

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO  
Profesor Asociado de Derecho penal  
UNIR

### ARTÍCULOS 14.3 Y 251.1.º

*Estafa: el engaño bastante no puede servir para desplazar al sujeto pasivo del delito la obligación de comprobación de las circunstancias desplegadas por el autor; atribuirse falsamente sobre una cosa inmueble facultad de disposición de la que carece; vender una finca de la que tenían la posesión durante años sin título alguno, ocultando a la compradora su carácter litigioso y sabiendo que no tenían capacidad de disposición sobre ella. Error de prohibición: directo e indirecto y diferencias con error de tipo.*

Del propio modo, se alega error invencible en la conducta de los acusados, a los efectos dispuestos en el artículo 14.3 del mismo Código, o subsidiariamente, vencible (evitable). En suma, se trata de error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, o lo que se denomina también como error de prohibición.

Desde el plano subjetivo –aspecto también combatido–, conviene señalar que el dolo es un elemento intelectual, que supone la representación o conocimiento de un hecho y que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia (SSTS 753/2007 de 2 de octubre, 1238/2009 de 11 de diciembre).

Como dice la STS 392/2013, de 16 de mayo, se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que

reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8 de marzo y 1145/2006 de 23 de noviembre), que expresamente señala que: «la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el artículo 14 CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad».

Por ello, en el artículo 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento integrante de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005 de 18 de octubre), y en el n.º 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009 de 2 de abril y 266/2012 de 3 de abril), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa (STS 1141/1997, de 14 de noviembre).

Hemos dicho en STS 411/2006, de 18 de abril y en STS 1287/2003, de 10 de octubre, que para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del artículo 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS 601/2005 de 10 de mayo, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15 de enero, 755/2003 de 28 de mayo y 862/2004 de 28 de junio, 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. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el artículo 14.3 del Código Penal.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20 de febrero de 1998, 22 de marzo de 2001, 27 de febrero de 2003), afirmando reiteradamente que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 de marzo de 1996, 3 de abril de 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quiaprohibita*).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S 29 de noviembre de 1994), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12 de diciembre de 1991, 14 de marzo de 1994, y 25 de abril de 1995) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis –nos dice la STS 302/2003 de 27 de febrero– debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el caso enjuiciado, primeramente no existe mención alguna en los hechos probados de donde deducir el error de prohibición que el recurrente quiere ver en la acción de los acusados cuando vendieron el inmueble a la constructora con total omi-

sión de cualquier información relativa a la litigiosidad que se venía produciendo en el tiempo.

En segundo lugar, los recurrentes alegan tal error en la ilicitud del hecho, pero ciertamente no consta en modo alguno si recurrieron a cualquier fuente de información fiable en tal sentido, como requiere la jurisprudencia de esta Sala Casacional (*ad exemplum*, STS 1868/1999, de 3 de enero de 2000).

En tercer lugar, se encuentra en el acervo común que nadie puede vender a otro aquello que no le pertenece, que es la base de la tipicidad que se describe en el artículo 251.1.º del Código Penal.

En cuarto lugar, que los querellados, como dice la sentencia recurrida, podrían creerse con algún derecho sobre la finca, dada su ocupación desde el año 1962, es decir, por la adquisición del dominio mediante usucapión, ello no autoriza sin más a la venta a un tercero, pues tal derecho no se ha materializado en nada, ninguna resolución judicial de cualquier orden jurisdiccional ha proclamado derecho alguno sobre la titularidad de tal finca a favor de los acusados, luego no es posible el aludido error, que en realidad, sería de tipo, pues en su tesis se crearían con el derecho de enajenación incidiendo, por consiguiente, sobre un elemento esencial (hecho constitutivo) de la infracción y no, propiamente, sobre su prohibición.

Y dentro del elemento subjetivo, la concurrencia del engaño bastante, aparece correctamente configurada, sin que pueda alegarse que el comprador debió despejar todos los extremos de la titularidad del dominio que creía que se le transmitía. Hemos declarado (STS 1044/2010, de 15 de noviembre) que no es posible negar la aplicación del derecho penal a quien no realiza absoluta y exhaustivamente todas las comprobaciones necesarias en función del caso, cuando se despliega un engaño que va dirigido a obtener una disposición patrimonial, ocasionada por el error inducido por el agente, si éste es suficiente en términos de espuria escenificación. También hemos dicho (STS 1195/2005, de 9 de octubre y STS 278/2004, de 1 de marzo), que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar al sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en escena por el estafador. Queremos con esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque en caso contrario quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan de la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares, en la historia criminal, cuyos resortes de autoprotección fueron ínfimos, incluso creyeron pensar que se aprovechaban del timador), o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil (generalmente, los llamados negocios criminalizados: por ejemplo, el denominado «timo del nazareno»). Es decir, la astuta precaución de la víctima no neutraliza el engaño si éste es bastante y creíble (en términos objetivos y abstractos), porque de lo contrario, se haría depender la propia existencia del delito del despliegue de resortes defensivos o precautorios por parte de aquélla, y no precisamente de la evaluación jurídico-fáctica del engaño, como elemento esencial en el delito de estafa. Con la consecuencia de que si el engaño es detectado, el delito quedará imperfectamente ejecutado (tentativa criminal).

A tal efecto, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el engaño, alma y espina dorsal del delito de estafa, ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad

en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

En el caso enjuiciado, la afirmación de que se es propietario de lo que se vende, sin serlo en realidad, confiando el comprador en la regularidad del tráfico jurídico, y pagar el precio, origina un error en el sujeto pasivo que de esta manera se autolesiona, puede predicarse que se trata de un engaño bastante, suficiente y apto para obtener tan ilícito enriquecimiento.

El artículo 251.1.º del Código Penal, que no es sino una variedad de la estafa, considera como tal la conducta de atribuirse falsamente sobre una cosa inmueble una facultad de disposición de la que carece, es decir, la posibilidad de enajenación mediante venta, siempre y cuando que tal facultad no la haya tenido nunca el sujeto activo, como es el caso, y –claro es– en perjuicio del adquirente, como igualmente aquí acontece. En realidad, los comportamientos que se alojan en el artículo 251 son estafas especiales por razón de la descripción del tipo, que participan de todos los demás elementos típicos, es decir, el desplazamiento patrimonial producido como consecuencia de una errónea creencia en el sujeto perjudicado, que se autolesiona, bien se dirija el engaño frente al mismo, o ante un tercero, con perjuicio propio o ajeno.

Conductas como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código Penal, como constitutivos de estafas, que encajan en la definición general del artículo 248.1 del mismo.

Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones «*a non domino*», no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional.

Como quiera que se trata de un motivo por infracción de ley, ha de estarse a lo declarado en los hechos probados de la sentencia recurrida, y en ellos se declara que los acusados actuaron en la forma que lo hicieron, es decir, vendiendo el inmueble, «a sabiendas [de] que no tenían disposición sobre el inmueble», luego concurren todos los elementos aludidos y que se comprenden en el artículo 251.1.º del Código Penal.

(STS 898/2014, de 22 de diciembre)

## ARTÍCULOS 20.1 Y 20.4

*Causa de justificación. Legítima defensa. Agresión ilegítima: agresión inicial de la víctima que en estado de alta agresividad y con cuchillo en la mano impide entrar al recurrente en su vivienda tras ver tendido en el rellano gravemente herido a su pareja. Necesidad*

*racional del medio empleado: valoración de la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima en el que se defiende y los medios de que disponga. Eximente de la responsabilidad criminal. Trastorno mental transitorio: shock sufrido al llegar a su domicilio y ver a su pareja gravemente herido y verse envuelto en pelea con desconocido al que acuchilla: motivación del Jurado complementada por el magistrado con pericial psiquiátrica: no incide que no se haya probado el miedo insuperable.*

Debemos por ello recordar, SSTS 1262/2006 de 28 de diciembre y 544/2007 de 21 de junio, que en términos generales la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante. Por ello se destaca en la jurisprudencia que esta eximente se asienta en dos soportes principales que son una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles. Es decir cuando se ha reconocido que el acometimiento es sinónimo de agresión, tal tesis no es del todo completa, por cuanto ésta debe entenderse no solo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan tener en peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica, siempre y necesariamente, con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar».

En definitiva la agresión ilegítima no es solamente el acto físico de agredir sino la amenaza o la actitud de inminente ataque. Así constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un rehízo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes. Así en palabras de la STS 5.4.89 «no es preciso que el que se defiende aguarde estoica e impasivamente, a que la agresión o el ataque se inicien».

(...)

En tercer lugar, como ya hemos indicado, la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice propio de toda causa de justificación la existencia en determinados casos de un *animus defendendi* que, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo (SSTS 332/2000 de 24 de febrero,

962/2005 de 22 de julio, 1253/2005 de 26 de octubre, 1262/2006 de 28 de diciembre, 973/2007 de 19 de noviembre).

Por último la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que «esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado», de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS 444/2004 de 1 de abril).

Por ello, se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión.

Posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que «no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa», no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser «racional» ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa (SSTS 24 de febrero 2000, 16 de noviembre de 2000 y 17 de octubre de 2001).

En este sentido, decíamos en la STS 470/2005 de 14 de abril, siguiendo la doctrina de la STS 17 de noviembre de 1999, que el artículo 20.4 CP no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiéndose que la palabra «proporcionalidad» no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTS 29.2 y 16 de noviembre de 2000 y 6 de abril de 2001, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). STS 614/2004 de 12 de mayo que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex

ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiabiles excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación.

En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de racionios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto calculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (STS 14 de marzo de 1997, 29 de enero de 1998, 22 de mayo de 2001).

Por ello si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana.

(...)

Y respecto a la falta de motivación de la falta de apreciación del miedo insuperable y la privación total de las facultades, aun transitoria, determinante del trastorno mental transitorio, debemos recordar que en la actual jurisprudencia se ha superado ya el criterio de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones a la mente de origen meramente psíquico, sin que sea preciso la enfermedad, y no cabe descartarse la posibilidad de trastornos que produzcan el necesario efecto psicológico de imputabilidad sin base patológica alguna.

Así la STS 19 de julio de 2011, afirma que el trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciándose por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, generalmente sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de racionio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable. En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas (SSTS de 15 de abril de 1998, 6 de julio de 2001).

La STS 16 de octubre de 1998 ya precisó que una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desaparecido el criterio ya superado de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones de la mente de

origen meramente psíquico, que por su intensidad merecían la exención de responsabilidad, se viene entendiendo que tal trastorno puede tener también origen exógeno, atribuyendo su aparición a un choque psíquico producido por un agente exterior cualquiera que sea su naturaleza y que se presenta bajo la forma de múltiples fenómenos perturbadores de la razón humana, exigiéndose:

- 1.º Una brusca aparición.
- 2.º Irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas o ambas.
- 3.º Breve duración.
- 4.º Curación sin secuelas.
- 5.º Que no sea autoprovocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de sus actos ilícitos.

Mientras que la exigente de miedo insuperable, descartada por el Jurado al no considerar probado el hecho IV del apartado II del objeto del veredicto («Borja, al hallar a su compañero sentimental gravemente herido y sus enseres destrozados y ser el mismo atacado por un desconocido, cayó en un estado de terror que no pudo superar y que fue el único motivo de su modo de obrar»), su naturaleza no ha sido pacífica en la doctrina. Se le 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. Pero es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado (SSTS 332/2000 de 24 de febrero, 2067/2002 de 13 de diciembre, 156/2003 de 10 de febrero, 722/2003 de 12 de mayo, 340/2005 de 8 de marzo, 180/2006 de 16 de febrero, 783/2006 de 29 de abril, 359/2008 de 19 de junio, 505/2008 de 17 de julio, 907/2008 de 18 de diciembre, 1001/2009 de 1 de octubre).

