas y autorizaciones que permitían las actividades desarrolladas.

La afirmación es incierta, pues la nave, módulos y balsa de agua se realizaron sin solicitar licencia y autorización alguna, y en el caso que se solicitó autorización, se excedieron los acusados del ámbito de la misma para conseguir su propósito, que no era otro que la conversión del terreno en agrícola de regadío intensivo. La calificación de licencia-pantalla que realiza el Tribunal parece acertada, especialmente si se atiende al informe pericial, ratificado en el plenario, que afirma la falta de coincidencia entre las licencias que se solicitaban y la extensión y ubicación de las zonas de cultivo intensivo que se iban abriendo, amén de la imposibilidad de legalización de las obras desarrolladas porque en su conjunto afectaban a terrenos incluidos en la zona A, concluyendo el perito que los terrenos afectados por la transformación eran y son totalmente forestales y que en su actual estado la finca no cumple con su función forestal.

A mayor abundamiento, una simple licencia municipal no es suficiente para alterar o modificar el uso de la finca forestal, pues de conformidad con el artículo 40 de la Ley Forestal el cambio de uso de un terreno necesita informe y autorización del órgano forestal competente; en la misma línea, el artículo 62 de la Ley Forestal de Andalucía 2/1992, 15 de junio, dispone que el cambio de uso de los terrenos forestales para cultivos agrícolas u otros forestales requerirán autorización de la Administración Forestal, con independencia de la titularidad de los terrenos, sin perjuicio de las restantes autorizaciones o licencias requeridas.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia núm. 54/2012, de 7 de febrero).

## ARTÍCULO 325

*Delito contra el medio ambiente. Empresa dedicada a la fabricación de jabones para cosmética, geles y champús de baño sin autorización para vertidos de aguas residuales industriales que vierte las mismas a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, desde donde iban a parar hasta el río, contaminando su cauce y dañando de manera grave la vegetación y el ecosistema del río.*

El segundo de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. denuncia aplicación indebida del artículo 325 del CP, en la medida en que la sentencia recurrida

contiene una alusión a una norma extrapenal derogada, toda vez que la ley estatal 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación, derogó expresamente las autorizaciones de vertido del artículo 100 del Real Decreto Legislativo 1/2001. Así se desprendería de su disposición derogatoria única, en cuyo ámbito se incluyeron «... las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales: autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, reguladas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio».

También se refiere la defensa, ya en el ámbito autonómico, a la aprobación de una norma –la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades– que habría derogado algunos aspectos de la Ley 3/1998, 27 de febrero, norma aplicada por la sentencia que se recurre.

El motivo no puede ser acogido.

A) La defensa incurre en el mismo defecto que en el motivo precedente cuando incluye en el ámbito del principio acusatorio la exigencia de que el precepto administrativo que define la contravención normativa que da vida a la acción típica, tenga que estar vigente, con el mismo *nomen iuris*, en el momento del enjuiciamiento de los hechos. Como hemos afirmado en el anterior fundamento jurídico, lo verdaderamente decisivo es que el elemento normativo que acoge el artículo 325 del CP sea integrado con la suficiente claridad como para evitar cualquier interpretación extensiva generadora de indefensión o que desborde los límites exigidos por el principio de legalidad.

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, frente a lo que razona el recurrente, no supuso una derogación del régimen de autorización para la realización de los vertidos contaminantes. Así se desprende del artículo 4 de la mencionada ley, en el que se regula lo que el precepto denomina «principios informadores de la autorización ambiental integrada», o del artículo 5 en el que se señalan, entre las obligaciones de los titulares de las instalaciones sometidas a control, las siguientes: «a) disponer de la autorización ambiental integrada y cumplir las condiciones establecidas en la misma; b) cumplir las obligaciones de control y suministro de información previstas por la legislación sectorial aplicable y por la propia autorización ambiental integrada; c) comunicar al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada cualquier modificación, sustancial o no, que se proponga realizar en la instalación».