Pues bien que el Jurado no considerara probado ese miedo insuperable no incide en que si lo haya sido el trastorno mental transitorio que puede ser debido a otras causas exógenas, y en todo caso sostiene parte de la doctrina, que una situación de miedo insuperable que provoque un estado psíquico de inimputabilidad que anule la voluntad es poco probable que quien sufra esa alteración no sea alcanzado por la exigente de trastorno mental transitorio y ello impidiera su simultánea estimación, de acuerdo con el principio jurisprudencial que dispone que de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias exigentes o atenuantes del mismo carácter, de tal modo ligadas entre sí, que la existencia de una suponga la de la otra, y la exigente de miedo insuperable lleva implícita una anulación del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, anulación psíquica que también constituye el fundamento del trastorno mental transitorio.

(STS 454/2014, de 10 de junio)

## ARTÍCULOS 20.7, 106 Y 192

*Principio acusatorio y medidas de seguridad. Libertad Vigilada: imposición de medida de libertad vigilada superior en un año a la solicitada por la acusación; acusación por agresión sexual con intimidación y condena por abuso sexual con prevalimiento por ascen-*

*diente. Causa de justificación. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho: el supuesto derecho de corrección de padre a hijos no ampara golpear a hija con vara cortada de árbol que causó lesiones con curación en cinco días.*

En este caso, la Sala sentenciadora impuso, al amparo del artículo 192 del CP según redacción introducida por la LO 5/2010, la medida de libertad vigilada a consecuencia del delito continuado de abusos sexuales en la persona de la menor Yolanda, que fue cometido bajo la vigencia de esta norma. La libertad vigilada, a partir de la reforma que la citada Ley operó en el Código Penal, es de obligada imposición a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos graves contra la libertad e indemnidad sexuales, en una horquilla de cinco a diez años.

La libertad vigilada resulta aplicable, como explica el Preámbulo de la Ley que la introdujo, no solo cuando la peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también «cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido», entre ellos los delitos de contenido sexual. Se trata, pues, de una medida especialmente orientada a la protección de las víctimas, que pretende enervar el riesgo que el legislador presupone que subsiste en determinados delincuentes aun después del cumplimiento de la condena. De ahí que su cumplimiento se difiera al momento en que concluye el de la pena o penas privativas de libertad que hubieran sido impuestas.

Destaca el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal que existen precedentes jurisprudenciales que excluyen las medidas de seguridad del régimen acusatorio (entre otras STS 730/2008, de 22 de octubre; 165/2009, 19 de febrero o 603/2009 de 11 de junio) sin embargo lo hacen en situaciones concretas, en las que los respectivos tribunales habían argumentado las razones de la imposición de la medida y su extensión. Pero en todos los casos destacan que el principio general es que los efectos negativos para el acusado derivados de la comisión de una infracción criminal, deben ser solicitados por la acusación, siempre que no sean consecuencia ineludible de la previa afirmación de algo correctamente propuesto por aquella.

En este caso, como hemos expuesto, nos encontramos ante la imposición de una medida prevista por la Ley con carácter obligatorio. No se plantea ningún eventual conflicto entre el principio acusatorio y el de legalidad, ya que, aunque la acusación particular no solicitó la medida de libertad vigilada, el Fiscal si lo hizo, si bien con una duración menor que la que la sentencia fija. El problema radica en la imposición de una medida por tiempo superior al solicitado por la acusación, en concreto un año más, sin previo debate al respecto que hubiera podido evitar la indefensión, y sin ninguna específica motivación que permitiera controlar la decisión desde la óptica de su eventual arbitrariedad.

Existen también precedentes en la jurisprudencia de esta Sala que expresamente vinculan las medidas de seguridad con el principio acusatorio y han resaltado la necesidad de que hayan sido solicitadas por la acusación como requisito previo a su imposición por el Tribunal. Entre ellas las que cita el Fiscal en su escrito de impugnación, STS 1666/2000 y la 1177/2006. Esta última, en concreto, admitió la vulneración del principio acusatorio en la determinación de una medida de expulsión del territorio nacional por plazo superior al que había sido solicitado por la acusación.

A la vista de lo expuesto, en este caso la imposición de la medida por tiempo superior al solicitado por las acusaciones, efectuada por mero automatismo y huérfana de cualquier específica motivación, vulnera el principio acusatorio y el de inter-

dicción de la indefensión, por lo que el motivo se va a estimar con el alcance que el recurrente plantea.

(...)

El artículo 20 del CP en su apartado n.º 7 prevé como eximente el obrar en cumplimiento de un deber, o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En relación a un delito de lesiones tal eximente, en todo caso, exigiría que el autor, en la condición en la que actúa, pudiera llegar a estar legitimado para el uso de la violencia, premisa inicial que falta en este caso. El Código Civil, desde la reforma que operó en el mismo la Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que mantenían que el reconocimiento del mismo tal y como estaba planteado suscitaba la duda respecto a su colisión con el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño. En su redacción anterior, el artículo 154 del Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto a los hijos sometidos a su patria potestad «debe ser ejercida de forma moderada y razonable».

La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad, y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral. Tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia de la menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio.

El acusado ha sido condenado por dos delitos continuados de abuso sexual respecto a sus dos hijas. Quien, como él, transforma las relaciones paterno-filiares en relaciones de abuso y dominio, no está legitimado para pretender ejercitar ningún derecho de corrección, que solo cabe proyectado a la formación integral de las menores.

(STS 578/2014, de 10 de julio)

## ARTÍCULO 22.1

*Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Alevosía: estrangulamiento durante discusión de pareja por infidelidad: golpes, agarrones y empujones que anulan la capacidad de defensa al final: ha de concurrir al inicio de la agresión: no basta con que al final y como consecuencia de un acometimiento inicial no alevoso la víctima haya llegado a una situación de desvalimiento sobrevenida. Voto particular.*

Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía –el veneno v.gr.– ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: –violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno–. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 o STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

La alevosía –la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa– ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería hartamente infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio ex ante: situarnos al inicio de todo el episodio. El último «navajazo», que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisivo es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse –con las salvedades hechas– de todo el episodio y no del instante final.

El jurado ha hablado de anulación de la capacidad defensiva dando por probado que mediante golpes, empujones y agarrones se abolió la capacidad de defensa. No está muy clara la secuencia pero la sensación es que los empujones y agarrones han de preceder al estrangulamiento. Como se deduce de lo argumentado ese relato es insuficiente. No basta con que la capacidad de defensa aparezca anulada al final. La agresión, según se infiere del relato, no muy expresivo, se produce en el curso de una fuerte discusión. Agarrones, golpes y empujones mediante los que posiblemente se consiguió arrojar en la cama a la víctima constituyen el preámbulo del estrangulamiento. En ese punto de partida de la acción homicida no está acreditada la alevosía y por tanto ha de negarse tal cualificación a todo el episodio, en la medida en que no se ha producido solución de continuidad.

(...)

*Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar, a la Sentencia 104/2014, de 14 de febrero, dictada en el recurso de casación 10776/2013P.*

(...) al Jurado se le ofrecen tres alternativas: la primera contempla una alevosía súbita y repentina (al llevar a cabo el acusado el estrangulamiento de la víctima lo hizo inesperadamente, siendo conocedor de la situación de indefensión de la víctima); la segunda, comprendía una alevosía producida por los golpes previos infligidos a la víctima, lo que determinaría la anulación de su capacidad defensiva; y la tercera

opción barajaba la posibilidad de que no se hubiera producido alevosía por con tales «golpes», «al llevar a cabo el estrangulamiento de Silvia [lo que] no dejó sin efecto la capacidad defensiva de esta».

Como hemos dicho antes, el Tribunal del Jurado votó con unanimidad por la segunda alternativa, de manera que consideró que mediante tales golpes y empujones se produjo la anulación de su capacidad defensiva.

(...)

Abundando en esta anulación de la capacidad defensiva, la Audiencia explica que tal víctima se hallaba «desvalida» en el momento en que se produjo su asfixia mecánica, y ello es consecuencia de que la prueba pericial médica puso de relieve la existencia de lesiones que evitaron su defensa, y que la fuerza ejercida en el cuello, entre dos y cinco kilogramos, lleva inexorablemente a la inconsciencia inmediata, evitando la defensa.

Luego la apreciación del Jurado estaba sustentada en elementos probatorios consistentes, que determinaron el pleno convencimiento en este extremo de los integrantes del colegio popular, que así lo votaron unánimemente.

Como ha dicho la STS 76/2009, de 4 de febrero: «la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido».

En este sentido, y en un caso parecido, la STS 162/2009, de 12 de febrero, esta Sala Casacional declaró lo siguiente: «... Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente ejecutó la agresión de modo súbito e inesperado, sobre la glotis de su víctima a la que asfixió, impidiendo toda reacción defensiva, en una situación y en unas circunstancias que de ningún modo hacían prever tal agresión, que fue buscada de propósito por el acusado».

En consecuencia, a mi juicio, debió ser respetada la decisión del Jurado en el sentido de que se había anulado la capacidad defensiva de la víctima por medio de los golpes y empujones causados por el acusado mientras estrangulaba a la víctima, y en consecuencia, desestimado este reproche casacional.

(STS 104/2014, de 14 de febrero)

## ARTÍCULO 28 CP

### *Teoría de los actos neutrales: diferencias con cooperación necesaria.*

El acusado, con su actuación, codecide y facilita la decisión final de solventar el reparo formulado por la Intervención de Fondos del Ayuntamiento, y en definitiva, el pago de las cantidades que figuraban en unas facturas emitidas por una entidad a la que habían sido encargadas unas obras de manera irregular, todo ello, en un marco de actuación que, como hemos reiterado, él conoce que es delictivo.

En definitiva, los actos descritos no pueden ser calificados como actos neutrales.

Como decíamos en la STS 487/2014, de 9 de junio, o en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, con respecto a este tipo de acciones, lo que caracteriza a las mismas es

que se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. En este sentido, en la STS 34/2007, de 1 de febrero, declarábamos que «la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, 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». Argumentándose más adelante, que «(...) la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación. En este sentido 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».

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación, afirmábamos en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil, decíamos allí, disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

(STS 597/2014, de 30 de julio)

## ARTÍCULO 74

*Unidad natural de acción: supuestos de aplicación. Falsedad documental: Hacer uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Uso de tarjeta de identidad belga auténtica en distintos establecimientos hoteleros en ciudades y días diferentes. Delito continuado: inaplicación de unidad natural de acción.*

Razona la defensa que los hechos no deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito continuado. Se trata, por el contrario, de un supuesto de unidad natural de acción, ya que el hacer uso del documento de identidad belga engloba una única acción, independientemente de las veces en que así se haga.

El motivo es inviable.

El concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica.

No sin acentuados matices, esta evolución se aprecia también en nuestra jurisprudencia, de la que nos hacíamos eco en la STS 213/2008, 5 de mayo. Allí recordábamos cómo la STS 25 de junio de 1983 señaló como requisitos para afirmar la unidad de acción: a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única; c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

La STS 935/2006, 2 de octubre –con cita de la STS 777/2005, 15 de junio– recordaba que el concepto de unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18 de julio de 2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En otros pronunciamientos, la jurisprudencia de esta Sala, subrayando la perspectiva naturalista, ha considerado que existe unidad natural de acción (STS 15 de febrero de 1997, 19 de junio de 1999, 7 de mayo de 1999, 4 de abril de 2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha».

En el supuesto que nos ocupa, como destaca el Fiscal, la mera lectura de los hechos probados pone de manifiesto que la utilización del documento de identidad belga expedido a nombre de otra persona, lo fue en una pluralidad de ocasiones, en hoteles distintos y, en algunos casos, en provincias diferentes. El recurrente, en fin, confunde la unidad natural de acción como idea unificadora de las distintas secuencias que integran una conducta delictiva, con una supuesta unidad natural de delito que actuaría como artificial elemento de integración de acciones delictivas netamente diferenciadas y que, frente a lo que se razona en el motivo, ha de ser resuelta con arreglo a las reglas generales (*cf*: STS 232/2014, 25 de marzo).

(STS 889/2014, de 30 de diciembre)

## ARTÍCULO 106

*Medida de seguridad de libertad vigilada: aplicación conjunta con la pena a delincuentes imputables en delitos contra la libertad sexual y de terrorismo; debe imponerse en la sentencia de instancia que condena por delito de abusos sexuales a menor aunque al penado se le conceda la suspensión de condena sometida a reglas de conducta: razones que lo justifican.*

La Audiencia Provincial omite la medida de libertad vigilada posterior argumentando que la condena –dos penas que suman un total de dos años de prisión– es susceptible de suspensión conforme a lo previsto en el artículo 81 CP.

Tal discurso en una primera aproximación parece razonable: si a través de la suspensión de condena se podrán imponer reglas de conducta en gran parte similares al eventual contenido de la libertad vigilada (artículo 83 CP), establecer además esa medida sería –discúlpese el casticismo– como poner «albarda sobre albarda». La libertad vigilada quiere abrir la posibilidad de que algunos penados, acabado el tiempo de prisión, se sometan a pautas o controles para embridar su eventual peligrosidad. Si la pena impuesta es susceptible de suspensión y, por tanto, no va a ser efectivamente cumplida y durante el tiempo de suspensión –que puede extenderse hasta cinco años– el artículo 83 CP faculta para establecer unos controles semejantes, decaería la razón de ser de una medida adicional de libertad vigilada cuyo contenido y finalidad quedarían absorbidos por ese otro instituto jurídico, de naturaleza dogmática muy diferente pero de contenido no solo equivalente sino casi simétrico.

(...)

La literalidad de la ley es clara. No admite interpretaciones correctoras, aunque sean bienintencionadas y aparezcan revestidas de una cierta lógica que, sin embargo, claudica ante un examen más detenido.

El artículo 106.2 CP obliga (deberá imponer) al Juez o Tribunal a establecer la medida de libertad vigilada como complemento de la pena de prisión «siempre que así lo disponga de manera expresa el Código».

(...)

Se habla de los «condenados a prisión», no de los que cumplan pena de prisión

La libertad vigilada impone un sometimiento a control judicial a través de una o varias de las once medidas previstas (obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicación inmediata de cualquier modificación de residencia, o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio sin autorización; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que se determinen; prohibición de acudir o residir en lugares específicos; o de desempeñar actividades que faciliten la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; tratamiento médico externo; o control médico periódico).

La fórmula procesal para la aplicación de esta nueva medida de seguridad se recoge en el segundo apartado del artículo 106 CP: el Juez o Tribunal deben imponerla (obviamente, y por imperativo del principio de legalidad, sólo en los casos en que lo disponga el Código de manera expresa; en la actualidad únicamente supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) en la misma sentencia de condena, pero para su cumplimiento diferido en el tiempo. Ha de ejecutarse después de la pena privativa de

libertad (o de la última de ellas, si se hubieran impuesto varias). La medida se inicia en el momento de extinción de la pena de prisión.

A tal fin, con una antelación de dos meses, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar al juez o Tribunal sentenciador una propuesta que concrete el contenido aconsejable de la medida, fijando de manera individualizada las obligaciones y prohibiciones específicas que deba observar el condenado.

De forma expresa se prevé que si son varias las medidas de libertad vigilada impuestas y no pueden cumplirse simultáneamente, se ha de llevar a efecto de manera sucesiva. Esta singular previsión legal es significativa a los efectos de lo que aquí se está debatiendo (si las medidas inherentes a una suspensión de condena excluyen una libertad vigilada posterior). Al legislador no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada. Tampoco debe considerarse, por tanto, extravagante una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena.

Con el Fiscal podemos deducir de la exégesis de los preceptos aludidos:

a) Que es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delincuentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Solo cuando se trata de un único delito cometido por un delincuente primario el Juez o Tribunal puede prescindir de ella. No es el caso: el acusado ha sido condenado por dos delitos. El legislador no ha previsto –como podía– otras excepciones.

b) Que la pena impuesta sea susceptible de suspensión no significa que necesariamente haya de concederse ese beneficio. Es más, si se ha dejado de imponer por esa razón la libertad vigilada y luego la suspensión ha de ser revocada por incumplimiento de las condiciones o comisión de un nuevo delito (artículo 84 CP), resultará que dejará de aplicarse después de la prisión una medida complementaria (la libertad vigilada) que el Código prevé como obligatoria.

c) La suspensión de condena según se deduce de la STS 450/2012 de 24 de mayo con criterio también insinuado en las SSTC 109/2013, de 6 de mayo ó 152/2013, de 9 de octubre no deja de ser una forma de cumplimiento como puede inferirse de la rúbrica del capítulo donde está regulada. Por tanto no puede decirse que en esos casos no produciéndose «cumplimiento» no puede existir una medida posterior al «cumplimiento». Estamos ante una forma sustitutiva de ejecución.

d) No está la libertad vigilada entre las penas susceptibles de ser «suspendidas» a tenor del artículo 81 CP. La suspensión opera respecto de las penas privativas de libertad, pero no respecto de medidas como la libertad vigilada. Esta puede ser revisada, o acortada o clausurada; pero no «suspendida» (sin perjuicio de lo que dispone el artículo 97 CP).

e) Que en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –ultimado el cumplimiento de la pena– ha de realizarse una valoración inicial y un seguimiento posterior no solo para fijar las condiciones y contenido concretos, sino también para reducir su duración o incluso cancelar su ejecución: artículos 106.2 y 3 y 97 CP.

Esta segunda premisa hace que ni siquiera puede tacharse de ilógica o poco razonable la imperatividad de la medida también cuando va precedida de un sustitutivo penal como es la suspensión de condena con unos contenidos eventualmente equiparables. En esa dirección apuntan varios argumentos:

i) Si la suspensión de condena se ha revelado como suficiente para anular la peligrosidad y deviene innecesaria una libertad vigilada posterior, el órgano judicial podrá no ya acotar su contenido o reducir su tiempo, sino incluso dejar de ejecutar esa medida (artículo 106.3). Si esa posibilidad legal se mantiene abierta, no tiene sentido anticipar en el momento de la sentencia una decisión que podrá tomarse contando con

datos actualizados que favorecen el acierto cuando llegue el momento de ejecución de la medida. Si se revela como innecesaria, no habrá de cumplirse. No es razonable cerrar esa puerta que el legislador mantiene accesible hasta que llegue el momento de concretar la medida.

ii) Aunque muy similares, no son idénticos los contenidos eventuales de una libertad vigilada y de las condiciones previstas como regla de conducta en el artículo 83 CP. Como tampoco son iguales las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (arts. 84 y 106.4 CP).

(STS 768/2014, de 11 de noviembre)

## ARTÍCULO 153

*Lesiones: padre que realiza apretones, zarandeos y movimientos bruscos a bebé, causándole graves lesiones cerebrales. Concurso ideal de delitos de lesiones imprudentes y maltrato familiar.*

Así, la Audiencia considera que estamos ante una acción lesiva dolosa, del artículo 148.5 del Código Penal, en concurso ideal pluriofensivo con unas lesiones graves causadas por imprudencia, del artículo 152.1 2.º

No obstante, la conclusión que este Tribunal alcanza, acerca de esa calificación de los hechos que se contienen en la narración incorporada a la Sentencia recurrida es la de que nos encontramos ante unas lesiones graves causadas por imprudencia, en efecto, pero en concurso ideal con un delito doloso de maltrato del artículo 153.

Las lesiones imprudentes del artículo 152.1 2.º son evidentes ya que se trata de una conducta gravemente descuidada que causalmente se vincula con un resultado de los que se contemplan en el artículo 149, como delito doloso, al haberse producido una grave enfermedad neurológica al niño. Resultado previsible y evitable pero no previsto por el recurrente, según el *factum* de la recurrida. Por lo que la presencia de imprudencia, a partir de dicho relato, es obligado aceptar.

Pero por lo que respecta al delito doloso, el mismo no puede integrarse en el supuesto del artículo 148. 5.º, en relación con el 147, toda vez que en ese relato de hechos se nos dice que los apretones, zarandeos y movimientos bruscos sobre el niño los realizó Alfonso «...pese a representarse que dada la fragilidad del menor podría éste resultar lesionado...», lo que ciertamente nos sitúa en el terreno de lo intencional, a título de dolo eventual al menos, pero no frente a un delito de lesiones, habida cuenta de que no se especifica la gravedad del resultado previsto por el recurrente, de modo que podría tratarse de lesiones meramente constitutivas de falta, calificación que ha de ser acogida inicialmente de acuerdo con los criterios valorativos más favorables para el reo.

Y de este modo, dándose en el caso presente todos los elementos integrantes de la figura contemplada en el artículo 153, a saber, menoscabo psíquico u otra lesión, no definidas como delito, producido sobre persona especialmente vulnerable que convivía con el autor, es en relación con este tipo delictivo con el que las lesiones graves causadas por imprudencia han de entrar en concurso ideal, puesto que se trata de un solo hecho, a la vez integrante de sendas infracciones, que debe ser por tanto castigado con una sola pena: la correspondiente al delito más grave, en este caso el del artículo 152.1 2.º, en su mitad superior que, a su vez, no ha de exceder de los límites del castigo por separado de ambas infracciones.

(STS 907/2014, de 30 de diciembre)

## ARTÍCULO 248

*Estafa. Engaño y deber de autoprotección: evolución jurisprudencial. Presidente de Asociación de receptores de loterías y apuestas que recibe dinero para tramitar concesiones de administración de lotería sin intención de cumplir desde el principio: razonable confianza de los perjudicados dado el cargo desempeñado no siéndoles exigibles cualquier clase de comprobación.*

1. El tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error, es decir, una percepción equivocada de la realidad, que es el origen del acto de disposición que causa el desplazamiento patrimonial. Con ello está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (STS n.º 1316/2009).

La jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una actitud mínimamente diligente. No faltan algunos pronunciamientos de la Sala en este sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero, con cita de otras sentencias –SSTS 1285/98 de 29 de octubre, 529/2000 de 27 de marzo, 738/2000 de 6 de noviembre, 2006/2000 de 22 de diciembre, 1686/2001 de 24 de septiembre– tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño».

Sin embargo, esa doctrina, como formulación general ha sido ya superada, y este Tribunal ha venido entendiendo en jurisprudencia más moderna que la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima generalmente no determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de la idoneidad objetiva del engaño para provocar el error. Es cierto que en algunos casos, la omisión de la actuación normalizada exigible en el sector de actividad de que se trate, pudiera conducir a afirmar que el error ha sido provocado por la propia conducta y por la desidia del engañado y no tanto por la idoneidad de la acción fraudulenta del autor. Pero son casos muy excepcionales, incluso cuando tienen lugar en marcos empresariales en los que se organizan sistemas serios de comprobación de la realidad y normalidad de las operaciones negociales.