La norma legal a la que la defensa atribuye un efecto derogador que habría afectado al régimen de autorización de vertidos de sustancias contaminantes en la comunidad autónoma catalana participa, por el contrario, de una finalidad radicalmente distinta a la que le adjudica el recurrente. Su aprobación buscaba transponer a nuestro sistema jurídico la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación. De lo que se trataba era de «... evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto».

En suma, la Ley 16/2002, lejos de aligerar el nivel de exigencia en el régimen de autorización administrativa para la realización de vertidos, nació –como proclama la exposición de motivos– con «... una inequívoca vocación preventiva y de protección del medio ambiente en su conjunto, con la finalidad de evitar, o, al menos, reducir, la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo. [...] A estos efectos, el control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada, una nueva figura de intervención administrativa que sustituye y aglutina al

conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento, con el alcance y contenido que se determina en el Título III».

Como apunta el Fiscal, la reforma introducida sólo afectaría a los procedimientos a seguir en la solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las autorizaciones ambientales reguladas en el Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio, pero no significa –frente a la tesis del recurrente– que en adelante no sea precisa la autorización que requiere el artículo 100 de esa norma reglamentaria para realizar vertidos contaminantes.

B) En el ámbito estrictamente autonómico, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, tampoco se habría producido ese efecto derogatorio con influencia en el juicio de subsunción verificado por el Tribunal de instancia. En modo alguno puede afirmarse que la nueva regulación aprobada por el parlamento catalán implique un debilitamiento de los rígidos controles administrativos en la autorización de vertidos contaminantes. Así, en el Anexo II, referido a las «actividades sometidas al régimen de licencia ambiental, «se incluyen la fabricación de: 5.12.a) Jabones, detergentes y otros productos de limpieza y abrillantado; 5.12.b) Perfumes y productos de belleza e higiene».

Por tanto, no ha existido la infracción legal denunciada por la defensa. El juicio histórico describe cómo el acusado, en su condición de principal responsables de «Laboratorios Glower, S.A.» llevó a cabo vertidos incontrolados, careciendo de las licencias administrativas y de las preceptivas autorizaciones para vertidos de aguas residuales e industriales. Esos vertidos sobre el río Anoia se realizaron sin ningún sistema de depuración y tratamiento de las aguas, yendo a parar a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, acabando en el cauce del río, con el consiguiente daño grave de la vegetación y el ecosistema de las aguas fluviales.

(Sentencia núm. 411/2012, de 18 de mayo).

## ARTÍCULO 390

*Falsedad de documento público. De notario que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones de Juntas de entidad mercantil cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían y la intervención de personas en las mismas.*

1. Según se desprende de los hechos probados, las escrituras mediante las que se elevaban a públicos los acuerdos adoptados en la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 fueron otorgadas ante el recurrente en noviembre de 1998, uniéndose a ellas certificaciones de lo acordado en la referida junta. Las escrituras fueron devueltas por el registro Mercantil, ante lo cual, el recurrente procedió a rectificar en las escrituras y en las certificaciones la fecha de la junta de socios, sustituyendo la mención al año 1997 por otra relativa al año 1998. Asimismo, con fecha 12 de abril de 1999 se añadió una diligencia redactada por el recurrente en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente (Maximiliano) provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998. Por el contrario, en una tercera escritura relativa al otorgamiento de un poder, se mantuvo la referencia al 17 de octubre de 1997 como fecha de celebración de la junta de socios. El recurrente entiende que para la correcta

valoración de estos hechos es preciso tener en cuenta que los administradores que se dice cesados en 1997 firmaron en junio de 1998 las cuentas del ejercicio 1997, lo que acredita que en realidad no habían cesado.

2. A pesar de las argumentaciones del recurrente, el tribunal de instancia ha tenido en cuenta el hecho mencionado en el fundamento jurídico tercero, al final, aunque no le reconozca los efectos que se pretenden en el motivo, lo que esta Sala considera razonable.