Recientemente esta Sala se ha pronunciado restringiendo las exigencias de autoprotección en relación con la estafa, afirmando, como se recoge en la STS

número 1015/2013, de 23 de diciembre, en la cual se expone la doctrina de esta Sala sobre el particular, que «...como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de «engaño burdo», o de «absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia», y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales».

Y, en el mismo sentido, en la STS n.º 839/2012, de 23 de octubre, se razonaba que «...la jurisprudencia ha venido rechazando la posibilidad de partir necesariamente de la base de la existencia de un clima de desconfianza generalizada que obligue a verificar todas las afirmaciones de la contraparte en el ámbito de cualquier clase de operaciones negociales. Y ha venido relacionándolas, empleando un criterio restrictivo, con el alcance de protección de la norma en el ámbito de la imputación objetiva, de manera que se ha afirmado que no existirá la estafa «...cuando 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 ardides del sujeto activo, pues en tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable el engaño de éste», (STS n.º 478/2011), resultando decisivo para la determinación de tal situación las obligaciones de cada parte en el negocio; las exigencias de autoprotección habituales e inevitables en el sector de actividad de que se trate, especialmente cuando sean actividades profesionales o desarrolladas por empresas o entidades dotadas de mecanismos o servicios profesionales orientados a asegurar sus operaciones; las relaciones personales existentes entre las partes; y las facilidades o posibilidades reales de la parte perjudicada para acudir a medidas de autoprotección, dadas las circunstancias del caso».

2. En el caso, no se aprecian las condiciones para afirmar que la conducta de los perjudicados fue tan imprudente, estúpida o descuidada que hubiera hecho absolutamente inidóneo el mecanismo engañoso desplegado por el autor, de manera que deban ser aquellos responsables de lo ocurrido. El recurrente era, efectivamente, y así lo recoge la sentencia impugnada, presidente de la Asociación Profesional de Receptores Mixtos de Loterías, y aprovechó esa circunstancia para convencer a los perjudicados de su intención de proceder a realizar gestiones encaminadas a la obtención de administraciones de loterías, recibiendo con ese objeto unas importantes cantidades de dinero. Nada tiene de extraño que los perjudicados confiaran en su buena fe, dado el cargo que ocupaba, a lo que se añadía su aspecto externo y la apariencia de desahogo económico que mostró a aquellos, según sus declaraciones, todo lo cual no hacía previsible que solamente se tratara de una apariencia de voluntad que encubría la decisión de hacer suyas las cantidades recibidas.

Dadas esas circunstancias, no era exigible a los perjudicados que desplegaran cualquier clase de actuaciones de comprobación basadas en la desconfianza.

(STS 319/2014, de 15 de abril)

## ARTÍCULO 248

*Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumido Tourón, y al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, a la sentencia núm. 277/2014, recaída en el recurso de casa-*

*ción núm. 1884/2013, contra sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia por delito intentado de estafa.*

1.º La razón que fundamenta la formulación del presente voto particular se concreta en la conveniencia de precisar la solución jurisprudencial para los casos en los que el comportamiento del condenado realiza aparentemente el tipo penal de la estafa, y en los que, sin embargo, se alega por el recurrente que nos encontramos ante una conducta no punible por tratarse del ejercicio de un supuesto derecho de crédito mediante engaño.

Es decir, se trata de precisar el régimen penal y procesal aplicable a quien alega, frente a una acusación por delito de estafa, ser un acreedor que ha recurrido a la autotutela, para la obtención del pago de un derecho personal legalmente exigible, al margen de las vías legales.

Partiendo del criterio, acertadamente expresado en la sentencia mayoritaria, de que «quien pretende obtener lo que le corresponde no obra ilícitamente», afirmación que compartimos plenamente, la cuestión que se plantea es la de determinar si dicha licitud de la conducta enjuiciada es meramente subjetiva (ausencia de ánimo de lucro), o material u objetiva (conurrencia de una causa de justificación).

Aunque ambas soluciones producen efectos similares en el ámbito punitivo, que conducen a la absolución del recurrente, sin embargo sus presupuestos y sus consecuencias, desde el punto de vista jurisdiccional que es el que nos compete, son muy diferentes, tanto en el ámbito probatorio, (carga de la prueba sobre el alcance o la propia existencia del derecho de crédito que se alega ejercitar), que es determinante para la estimación o desestimación del presente recurso, como en el ámbito de la responsabilidad civil (supuestos de error del recurrente sobre la existencia del derecho de crédito reclamado).

2.º La sentencia mayoritaria considera que el ánimo de lucro en el delito de estafa requiere que lo que se pretende obtener a través del desplazamiento patrimonial sea injusto o indebido, pues si lo reclamado es debido o existe una duda razonable al respecto, no concurre el elemento subjetivo típico del delito de estafa, que es el ánimo de lucro ilícito. En consecuencia la sentencia mayoritaria se sitúa manifiestamente en la concepción subjetiva.

Esta concepción subjetiva, que respetamos y que no desconocemos que cuenta con apoyo doctrinal, se funda a nuestro entender en una incorrecta distinción entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago, que aunque responde a la postura tradicional de la doctrina española se encuentra hoy claramente superada.

En un delito de enriquecimiento, como la estafa, el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro pues en cualquier caso el agente pretende obtener una ventaja patrimonial manifiesta, aunque solo sea la de transformar un derecho de crédito en un derecho de propiedad.

Las lagunas de punición que genera esta concepción subjetiva resultan preocupantes porque pueden conducir a la ruptura del difícil equilibrio entre la autotutela del crédito a través del engaño, y la protección penal del patrimonio, disminuyendo esta protección frente al fraude patrimonial de forma muy relevante, en perjuicio de la seguridad jurídica y del buen funcionamiento del sistema económico.

3.º En efecto, si consideramos que lo que justifica la conducta de quien recurre al engaño para ejercitar un derecho propio es un elemento subjetivo, el «ánimo de hacerse pago», considerado incompatible con el ánimo de lucro, la consecuencia necesaria es que la mera alegación, con un mínimo de seriedad, de la concurrencia de dicho ánimo, es decir de la voluntad de recuperar un crédito a través del engaño, con-

duce a la necesaria conclusión de la inexistencia de ánimo de lucro, y en consecuencia de la inexistencia del tipo.

El juego del principio de presunción de inocencia, y la necesidad de que sea la parte acusadora la que acredite la concurrencia de todos los elementos del tipo, objetivos y subjetivos, impone en esta concepción la necesidad de que sea la parte perjudicada, que ha sufrido el engaño y el desplazamiento patrimonial, la que acredite fuera de toda duda razonable la inexistencia de la deuda que se dice reclamada, con la dificultad que representa la prueba de un hecho negativo.

La tutela frente al fraude patrimonial, por ejemplo del empresario al que un anti-gu socio engaña deliberadamente para privarle de una parte importante de su patrimonio, no se obtendrá sencillamente acreditando la realización por el acusado de una maniobra manifiestamente engañosa, que ha determinado un desplazamiento patrimonial en perjuicio de la parte acusadora, y que ha sido ejecutada con el propósito de obtener un beneficio, ventaja o utilidad para el acusado o para un tercero (ánimo de lucro, en la concepción jurisprudencial mayoritaria).

Por el contrario, en esta concepción subjetiva, la tutela penal patrimonial exigirá, además, caso de alegar el acusado con un mínimo de concreción que trataba de cobrar una deuda procedente de sus relaciones negociales anteriores, que sea el perjudicado el que pruebe la inexistencia de dicha deuda, dada la necesidad de acreditar el «ánimo de lucro ilícito».

La duda, o la inexistencia de prueba en uno u otro sentido, benefician, en todo caso, al acusado, con el consecuente resultado absolutorio y la conservación del patrimonio defraudado. Y con la consiguiente degradación de la tutela penal del patrimonio frente a comportamientos fraudulentos, en perjuicio de la seguridad del tráfico mercantil y de la economía de mercado.

4.º Por ello resulta más congruente situar la licitud de esta conducta en el plano objetivo o material de la concurrencia de una causa de justificación, concretamente el ejercicio legítimo de un derecho, reconocido expresamente en el artículo 20 7.º CP vigente.

El artículo 20 7.º CP 95 juega en nuestro ordenamiento penal el papel de cláusula general de justificación que permite reconducir a ella los supuestos en que el ordenamiento exige justificar una conducta formalmente típica.

El legislador ha establecido que la realización o ejercicio de un derecho propio, fuera de las vías legales, solamente constituye una conducta típica, sancionada penalmente, cuando se realiza empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas (art. 455 CP, delito de realización arbitraria del propio derecho).

A *contrario sensu*, el ejercicio de un derecho propio fuera de las vías legales, es decir la autotutela del derecho, no es ilegítima desde la perspectiva penal, cuando se utilicen medios no violentos, ni intimidativos y que no recurran a la fuerza, como puede ser la recuperación de un cuadro prestado que no nos quieren devolver, acudiendo a un artificio engañoso.

Esta conducta realiza el tipo de la estafa, tomando en consideración un concepto jurídico-económico de patrimonio y un concepto jurisprudencial muy reiterado de ánimo de lucro, como propósito de obtener un beneficio, ventaja o utilidad para el acusado o para un tercero. Sin embargo, no es antijurídica porque concurre en ella una causa de justificación, al estar enmarcada en el ámbito de la autotutela de los derechos propios que el legislador penal no considera arbitrario o ilegítimo, porque el agente no ha recurrido a los únicos medios expresamente prohibidos para la autotutela en el artículo 455 CP.

En caso contrario, si entendiésemos que la autotutela de un derecho propio mediante engaño se sanciona como estafa y la misma autotutela mediante violencia se

sanciona como delito del artículo 455, nos encontraríamos con el absurdo de que el recurso a la violencia se convertiría en una atenuante, pues la pena de la realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 es manifiestamente inferior a la pena de la estafa.

En consecuencia, sin entrar en profundidades doctrinales y desde una perspectiva jurisdiccional, en la que no pueden desconocerse consideraciones probatorias o de responsabilidad civil, por ejemplo, resulta más apropiado acoger esta posición objetiva o material, considerando que la razón fundamentadora de la licitud de la autotutela engañosa del crédito, no consiste en el mero ánimo subjetivo del agente, sino en la propia materialidad de la conducta, en la que concurre una causa de justificación, por la realización del propio derecho, a través de medios pacíficos que ni son violentos, ni intimidativos ni recurren a la fuerza.

5.º Situados en el ámbito de la concurrencia de una causa de justificación, las consecuencias probatorias varían sustancialmente.

Sin necesidad de profundizar en cuestiones que siguen teniendo aspectos controvertidos, es claro que tanto la presunción de inocencia como el principio *«in dubio pro reo»*, juegan un papel diferente en el supuesto de alegación de circunstancias eximentes. Como señalan las STS 139/2008, de 28 de febrero, y STS 493/2005 de 18 de abril, entre otras, no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia «a modo de presunción en sentido inverso como si a la acusación correspondiera la carga de probar la inexistencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal».

Como regla general, la presunción de inocencia no extiende su tutela con la misma amplitud a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, por lo que, en principio, según afirmación tónica de la jurisprudencia, estas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo.

Todo ello sin perjuicio de que cuando la defensa consigue introducir una base razonable acerca de la concurrencia de una circunstancia eximente, pueda ésta ser acogida. Pero en todo caso la carga de la prueba de la inexistencia, falta de vigencia, o inexigibilidad de la deuda meramente invocada y no probada por el acusado, ya no constituye necesariamente una carga del perjudicado por la estafa.

6.º Llegados a este punto podemos ya introducir otra perspectiva, que constituye la prueba del nueve de la necesidad de prescindir de la concepción subjetiva en este ámbito. Nos referimos a los supuestos de error y su repercusión sobre la responsabilidad civil.

La concepción subjetiva no otorga relevancia alguna al error del agente sobre la existencia efectiva de la deuda que dice reclamar. Desde esa perspectiva, la conducta no es típica aunque el derecho que se pretende reclamar no exista en modo alguno, mientras el sujeto crea en su existencia.

Supongamos en el supuesto anteriormente citado del empresario estafado por un antiguo socio que alega que al enriquecerse con el patrimonio del perjudicado solamente pretendía cobrar antiguas deudas, que el autor de la estafa está absolutamente convencido de que las deudas existen, pero el perjudicado puede demostrar que nunca han existido.

Pues bien, desde la perspectiva de la concepción subjetiva, a la que se acoge implícitamente la sentencia mayoritaria, la inexistencia de la deuda es irrelevante. Lo único determinante para la concurrencia del tipo es el ánimo del autor, y si el acusado actuaba efectivamente con ánimo de hacerse pago, no concurre el ánimo de lucro, no se satisface el tipo de la estafa y la sentencia debe ser absolutoria, en lo que se refiere tanto a la responsabilidad penal como a la civil.

En consecuencia, y aunque se haya acreditado que la deuda no existe, el acusado no puede ser condenado siquiera a devolver el dinero fruto del engaño. Lo mantendrá en su patrimonio, salvo proceso civil posterior.

7.º Enmarcándonos, sin embargo, en la concepción objetiva, si el acusado actuó de buena fe absolutamente convencido de que ejercitaba un derecho legítimo, y llegamos a la convicción de que este error era invencible, nos encontraríamos ante un error sobre la concurrencia de una causa de justificación, una especie de ejercicio legítimo de un derecho putativo, que como error de prohibición podría llegar a determinar la absolución penal del acusado.

Pero en estos supuestos de error de prohibición, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 2.º CP, en relación con el artículo 14 del mismo texto legal, subsiste la responsabilidad civil. Por lo que en caso de inexistencia de la deuda, y si se apreciase el error invencible, el acusado sería en todo caso condenado a devolver el dinero obtenido como fruto del engaño, restaurándose, al menos civilmente, el daño causado.

(STS 277/2014, de 7 de abril)

## ARTÍCULOS 260.1 Y 305.1

### *Concurso Medial: delito contra la Hacienda Pública y delito continuado de falsedad en documento mercantil. Imposibilidad de subsumición de la falsedad en el delito contra la Hacienda.*

Es cierto que algunos precedentes jurisprudenciales, dictados en aplicación de la legislación previgente, han vinculado la realización de los actos de insolvencia a conductas previas a la declaración del concurso (*cf.* SSTS 40/2008, de 25 de enero y 392/2009, de 24 de abril). También lo es que otros pronunciamientos han estimado que los actos encaminados a defraudar las expectativas de cobro de los acreedores y, por tanto, a agravar la inicial situación de insolvencia, pueden ser ejecutados con posterioridad a la formalización de la demanda de concurso (*cf.* STS 590/2006, 29 de septiembre SIC).

Sea como fuere, lo cierto es que el delito previsto en el artículo 260.1 del CP puede ser cometido, tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración de concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal. Así se desprende de la propia literalidad del artículo 260.1 del CP y así se deduce del artículo 164.2.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, 9 de julio), que a la hora de calificar el concurso como culpable, incluye una conducta cuya ejecución sólo es concebible con posterioridad a la declaración de concurso («cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado»). En la medida en que desbordaría el objeto del motivo, tal y como ha sido formalizado, la Sala no se adentra en la controversia doctrinal acerca de si las conductas descritas en el artículo 164 de la citada Ley Concursal y que determinan la calificación del concurso como culpable, describen acciones que han de ser consideradas, siempre y en todo caso, como dolosas y, por tanto, de trascendencia jurídico penal. Pero lo que resulta evidente es que aquel precepto proporciona un elemento interpretativo que

neutraliza la tesis del recurrente, que circunscribe las acciones relevantes a efectos de tipicidad a aquellas que se producen con anterioridad a la declaración del concurso.

(...)

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (*cfr.* 254/2011, 29 de marzo).

Pues bien, la regla de absorción prevista en el artículo 8.3 del CP, con arreglo al cual, «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél», exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lexconsumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lexconsumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante– y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado–.

En el presente caso, no concurre ninguno de los supuestos a los que se refieren tales excepciones. La masiva falsificación de facturas no fue, desde luego, simultánea a la minusvaloración fraudulenta de las cantidades que habían de abonarse en concepto de IVA. Tampoco se produjo esa alteración falsaria con el objeto de asegurar la impunidad de un hecho antecedente. En consecuencia, no existe posibilidad legal de absorber el delito continuado de falsedad en el desvalor más amplio del delito contra la Hacienda Pública. Este criterio, además, es el que se desprende de anteriores precedentes de esta misma Sala que han calificado esa relación entre ambas infracciones como la que es propia del concurso medial (*cfr.* SSTS 606/2010, 25 de junio y 423/2010, 21 de abril).

(STS 494/2014, de 18 de junio)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas en establecimientos penitenciarios: lanza dos paquetes de droga dentro del recinto carcelario, que no llegaron a ningún recluso al ser inmediatamente interceptado por los servicios de seguridad del centro: tipo ordinario.*

1. El recurrente entiende que para que pueda considerarse desarrollada una conducta de difusión de droga realizada en centro penitenciario es preciso que se

facilite de forma efectiva a quienes se hallen dentro la droga a que se refiere el artículo 368 CP, de ahí que la interpretación del subtipo agravado ha de ser restrictivo en orden a la fijación de sus contornos delimitativos, si queremos ser respetuosos con el principio de lesividad, al objeto de impedir que se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido.

En tal sentido aunque un poseedor de droga se acerque a los aledaños de la cárcel, si no tiene la posibilidad de trasladarla a un recluso, porque no aparece ninguno por el lugar, o no la ofrece, o tampoco el interno la demanda o no le llega a ninguno, las posibilidades de lesión del bien jurídico quedan excluidas con la desaparición del peligro que ha de ser concreto.

El recurrente refiere que al hallarnos ante un delito circunstanciado (subtipo agravado) al tipo básico de la tenencia de la droga debe superponerse el subtipo de introducirse o difundirse en un centro penitenciario o en sus proximidades. A un peligro abstracto de consumo de terceros, propio del tipo básico, debe añadirse un riesgo concreto de que la droga alcance al colectivo de personas que se hallan en dichos Centros.

2. En principio y desde un plano teórico no le falta razón al recurrente. El bien jurídico protegido en este subtipo y que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro concreto de que la droga acceda y se difunda entre los colectivos de personas que ocupan los Centros penitenciarios.

Es igualmente cierto que en evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, a la cualificación había que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en este caso estaría integrado por la salud del conjunto de personas que residen o desarrollan actividades en dichos Centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos, de manera que el subtipo se construiría añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto, que solo se producirá cuando exista una posibilidad real y efectiva de que las drogas lleguen a poder de algún recluso (STS 668/2009 de 5 de junio).

Sobre este particular extremo hemos de tener presente la reforma introducida por Ley Orgánica 15/2003, en la que se sustituyen del subtipo las conductas nucleares de introducir o difundir por otra redacción muy distinta, pasando del n.º 1 del artículo 369 CP, al número 8.º y con la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio, al número 7.º, que constituye la redacción actual. Así, el tipo básico resultará agravado cuando las conductas descritas en él «tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades».

Tal contenido sugería *prima facie* una ampliación de la cualificativa, pero esta Sala, precisamente por tratarse de una circunstancia de exasperación de la pena, optó por interpretarla con rigor en clave restrictiva, tratando de precisar su actual alcance.

La doctrina jurisprudencial se ha modulado en tal sentido, y aceptada la doctrina del peligro abstracto (subtipo básico), peligro concreto (subtipo agravado), no considera concurrente la agravatoria, sino en los casos en que de forma efectiva y real el peligro concreto se haya materializado. Véase en tal sentido, entre otras, las SSTS 786/2007, de 2 de octubre; 53/2009, de 26 de enero; 291/2009, de 17 de marzo; 668/2009, de 5 de junio; 649/2009 de 7 de junio y 142/2010 de 15 de febrero.

3. Trasladando tal doctrina al caso que con concierne y partiendo del tenor del relato probatorio a cuyo respeto nos obliga el artículo 884.3 LECr, es evidente que los dos paquetes de droga lanzados por el acusado dentro del recinto carcelario no llegaron a ningún recluso, colectivo al que el legislador quiere dispensar una mayor protección, y ello porque fue inmediatamente interceptado por los servicios de seguridad del Centro.

El posterior lanzamiento realizado por el acusado, media hora después, de un objeto cuya naturaleza se desconoce, en nada debe afectar al recurrente, en razón de su derecho a la presunción de inocencia.

Consecuentemente el riesgo concreto de propagación de la droga entre los reclusos nunca existió porque el peligro fue conjurado por los servicios carcelarios de seguridad.

(STS 81/2014, de 13 de febrero)

## ARTÍCULOS 368 Y 369.5

*Tráfico de Drogas y tentativa: acceder y permanecer unos minutos sólo en la furgoneta donde se ocuparon 400 kg de cocaína: acceso previo acuerdo para recoger la sustancia: plena disponibilidad de la sustancia: delito consumado.*

(...) en la narración de hechos probados, se recoge de manera expresa que el recurrente había acudido al lugar al aparcamiento del centro comercial donde se encontraba la furgoneta con la droga, con los otros dos usuarios del vehículo donde se trasladan, «previo acuerdo y con la intención de recoger la importante cantidad de sustancia estupefaciente y destinarla a su distribución»; además de que entra él solo en la furgoneta, donde «se sienta y permanece breves minutos».

En modo alguno pues, resulta de la narración, que el acusado careciera de disponibilidad sobre la droga, ni que careciera de la posesión de la misma; ni que sobre el alijo se tuviera concreto conocimiento por parte de los agentes policiales, menos aún que estuviera sometido a vigilancia en el Centro Comercial, lo que sustenta la apreciación de la tentativa; otra cuestión es que quien estaba siendo vigilado era el recurrente y la matrícula furgoneta marcada como sospechosa por la Guardia Civil. La tentativa en los delitos de tráfico de drogas ha de ser apreciada con carácter excepcional (SSTS núm. 861/2007, de 24 de octubre; o 989/2004, de 9 de septiembre; entre otras) por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 368, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado; en los supuestos de tenencia para el tráfico; es decir, únicamente es apreciable la tentativa cuando el acusado no ha llegado ni a tener la disponibilidad potencial de la droga; cuando no ha estado ni en su posesión mediata, ni inmediata (SSTS 1094/97, de 30 de julio; 1472/98, de 30 de noviembre; 1647/2003, de 3 de diciembre; etc.). Falta de disponibilidad y carencia de posesión, que no se responde con el relato probado.

B) Tampoco que la participación fuere accesoria, menos aún que meramente consistiera en el favorecimiento del favorecedor, lo que supone que no ayudan directamente al tráfico, pero si 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; supuesto donde excepcionalmente cabe la complicidad en el tipo delictivo del ar-

título 368 CP que por expresa voluntad del legislador, conlleva que 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 (STS núm. 260/2009, de 17 de marzo).

El supuesto de autos, resulta en todo caso muy alejado, de los propios ejemplos jurisprudenciales que cita, como concreciones 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 (STS 15 de octubre de 1998 y en igual sentido 28 de enero de 2000).