Efectivamente, el que los administradores cesados por la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 firmaran en 1998 las cuentas de ese ejercicio, no tiene la trascendencia que le atribuye el recurrente en relación al delito de falsedad, aunque pudiera tenerla en otros aspectos distintos referidos al alcance de su responsabilidad como administradores, que no es preciso concretar ni examinar aquí.

Lo relevante a los efectos del tipo penal es que de la sentencia resulta que al recurrente le constaba que la junta de socios en la que se habían adoptado los referidos acuerdos, que se elevaban a públicos ante él, era de fecha 17 de octubre de 1997. Pues el encargo de confección de las escrituras se produjo en octubre de 1997; así se hacía constar en las primeras escrituras, luego devueltas por el Registro Mercantil, y así aparecía en las certificaciones de los acuerdos, ya firmados ante el notario recurrente por quienes comparecían ante él. Y con independencia de los efectos que pudieran tener, especialmente frente terceros, el hecho de que los ceses y nombramientos de administradores acordados en dicha junta de socios, una vez aceptado el último, no se inscribieran en el Registro en el plazo legal; el que los cesados no hubieran instado la debida inscripción del cese en el Registro; incluso el que los citados administradores firmaran, con posterioridad al referido acuerdo, las cuentas del ejercicio de 1997; o la determinación de si esa fue o no su única actuación como tales en ese periodo, lo cierto es que todo ello no autorizaba al recurrente a rectificar unas escrituras ya otorgadas para hacer figurar en ellas como fecha de celebración de la junta de socios a la que se referían una distinta a la que realmente correspondía. No se trata, pues, de que el notario actuara sobre la base de unas nuevas certificaciones presentadas ante él por los comparecientes, ignorando si éstas respondían o no a la realidad, sino de que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras al año 1998, y redactando bajo su fe, además, una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando le constaba que la junta se había celebrado en el mismo día y mes del año anterior. En definitiva, el recurrente contribuyó dolosamente a que se hicieran constar en escrituras públicas otorgadas ante él unos acuerdos sociales adoptados el 17 de octubre de 1997, como si lo hubieran sido en una junta de socios de 1998 que nunca existió, lo cual le constaba, procediendo para ello como se dice en el relato fáctico de la sentencia.

Tampoco puede entenderse que el recurrente hubiera actuado en la creencia de que, de hecho, se aportaban nuevas certificaciones según las cuales los acuerdos se habían tomado en junta celebrada en 1998. En primer lugar, y al menos, porque, según resulta de los hechos probados, y no es contradicho tampoco en el recurso, la idea de alterar las fechas surge con posterioridad a noviembre de 1998, cuando el Registro Mercantil devuelve las escrituras. En segundo lugar, porque no podía ignorar, en modo alguno, que con su actuación suprimía la existencia de la junta de 1997, con los consiguientes efectos para quienes entonces cesaron, sin que de ninguna forma le constara al recurrente que los socios aceptaran dar por celebrada una junta general en la que su cese como administradores se acordara en octubre de 1998 y no

en 1997 como sabía que inicialmente se había acordado, pues es claro que no comparecieron ante él, con ese objeto, todos los afectados.

Finalmente, no es posible entender que el recurrente se limitó a rectificar un error material. Pues no existía error alguno desde el momento en que en las escrituras iniciales se hacía constar la fecha real de celebración de la junta y de adopción de los acuerdos.

Por lo tanto, en la sentencia se tiene en cuenta el hecho cuya consideración se dice omitida, y se hace de forma que esta Sala considera razonable, lo que determina la desestimación de la queja.

3. En cuanto a la segunda queja, señala el recurrente que no se precisa qué acción se corresponde con cada uno de los dos preceptos invocados al calificar jurídicopenalmente los hechos.

Es cierto que la motivación debe referirse también a los aspectos jurídicos relativos a la interpretación y aplicación de las normas y a sus consecuencias. También lo es que, aunque siempre sea conveniente una referencia a las cuestiones debatidas, no es precisa una especial extensión cuando se trata de aspectos obvios.

En el caso, es cierto que en la sentencia no se contiene una precisión exacta y exhaustiva de los aspectos a los que se refiere el motivo, pero dada la claridad de las cuestiones resueltas, ha de concluirse que el Tribunal no ha cometido infracción alguna. Establecido en los hechos, de un lado, que el recurrente alteró materialmente aspectos esenciales de varios documentos para incluir datos que le constaba que no respondían a la realidad, y, de otro lado, que redactó una diligencia en la que hizo afirmaciones que le constaba que tampoco respondían a la realidad, ninguna dificultad ofrece subsumir la primera conducta en el artículo 390.1.º y la segunda en el artículo 390.4.º, ambos del Código Penal.

De todo ello resulta que no se ha producido una aplicación irracional del tipo penal. Considera el recurrente que la argumentación relativa a la existencia de perjuicio es irracional. Sin embargo, como ya se dijo antes, con independencia de los efectos que frente a terceros pudiera atribuirse a la no inscripción en el Registro del cese y nuevo nombramiento respecto a las actuaciones de los anteriores administradores en aspectos concretos, no es indiferente la fecha del acuerdo por el que la junta de socios decide su separación del cargo, pues la inscripción no es requisito de validez. Así, ha señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección 1) en Sentencia núm. 242/2011, de 4 abril, que «... la inscripción registral del cese de un administrador societario no constituye un requisito para la validez y eficacia de tal acto jurídico...». En sentido similar la STS, Sala de lo Civil, nº 700/2010.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 390.1.1º del Código Penal, pues sostiene que no ha existido una mutación de la apariencia externa del documento; que la acción recae sobre un extremo ajeno a la fehaciencia notarial, lo que impide relacionarlo con la función pública; que la modificación no afecta a un elemento esencial, y que no ha existido perjuicio ni dolo falsario.

1. Según los hechos probados de la sentencia impugnada, ante el recurrente se otorgaron en el mes de noviembre de 1998 unas escrituras elevando a públicos unos acuerdos sociales adoptados en una junta general de socios celebrada el 17 de octubre de 1997, relativos al cese de los administradores de la sociedad y a una ampliación de capital. El encargo se efectuó en el mes de octubre de 1997. Se redactaron las correspondientes certificaciones que se unieron a las matrices de las escrituras, todas ellas relativas a la junta celebrada el señalado día 17 de octubre de 1997. Las escrituras fueron presentadas en el Registro Mercantil, que las rechazó por contradicción de su

contenido con otros asientos previos. Ante ello, el recurrente procedió a alterar en las matrices y en las certificaciones emitidas las fechas de la junta de socios a la que las escrituras se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras relativas al año 1998. Igualmente añadió a otra escritura una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente, Maximiliano, como administrador provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998.

2. A los efectos del motivo, importa destacar que el recurrente no recibió una nueva certificación relativa a una nueva junta de socios que hubiera podido celebrarse en el año 1998, en la que se hubieran reiterado los acuerdos adoptados ya en 1997. No se trata de que, ante una nueva certificación o comparecencia se limitara a dar fe de lo manifestado ante él. En este caso, las escrituras públicas se habrían referido a dos juntas de socios diferentes, cada una con su propio contenido, lo cual podría tener sus efectos en el ámbito mercantil, especialmente habida cuenta de la regulación legal relativa al nombramiento y cese de los administradores sociales. Por el contrario, actuó de tal forma que en las escrituras se hacía constar que la única junta de socios en la que se había acordado el cese de los administradores había tenido lugar en el año 1998. En la apariencia final creada mediante tales escrituras, en cuya confección participó el notario recurrente con pleno conocimiento de causa, la junta celebrada el 17 de octubre de 1997, a la que se referían las escrituras y las certificaciones primeras, otorgadas y firmadas por los comparecientes antes de su presentación al Registro Mercantil, no había existido.