*d)* la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS 10 de julio de 2001).

*e)* facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS 25 de febrero de 2003).

*f)* realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS 23 de enero de 2003).

*g)* acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS 7 de marzo de 2003).

*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 (STS 30 de marzo de 2004).

Mientras que en autos, reiteramos una vez más, la condena del recurrente deriva de la ocupación de un considerable alijo de droga a su disposición en el interior de la furgoneta, donde únicamente él había accedido.

(STS 795/2014, de 20 de noviembre)

## ARTÍCULOS 369 BIS Y 370.2

*Tráfico de drogas: hallarse en vehículo donde había en el maletero 10 kg de cocaína, sin que sea necesario un contacto directo y material con la sustancia, existiendo disponibilidad sobre ella; transporte de drogas siguiendo órdenes del responsable de organización. Pertenencia a organización delictiva: acusados actuando de común acuerdo y dentro del grupo en que estaban se dedicaban a la adquisición de cocaína y su pago, como a procurarse inmuebles para la custodia y preparación en el laboratorio de la sustancia, jerarquizados y con reparto de funciones; concurso de leyes con delito de organización criminal resultado por el principio de especialidad.*

A) La agravación de las penas relacionadas con el tráfico de drogas para aquellos casos en los que la conducta delictiva se realiza a través de una organización delictiva, forma parte de una idea básica desde el punto de vista de las exigencias de cualquier política criminal. La intensidad de la ofensa al bien jurídico se multiplica

cuando la acción típica no es el fruto de una iniciativa individual, más allá de los ocasionales apoyos con los que el autor pueda contar, sino que aparece como el resultado de una convergencia de voluntades puestas al servicio del delito. Si además esta puesta en común cuenta con una estructura organizativa, con un reparto funcional de cometidos y, en fin, con un organigrama jerarquizado que se subordina al fin delictivo que se persigue, las razones para el incremento de pena están más que justificadas. Esta agravación estuvo ya presente en la redacción del artículo 344 bis a) 6.º del Código Penal 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, pasó a configurar el subtipo agravado número 6 del artículo 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al número 2 del mismo artículo 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión expresa de la agravación previgente, recogida en el número 2.<sup>a</sup> del artículo 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no puede ser interpretada, claro es, como un nuevo enfoque de política criminal. Antes al contrario, el legislador ha considerado oportuno acentuar la sustantividad típica del delito de tráfico de drogas cometido en el seno de una organización y dispensa una regulación individualizada, ahora alojada en el nuevo artículo 369 bis, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. En el segundo párrafo del nuevo artículo 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

La nueva regulación introducida por el artículo 369 bis se aparta de su inmediato precedente, representado por el artículo 369.1.2 del CP. En éste se castigaba la pertenencia a una organización, o asociación «...incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional». En el nuevo texto legal no se hace referencia a la transitoriedad de las organizaciones puestas al servicio del delito.

Esta novedad, sin embargo, es congruente con el renovado enfoque legislativo abanderado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, con arreglo al cual, «...se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Esta definición, en su esencia, es también acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas, en las SSTS 808/2005, de 23 de junio; 763/2007, 26 de septiembre, 1601/2005, 22 de diciembre, 808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 12 de septiembre, con arreglo a la cual, la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura.

En consecuencia, son elementos definitorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada, con un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito (*cf.* STS 112/2012, 23 de febrero).

Desde la perspectiva que centra nuestro interés, esto es, la posible concurrencia entre los tipos penales previstos en el artículo 570 bis, 1.º –pertenencia a una organización– y en el artículo 369 bis –tráfico de drogas ejecutado por quienes pertenezcan a una organización delictiva– la relación ha de ser resuelta, con carácter general y sin excluir otras soluciones alternativas en función de la singularidad del caso concreto, conforme a las reglas propias del concurso aparente de normas y la relación de especialidad descrita en el artículo 8.1 del CP, con arreglo a la cual, el precepto especial (artículo 369 bis) excluiría la aplicación de la norma general (art. 570 bis, 1).

(...)

Se ha dicho en relación con el delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 del CP, que se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión. De ahí que su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, dificulte sobremanera la apreciación del delito en grado de tentativa, en la medida en que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (*cf.* SSTS 766/2008, de 27 de noviembre, 658/2008, de 24 de octubre y 1265/2002, de 1 de julio, entre otras muchas).

(STS 195/2014, de 3 de marzo)

## ARTÍCULOS 390.2, 392 Y 404

*Falsedad documental: Teniente de Alcalde en connivencia con dos particulares: simulación de facturas: ordenar pagos bajo la apariencia de contratos de asesoría jurídica con cargo a sociedades municipales, no efectuando los contratados ninguna contraprestación. Prevaricación de funcionario público: contratación por Teniente de Alcalde y presidente de empresas municipales, de un asesor para la sociedad que, de hecho, realizaba funciones de asesoramiento político del acusado, sin prestación efectiva de servicios, pero percibiendo importantes honorarios, sin atenerse a la normativa de contratación administrativa ni a la de funcionamiento de la entidad: simulación de contratos para dar apariencia de legalidad y obtener un ilícito enriquecimiento a cargo del correlativo empobrecimiento del erario municipal, con la exclusiva finalidad de conceder una prestación*

*mensual a militantes de su partido político. Autor material y cooperadores necesarios «extraneus».*

La sentencia sometida al presente control casacional en el fundamento jurídico segundo, justifica la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que integran el delito de prevaricación administrativa.

La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito –en este caso de Clemente– ni siquiera ha sido cuestionada, basta recordar que a la sazón era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, se trata de un delito especial propio, solo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes –Inocencio y Roberto– es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el artículo 28 del CP, como tales *extraneus* puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del *extraneus*. En tal sentido, SSTs 1493/1999; 501/2000 o 627/2006, entre otras, bien que de acuerdo con el artículo 65 del CP incurran en una penalidad inferior «...los jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado...».

La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta por parte de Inocencio en el primer caso, y con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe entenderse cualquier resolución –escrita o no– que tenga carácter decisorio. En definitiva debe tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general –STS 627/2006–. Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal «...admitiendo la existencia de actos verbales...». STS de 8 de junio 2012.

En relación al caso de autos resulta igualmente claro que la decisión del recurrente de conceder las cantidades reflejadas en el *factum* a dos miembros de su partido afectan a la colectividad en general por cuanto supone un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos. Los contratos y órdenes de pago dados por el recurrente constituyen a no dudar una resolución de carácter decisorio que afectó a los intereses de la comunidad.

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder –STS 727/2000–. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el artículo 9-3 de la Constitución.

Como recuerda esta Sala en las SSTs de 23 de mayo de 1998; de 4 de diciembre de 1998; 766/1999; 2340/2001; 730/2008; 725/2009; 340/2012, y más recientemente 743/2013 de 11 de octubre:

«... Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto

del Ordenamiento Jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa....».

En definitiva y como también se dice en otras resoluciones de esta Sala, la condición arbitraria de la resolución y su manifiesta contradicción con el derecho, se manifiesta cuando lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley –STS 1497/2002– porque –como se dice en el propio hecho probado con reiteración– solo en la voluntad del funcionario encuentra su justificación la decisión concernida.

Basta recordar que en el presente caso, se prescindió de todo procedimiento, se obvió todo trámite para la «contratación», y el soporte contractual solo fue el intento –inútil– de dar apariencia a lo que solo fue la voluntad del recurrente. El mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión, estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones.

Existió un evidente daño a la causa pública.

(...)

Hay que recordar que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el artículo 9-1.º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública –y por tanto también a la Local– en el artículo 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho, por ello, como se recuerda en la STS de 5 de abril de 2000 que cita otra anterior n.º 1526/99 de 2 de noviembre, «...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....».

Finalmente, en relación a la nota de que la resolución sea dolosa, es decir a sabiendas de la injusticia es claro que este elemento debe ser exigido en clave objetiva, es decir, no que la persona concernida reconozca tal ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley, sino que dada la clamorosa arbitrariedad de la resolución y su apartamiento de toda justificación aceptable de la interpretación de la Ley, tal conocimiento de la ilegalidad debe ser declarado, con independencia de que la persona concernida alegue estar actuando correctamente.

(...)

Ya se ha argumentado la imposibilidad de estimar el delito de nombramientos ilegales, y por otra parte no hay ninguna violación del *non bis in idem* al sancionar el hecho además como delito de malversación de fondos públicos.

La doble punición no supone ni una pena excesiva ni un rigor innecesario. Más limitadamente se está ante un doble ataque que integra un doble delito, en el que se atacan bienes jurídicos distintos, prevaricación como manifestación del abuso de poder arbitrario ejercido por el recurrente y malversación de fondos públicos que integran perjuicio para el erario público pues la consecuencia de la resolución preva-

ricadora fue la salida de dinero de las empresas municipales del Ayuntamiento de Jerez, y por tanto, de dinero público en favor de personas por el solo hecho de pertenecer al mismo partido político que la autoridad que así ordenó los pagos, y recordemos que el total malversado ascendió a la más que respetable suma de 206.833,66 €.

Se añade que el recurrente no tenía ánimo de lucro personal y efectivamente así fue, lo que ocurre que el delito de malversación no exige un beneficio para el sustractor. El tipo se satisface con que exista un ánimo de lucro bien para el sustractor o para la persona a la que se le facilita la sustracción o a la que se le entrega el dinero malversado, como es el presente caso.

El recurrente, careciendo de toda competencia y por su simple voluntad como única fundamentación dispuso del erario público acordando pagos a dos personas bajo la apariencia de unos servicios de asesoría que en realidad no existieron –ni podían existir– causando un efectivo daño al erario público.

Es clara su responsabilidad a título de autor material en relación al delito de malversación de fondos públicos. El recurrente tenía *de facto* la disponibilidad de los fondos con independencia que las órdenes de pago dadas por él tuvieran que materializarse en documentos y firmas de otros funcionarios. El propio *factum* nos dice que en relación a Inocencio «...dio órdenes de transferencia a la Entidad Caja Sur... en favor de éste... (Inocencio)». En esta situación el recurrente aunque no tuviera directamente confiados tales caudales, ostentaba poderes y capacidades suficientes para como Vicepresidente disponer y ordenar pagos, aunque después estas órdenes fueran ejecutadas administrativamente, que la intervención de pagos –si es que existió– no se apercibiera de la ilegalidad, no borra ni disminuye la responsabilidad del recurrente, solo podría ampliarse a otras personas por el posible incumplimiento de sus funciones de control, lo que no se ha investigado.

En tal sentido, SSTS 406/2004 de 31 de marzo y más recientemente 18/2014 de 23 de enero.

Insistimos, la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo.

(...)

Es doctrina de esta Sala –SSTS 310/2003 de 7 de marzo, 867/2013 de 22 de septiembre y 9 de junio de 2007–, que los delitos de malversación, prevaricación y de falsedad documental están en relación de concurso de delitos y no de normas, ya que se integran por acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos –pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición pública de los caudales distraídos–, concurre una falsedad documental, deben penarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá –como es el caso actual– un concurso ideal de tres delitos.

El bien jurídico atacado por el delito de malversación son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común.

El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental. Toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen.

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública.