En primer lugar, por lo tanto, existió una alteración de documentos ya existentes, sin que pueda valorarse como una rectificación de un error, aun cuando el procedimiento fuera similar al empleado en esos casos. Pues es claro que no se trataba de un error, sino de hacer figurar en los documentos una fecha de celebración de la junta de socios distinta de la real, que inicialmente se había plasmado en aquellos, con la evidente consecuencia de alterar el momento en el que se había acordado el cese de los administradores sociales.

En segundo lugar, el recurrente no autorizó unos nuevos documentos elevando a públicos unos nuevos acuerdos, sino que alteró las fechas de los ya existentes, lo cual afecta al contenido y ámbito de la fe pública. Pues con su actuación lo está modificando en cuanto suprime la mención, previamente existente, a una junta de socios a cuya existencia y acuerdos se habían referido ya las certificaciones obrantes en la notaría desde octubre de 1997 y las escrituras redactadas y presentadas al Registro en noviembre de 1998.

En tercer lugar, la fecha de la junta de socios en la que se acordaba el cese de los administradores es un elemento esencial a los efectos de la discusión, evidentemente posible, sobre la responsabilidad de los mismos. El delito de falsedad documental no exige la provocación de un perjuicio concreto, bastando la potencialidad de causarlo. A estos efectos es evidente la repercusión potencial de una diferencia de un año en la fecha del acuerdo social de cese de los administradores.

Y, finalmente, en cuanto al dolo falsario, es claro que el recurrente era consciente de la alteración de la fecha de la celebración de la junta de socios y de sus posibles consecuencias. El recurrente ya había autorizado unas escrituras, basadas en unas certificaciones relativas a la celebración de la junta de socios el 17 de octubre de 1997. El encargo lo había recibido en el mismo mes de octubre de 1997, por lo que no puede entenderse que actuó en la convicción de que se había producido un error en la fecha. De otro lado, aun cuando, ante el rechazo de las escrituras por el Registro, hubiera actuado a petición de los comparecientes, y sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, lo cierto es que aceptó modificar el contenido de los documentos de manera que, bajo la apariencia de rectificación de un error material, hacía desaparecer del protocolo notarial su previa actuación como fedatario relativa a una junta de socios celebrada en el año 1997. Y, en cualquier caso, no podía ignorar que la sustitución de

la fecha real de celebración de aquella junta por otra posterior afectaba, o al menos podría afectar, a personas que no habían comparecido en la notaría y cuyo consentimiento a la alteración no considera probado el Tribunal de instancia tras el examen de las pruebas practicadas, especialmente las de carácter personal.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el sexto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la infracción del artículo 390.1.4º del Código Penal, pues sostiene que no existe narración de hechos falsos, no siendo el notario el autor de las declaraciones sobre la adopción de los acuerdos que expresan las certificaciones que fueron modificadas para ajustarlas a la realidad de lo acaecido, de acuerdo con sus autores.

1. A los efectos de la confirmación del fallo condenatorio, la cuestión no es relevante casacionalmente, dada la desestimación del anterior motivo. En cualquier caso, no puede aceptarse que la alteración realizada en los documentos tuviera como finalidad ajustar el contenido de éstos a lo realmente acontecido, cuando al recurrente le constaba, como ya se ha señalado, que el acuerdo de cese de los administradores y de nombramiento de administrador único había tenido lugar en una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997. La determinación de los efectos de este acuerdo, tanto en las relaciones de los administradores con la sociedad o con otros socios, como frente a terceros, no puede ser aquí efectuada, pues no ha sido objeto de la sentencia de instancia ni depende solo de los datos contenidos en la misma. En cualquier caso, y como ya se ha dicho, la fecha no es irrelevante. Como recuerda la STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2007. «El artículo 58.4 LSRL establece que «el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación» y la inscripción en el Registro Mercantil se produce para la oponibilidad frente a terceros de los citados nombramientos; la inscripción no es constitutiva, como se deduce claramente del citado artículo 58.4 LSRL... Paralelamente, el artículo 68.1 de la misma ley tampoco exige la inscripción en el Registro como elemento de validez de la decisión de cese acordada por la junta general.