La acción enjuiciada en esta causa ofrece una actividad delictiva trifonte, que da lugar a tres delitos, bien que a efectos de punición estén en concurso medial y sean de aplicación las reglas del artículo 77 del CP. Solo así se satisface el triple disvalor de la acción enjuiciada: la actuación arbitraria fundada en la sola voluntad del autor que da lugar al delito de prevaricación, la apropiación de los caudales públicos que da lugar al delito de malversación de fondos públicos, y, finalmente, la mutación a la verdad documental con el consiguiente perjuicio para el tráfico jurídico especialmente relevante cuando se trata de un funcionario público, que tiene un específico deber de fidelidad en materia documental, como ocurre en el caso de Clemente –artículo 390. 2.º–, sin perjuicio de que también se extienda la autoría de tal delito a los recurrentes Inocencio y Roberto, pero en la modalidad del artículo 392, es decir, del particular que efectúa la falsedad en documento oficial, dada la radical falsedad de los contratos suscritos.

(STS 600/2014, de 3 de septiembre)

## ARTÍCULO 417.1

*Revelación de Secretos por autoridad o funcionario público que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo: Jefe Superior de policía que a través de otro compañero avisa a tercero en el Bar Faisán de operación policial contra el aparato de extorsión de la banda terrorista ETA, motivando que miembro de ésta no pasara a España desde Francia, impidiendo la detención de los implicados y frustrando la operación en marcha, sin que pueda justificarse por no entorpecer un supuesto proceso de paz; policía que recibe orden de su superior, siendo informado de que iba a alertar a miembro de ETA sobre operación en marcha contra su red de extorsión, para poner en contacto telefónico a su superior y al miembro de la organización. Grave daño para la causa pública: revelación de información que frustra e impide la detención de miembros de organización terrorista. Terrorismo: Actos de colaboración: inexistencia: policías que alertan a miembros de ETA de operación contra la red de extorsión de la banda, actuando al cometer la acción pensando que era la manera de acabar con las actividades de la banda, juicio de inferencia que en casación no es posible modificar sin infringir el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.*

Castiga el artículo 417.1 CP a la autoridad o funcionario público que «revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

Por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone:

«Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

5. Secreto profesional.

Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones».

Por tanto, la actuación de los dos acusados, trasladando a los sujetos investigados en una actuación policial y judicial conjunta española-francesa, con un dispositivo desplegado, información acerca de la propia operación y de las posibles detenciones, vulnera el deber específico de secreto que pesaba sobre ellos.

No es posible, como pretende el recurrente, trasladar a este tipo penal los argumentos establecidos en la sentencia para el delito de colaboración con banda armada.

Si los acusados en aras de no perjudicar el proceso de paz negociado hubieran acudido al estamento judicial o policial en cuyo seno se hubiera decidido posponer o suspender la operación, este delito de revelación de secretos no tendría vida. Ahora bien, al no haber actuado así, al haber informado directamente a los propios implicados y a espaldas del operativo en marcha y de las autoridades judiciales implicadas, ello sí que implica un delito de revelación de secretos.

El bien jurídico, señalado en la STS 1249/2003, de 30 de septiembre, como «el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas» se ve frontalmente atacado, pese a la queja del recurrente, en tanto que: en el marco de una operación antiterrorista, comprometidos sobre el terreno efectivos, con dispositivo judicial conjunto español y francés en el marco de la cooperación, se produce por vía de hecho una información que procede de la propia Policía hacia los implicados, con la consiguiente sorpresa de éstos y la posibilidad de movimientos de ocultación de elementos de cargo.

Esa Sala ha enjuiciado y estimado delito de esta naturaleza en situaciones de revelación por agentes policiales de datos conocidos en el ejercicio profesional.

(...)

El delito se consuma en el momento de la revelación del dato, sin que por ello las consideraciones acerca de que los advertidos indebidamente serían detenidos tiempo después, de que hoy están pendientes de juicio, o de que no se consideró posible la detención en Francia, sean relevantes para la comisión o no de este delito, al tratarse de circunstancias posteriores a la consumación delictiva y ajenas.

(...)

El artículo 417 exige daño a la causa pública en su tipo básico (multa e inhabilitación de uno a tres años) y grave daño a la causa pública en su tipo cualificado (prisión e inhabilitación de tres a cinco años).

La sentencia de instancia aplica este subtipo al señalar –folio 46–: «el Tribunal estima que tratándose de una acción de los acusados realizada en el ámbito de la lucha antiterrorista contra el aparato de extorsión de ETA, debe considerarse que su acción causó un grave daño a la causa pública, tal y como pide el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares, independientemente de que dicho aparato de extorsión de ETA fuera detenido el 22 de junio de 2006».

Cierto que se justifica solo el grave daño a la causa pública aludiendo a que se trataba de una información revelada en el marco de esa operación; pero ése es un dato por sí solo trascendente para estimar que se produce con ello grave daño a la causa pública.

La advertencia a León Roque pudo lógica y racionalmente haber supuesto la desaparición de elementos de prueba. De hecho en los antecedentes del *factum* se señala que tras recibir la llamada efectúa avisos al menos a Isidro Octavio, uno de los que se citan como integrantes de la red.

Igualmente se declara probado que estaba en marcha la operación conjunta hispano-francesa para la investigación de los hechos y detención de los implicados en la red de extorsión de ETA denominada GEZI, en el marco de las actuaciones judiciales DP 86/1998, dirigida por el Juzgado Central de Instrucción número 5 y por el Tribunal de Gran Instancia de París, y que el recurrente pretendía mediante la actuación del Inspector Florencio Sergio, avisar a León Roque de que Isidro Octavio no acudiera a España (Bar Faisán, sito en el barrio de Behobia de la localidad de Irún), para evitar la detención de ambos, con motivo de la prevista entrega de 9 millones de pts. al último.

En los precedentes jurisprudenciales citados en relación con el motivo anterior se aplicó en todas el tipo básico. Ahora bien, los criterios allí establecidos no son aquí trasladables pues determinadas circunstancias deben tenerse en consideración. En la STS 1249/2003, se trataba de informaciones de carácter comercial o de antecedentes y datos de vehículos. En la STS 1027/2002, de 3 de junio, en la que se revelaban posibles redadas en clubes de alterne, no fue solicitado por el Fiscal en su recurso el subtipo agravado del artículo 367 párrafo 2 del CP 1973 entonces vigente, por lo que la Sala al acoger el recurso impuso pena por el tipo básico (cuatro años de suspensión y una multa de 150.000 pesetas con arresto sustitutorio), siendo así que la prisión y la pérdida definitiva del empleo de policía ya se imponía por el concurrente delito de cohecho. Finalmente, en la STS 68/2013, de 27 de enero, en cierto modo se viene entre líneas a señalar que la aplicación del tipo básico se debe a que esa es la calificación con la que el recurso ha llegado en casación, pues dice que la conducta del acusado «obstaculiza y entorpece sin duda la investigación y desde luego genera un daño o perjuicio específico en el servicio de investigación al debilitar y desactivar en mayor o menor medida las averiguaciones policiales. Si bien la Sala de instancia no consideró grave a efectos punitivos el daño ocasionado al servicio público, ya que no apreció el subtipo agravado del artículo 417.2 del CP».

Pues bien, frente a la revelación de datos comerciales o la ayuda a clubes de alterne o a un traficante del último escalón, el caso que ahora se enjuicia, de mucha mayor dimensión, supone dar a conocer a los miembros de una red de extorsión terrorista las pesquisas y futuras acciones policiales en marcha, por lo que el daño derivado fácilmente se comprende que es grave por afectar no a una actividad aislada sino a un entramado organizativo de más difícil investigación ante una posible desaparición de pruebas o adopción de medidas precautorias, y ello al margen del intento de favorecer el proceso de negociación, dado que la vía subrepticia elegida suponía una clara quiebra de principios de actuación policial y judicial, con asombro de los propios informados, y que implicaba un menoscabo y entorpecimiento del servicio público y un grave descrédito del funcionamiento institucional de la Administración.

Al respecto, los propios hechos probados relatan en sus últimos párrafos las consecuencias que, para las relaciones policiales y judiciales hispano-francesas, tuvo la detención fallida en España de Isidro Octavio y León Roque.

(...)

Y ciertamente, según reiterada jurisprudencia, que viene a constituir doctrina jurisprudencial pacífica (SSTS 540/2010, de 8 de junio y 659/2012, de 26 de julio, entre otras muchas): «...lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, vigilancias de personas, medios económicos, alojamientos u ocultación de personas, etc. en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva.

Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración –entre otras, STS 29 de noviembre de 1997–, *a*) su carácter residual respecto del delito de integración; *b*) es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito –nuclear o periférico– pero no el de la colaboración; *c*) por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» y *d*) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo».

La acción o conducta del colaborador es, pues, prestar una ayuda a la organización terrorista. Se trata de una conducta que favorece los intereses de la banda: se aporta dinero, armas, se refugia a miembros, se les permite la huida, se evita su detención, se acondicionan locales, se proporciona información; en fin, los supuestos pueden ser muy diversos.

Ciertamente, en este punto resaltan las Acusaciones populares que, sentada esa conducta de ayuda, es indiferente cuál sea el móvil que mueve al agente a realizarla.

Y recuerdan que la indiferencia hacía el móvil que se halla detrás de la conducta de ayuda a la banda ha sido también expresada en la jurisprudencia.

Así:

– en referencia a las acciones de colaboración o ayuda que facilitan cualquiera de las actividades de la organización, dice la STS 540/2010, de 8 de junio, «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... 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...».

– «basta la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito» (STS 797/2005, de 21 de junio).

– La STS 659/2012, de 26 de julio, insiste: «No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del artículo 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideo-

lógicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del artículo 576».

3. Y sobre la distinción anterior –una conducta de ayuda a la banda y un móvil que es indiferente– sostienen las acusaciones populares recurrentes que si los acusados han impedido la detención de la red de extorsión –conducta de ayuda– es irrelevante el móvil que haya guiado esa acción. Arguyen que, como dice la STS 797/2005, de 21 de junio, «no es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad». Afirman que cabe el dolo eventual e incluso la ignorancia deliberada en la conducta favorecedora del artículo 576 CP.

Según ello, quien aporta dinero a la banda comete delito ya lo haga por afinidad ideológica o movido por un miedo superable; o que quien acoge a un terrorista huido comete este delito ya lo haga para facilitar que siga en el comando o por razones humanitarias o religiosas.

En todos esos casos, no existe duda de que, cualquiera que haya sido el móvil, la conducta desplegada (prestar dinero u ocultar a un terrorista) es objetivamente facilitadora de la actividad de la banda. Se trata de una conducta que objetivamente es de ayuda a la banda. Se trata de «una acción que supone una colaboración con la organización terrorista» (STS 797/2005). Y, además, en el plano subjetivo, quien la realiza quiere –dolo directo– o al menos acepta –dolo eventual– o ni siquiera quiere llegar a saber –ignorancia deliberada– que la conducta que despliega va a servir de ayuda a la banda.

(...)

5. En nuestro caso, lo cierto es que la sentencia de instancia afirma no solo que la acción no era objetivamente de ayuda sino que, entrando en el juicio de inferencia sobre la intención de los acusados, sobre su dolo, sobre su conocimiento y voluntad, acaba afirmando que «la finalidad de la acción ejercitada voluntariamente como elemento del dolo, por los acusados fue totalmente muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA y por tanto a realizar la conducta típica prevista en el artículo 576 del CP».

Es decir, a tenor de las pruebas personales practicadas en la instancia, la Sala *a quo* ha venido a considerar que los acusados realizaron su acción al conocer que con ella se favorecía un proceso que acabaría con ETA y al querer acabar así con la actividad de la banda. Dicho de otro modo, según la Audiencia, no realizan su acción con dolo o intención de ayudar a la banda, sino con la contraria de acabar con la misma.

No estamos, pues, solamente ante la posible discusión sobre si la acción era o no objetivamente de ayuda a la banda.