2. En lo que se refiere a la aplicación del artículo 390.1.4º, en el mismo se sanciona a la autoridad o funcionario público que cometa falsedad faltando a la verdad en la narración de los hechos. Ya hemos señalado con anterioridad que en la sentencia se declara probado que el recurrente redactó y autorizó una diligencia notarial incorporada el 12 de abril de 1999 a la escritura nº 002, en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando al recurrente le constaba que tal junta se había celebrado el mismo día del año anterior, pues así se desprendía de las certificaciones inicialmente confeccionadas en la misma notaría.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia núm. 690/2012, de 25 de septiembre).

## ARTÍCULO 432

*Malversación de caudales públicos. Alcalde que se apropia del importe correspondiente a una tasa de licencia de construcción. No concurre el subtipo atenuado del artículo 433 CP al existir una vocación de ejercer sobre el dinero malversado una relación dominical con carácter definitivo.*

Viene a impugnar el recurrente la catalogación de los hechos como delito del artículo 432.1 CP, entendiendo que la devolución del dinero malversado le hace merecedor de la aplicación del tipo más liviano que, a modo de reparación, prevé el artículo 433 CP cuando dicha entrega se produzca dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso penal. Para el recurrente, en suma, resulta de los hechos un mero *animus utendi* frente al *animus rem sibi habendi* de la modalidad más grave.

En su artículo 433, nuestro Código Penal castiga a «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones», reconduciendo en su segundo inciso las penas imponibles a las del artículo 432 en el caso de que el autor «no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso». Este segundo precepto, el artículo 432, castiga más severamente a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (ap. 1.º), modalidad que ha aplicado aquí la Audiencia Provincial de Córdoba.

La distinción entre ambos preceptos ha sido analizada en la STS núm. 222/2010, de 4 de marzo, remitiéndose a su vez a la STS núm. 657/2004, de 19 de mayo, para afirmar: «La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el artículo 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público distraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido *animus rem sibi habendi*, y será aplicable el artículo 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (*animus utendi*) (véanse SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas)».

A la vista de los hechos declarados probados, resulta invariable aplicar la forma atenuada de malversación que reclama el recurrente y que, aun no habiendo sido planteada por la defensa, descartó fundadamente la Sala de instancia (*vid.* FJ. 6º), pues la actuación apoderativa del acusado estuvo presidida por un ánimo de incorporar permanentemente a su patrimonio los 4413,47 euros recibidos. Así lo demuestra el hecho de que, tras recibir en mano tal cantidad de efectivo, la hiciera directamente suya, no siendo sino más de un año después cuando decidió reintegrar el dinero del que había dispuesto a título particular, y ello porque tuvo noticia de que se había descubierto la situación irregular, única razón que lo llevó a depositar una cantidad similar en la cuenta bancaria abierta a nombre de la E.L.A.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre los efectos atenuatorios que ha de merecer esa ulterior decisión de devolución, su acción delictiva de ningún modo cumple los presupuestos del inciso segundo del artículo 433, que el Legislador vincula a una situación muy diferente, cual es la del culpable que, habiendo distraído dinero público del que dispusiere por razón de su cargo, lo reponga en el breve plazo de días que marca el legislador. El acusado lesionó aquí la confianza en el manejo honesto de los caudales públicos a la que alude la jurisprudencia de esta Sala (*vid.* SSTS núm. 537/2002, de 5 de abril, o núm. 1486/1998, de 26 de noviembre, entre otras), guiado por un ánimo de enriquecimiento permanente, es decir, un *animus rem sibi habendi*, y no por un mero ánimo de utilización temporal del dinero recibido, cuya titularidad correspondía desde el inicio a las arcas municipales.

Ambos motivos merecen ser desestimados.

(Sentencia núm. 497/2012, de 4 de junio).