Existe un segundo plano, el del dolo, en el que la Sala de instancia ha sentado que los acusados actuaron al conocer y querer su acción en tanto que pensaban que era la manera de acabar con las actividades de la banda.

Por ello, un entendimiento distinto del conocimiento y voluntad de los acusados exigiría, cuando menos, dar a éstos la oportunidad de expresarse sobre esa cuestión.

Estamos ante un juicio de inferencia, racional y lógico, efectuado en la sede de instancia en la que debió ser efectuado. No es posible su sustitución ahora, en sede casacional, sin infringir con ello el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.

(STS 439/2014, de 10 de julio)

## ARTÍCULOS 432 Y 436

*Malversación de caudales públicos: encargos absurdos e inútiles, siendo sólo la apariencia de su realización para justificar un gasto con dinero público y un lucro en los acusados. Concurso real con delito de fraude a la Administración: pluralidad de acciones, siendo el fraude medio para la comisión de la malversación.*

Con el numeral décimo cuarto de la oposición denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 436 del Código penal, el delito de fraude a la Administración. Sostiene su impugnación afirmando que el delito de fraude se encuentra en situación de «progresión cuantitativa» con el de malversación de manera que producida esa absorbe el anterior fraude, criterio que apoya en la Sentencia 841/2013 de 18 de noviembre.

Este motivo, por error de derecho, plantea una cuestión estrictamente jurídica que no ha sido resuelta de forma unívoca por la jurisprudencia de esta Sala. El recurrente apoya su pretensión de error en la STS 841/2013, de 18 de noviembre que sin llegar a excluir la concurrencia de delitos, considera que en los supuestos que identifica como de «progresión cuantitativa», se produce un concurso de normas de manera que el delito de malversación, artículo 432, consume el de fraude, artículo 436 CP, que referenciado a la conducta de concertarse con los interesados o utilizar un artificio para defraudar a la administración, esta conducta queda absorbida por el posterior delito de malversación cuando éste se consuma pues, de alguna manera, los actos de fraude son actos previos a la malversación.

Lo anterior es plausible y puede concurrir en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento en la sustracción. En estos supuestos el consentimiento típico requiere una previa concertación. Pero esa posibilidad que expresamos no juega con esta intensidad en la modalidad de fraude por la utilización de artificios para defraudar a la administración a los que se refieren este hecho probado.

Lo pusimos de manifiesto en la STS 166/2014 de 28 de febrero en la que dijimos que la anterior Sentencia, la 841/2013, abre una brecha en lo que parecía –solo parecía– doctrina consolidada. Pero salva expresamente los precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.

La STS 199/2012, de 15 de marzo, abordaba también esta cuestión. Aunque no ofrece soluciones tajantes sugiere más bien la tesis del concurso de delitos: «En el segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el artículo 436 del Código Penal (que no 439, como postulaba sólo provisionalmente en la instancia) imputando la autoría de dicho delito DJRF y la responsabilidad penal como cooperadores de los

otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso medial con los demás delitos imputados.

(...)

2. Reiterando una advertencia anterior, cabe subrayar otra vez que la exclusión de condena por este título no aparece de manera específica en la sentencia recurrida, atenta solamente a una ya abandonada acusación por el tipo penal del artículo 439 del Código Penal, a lo sumo cabe recordar que en el inciso final del séptimo fundamento jurídico la Sala de instancia afirma «Naturalmente que pudieron existir negociaciones prohibidas, conciertos para defraudar, sin embargo no pasaban de ser elementos necesarios para la comisión del delito principal». Sin que, por otra parte, muestre la más mínima preocupación por justificar que la relación medial necesaria entre dos infracciones no reciba el tratamiento del artículo 77 del Código Penal sino que merezca, en el parecer del Tribunal de instancia, el tratamiento del concurso de normas.

La también reciente STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: «1. Sostiene la recurrente que se ha producido el error *iuris* en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio *ne bis in idem*. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al artículo 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida (STS de 16 de febrero de 1995).

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (*cf.* SSTS de 7 de septiembre de 2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)».

La malversación del artículo 432 CP es un tipo de resultado en el que la acción típica consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga. La acción típica no requiere de ninguna otra acción por parte del autor que, como funcionario público, debe velar por los caudales públicos a su cargo. Se protege el patrimonio del Estado a través del deber de probidad del funcionario.

Por otra parte, el delito de fraude del artículo 436 CP, se estructura como delito de mera actividad al consistir la acción en concertarse con otros, en principio particulares, o en usar cualquier artificio para defraudar a un ente público. El delito no requiere la efectiva producción de un resultado sino que la mera maquinación para despatrimonializar al Estado realizado por un funcionario ya rellena la tipicidad del delito del artículo 436 CP.

En principio ambos delitos pueden concurrir pues el ámbito respectivo no produce solapamiento alguno que sí existiría por ejemplo, con respecto al delito de fraude y de estafa a la administración. En este supuesto existe una doble previsión

legal respecto a la maquinación, típica de la estafa y del fraude, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos. Esa doble previsión actúa como fundamento de un concurso aparente de normas.

En este sentido, podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado. La malversación no requiere engaño, maquinación o artificio en la disposición. Su concurrencia no aparece en la tipicidad de la malversación, por lo que es factible la subsunción en el delito de fraude, usar artificios, maquinaciones, para defraudar al Estado y en el delito de malversación cuando se produce la sustracción. Se trata de una conducta de mera actividad que no requiera la efectiva despatrimonialización por lo que su concurrencia dará lugar a otra tipicidad, en este caso en la malversación, bien entendido que, como antes se señaló, puede producirse esa progresión que el recurrente postula en los supuestos de malversación por consentimiento y la modalidad de favorecer por connivencia, supuesto que no es el concurrente es el caso de esta casación.

El concurso es de delitos y es un concurso real, por la pluralidad de acciones, siendo el fraude medio para la comisión de la malversación lo que comporta la previsión penológica del artículo 77 CP.

(STS 394/2014, de 7 de mayo)

## ARTÍCULO 570TER 1B

*Concepto de Grupo Criminal y diferencias con organización criminal: la existencia del grupo criminal puede estar dirigida a la comisión de un sólo delito. Integración en grupo criminal: concierto de siete personas con cierta estructura para la comisión de un solo delito tráfico de drogas, con desembarco de importante cantidad de cocaína para su ulterior distribución, existiendo coordinación entre quienes la custodiaron en la embarcación y quienes la recibieron en tierra.*

Se plantea por el Fiscal la modificación del pronunciamiento absolutorio que la sentencia de instancia contiene respecto al delito de pertenencia a grupo criminal. La posibilidad de modificar en casación, por cuestiones jurídicas, las sentencias absolutorias, para condenar al absuelto o para agravar su situación, está aceptada por esta Sala. La STS 309/2014, de 15 de abril, condensa la doctrina al respecto, y concluye que los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos (en el mismo sentido STS 122/2014, de 24 de febrero; 237/2014, de 25 de marzo; 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

Desde este prisma hemos de abordar el recurso que nos ocupa. Se impone el respeto al relato histórico que sustenta la sentencia, lo que, de otro lado, es obligado en atención al cauce impugnativo utilizado.

La Sala sentenciadora explica en el fundamento jurídico cuarto las razones por las que entendió que los hechos probados no son subsumibles en el tipo previsto en el artículo 570, ter 1b). Afirma que la prueba practicada solo permite tener por acreditado que siete personas se pusieron de acuerdo para sacar de un barco una partida de cocaína. Se trata de un solo delito y no hay base para deducir la existencia de una mínima estabilidad entre los partícipes que lo cometen ni que fueran a cometer más.

El recurrente discrepa de la sentencia por exigir al grupo criminal una cierta estabilidad y la finalidad de cometer más de un delito.

La figura de pertenencia a grupo criminal ha sido tratada, entre otras muchas, en la reciente sentencia STS 289/2014, 8 de abril. Siguiendo la misma « la incorporación de este nuevo tipo penal es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo».

Frente a las críticas doctrinales que han cuestionado esta figura, en la idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, señala « la Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal».

La nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 contempla como figuras delictivas diferenciadas la organización criminal y el grupo criminal. El artículo 570 bis define a la organización criminal como: «La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Por su parte el artículo 570 ter *in fine* describe el grupo criminal como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

El grupo se perfila como figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos. La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin

embargo, puede apreciarse aunque no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos.

En palabras de la STS 289/2014, 8 de abril, ya citada, a «diferencia de la organización criminal, que exige para su afirmación la existencia de un «grupo estable o por tiempo indefinido», el grupo criminal debilita ese elemento sustituyéndolo por la exigencia de una relativa permanencia –formación no fortuita– y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones».

Como señala la STS 719/2013, de 9 de octubre, que cita el Fiscal en su recurso: «En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones» de carácter transitorio «o que actúan» aun de modo ocasional» que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una «mínima permanencia» que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeinfluencia. (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de febrero de 1997 y 10 de marzo de 2000 entre otras).

(...)

La segunda cuestión controvertida es si el grupo criminal como figura típica exige la finalidad de cometer un delito o se requieren varios.

En ocasiones esta Sala, tal y como destaca el Tribunal sentenciador, ha afirmado la necesidad de que la agrupación de dos o más personas se forme con la vocación de cometer una pluralidad de delitos. Sin embargo, esas afirmaciones han resultado matizadas, y, como señala la STS 289/2014 «el tipo que castiga la pertenencia al grupo criminal no incorpora ninguna exigencia cuantitativa referida al número de infracciones que han de cometerse para su aplicación. Antes al contrario, la mención a la «comisión concertada y reiterada de faltas», en contraste con la previsión referida a la «perpetración concertada de delitos», apoya la tesis que se suscribe. No es descartable, en fin, la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto. No se olvide que la comisión concertada de delitos –pese al plural empleado– puede ser el fin que inspire la creación del grupo o el objeto –sólo uno– que justifique su existencia.»

O en palabras de la STS 719/2013, de 9 de octubre «El grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente definida. O bien, puede contar con una estructura organizativa interna, con reparto de tareas de manera concertada y coordinada, pero en ese caso, para ser calificado como grupo, no debe perpetuarse en el tiempo, es decir no estar constituido con vocación de permanencia indefinida.

La configuración de este presupuesto no puede basarse en la utilización del plural al redactar el tipo del artículo 570 ter, entendiéndose que exige la perpetración concertada de varios delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. El adjetivo «reiterada» que califica la comisión de las faltas, introduce un elemento diferenciador cuando se refiere a infracciones leves, que no exige cuando se trata de delitos. La pluralidad de la definición legal viene referida a lo cualitativo, es decir a los distintos tipos de delitos, y no a cantidad de los que se pretendan cometer. STS 289/2014 ya citada. Es decir, algo más que el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos reconduciría a coautoría.

Esta interpretación se refuerza a la vista de la redacción de los apartados prece-dentes del mismo artículo 570 ter, 1, en los que se establece la penalidad para esta

figura en función de la naturaleza de los delitos que se pretendieran cometer. El apartado a) que se refiere a los casos en que la finalidad es cometer los delitos mencionados en el artículo 570 bis 3, que son objeto de una sanción agravada, utiliza la expresión «delitos»; el apartado b) habla «de cualquier otro delito grave» y en el c) de «uno o varios delitos menos graves» o «la perpetración reiterada de faltas». Cualquier otra interpretación nos conduciría al absurdo de entender que se requiere que el objeto del grupo sea cometer más de un delito cuando se trate de los que integran un tipo agravado (delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o la trata de seres humanos), y, sin embargo, respecto a los restantes delitos, graves o menos graves, baste uno solo.

A la misma conclusión llegamos al utilizar como pauta de interpretación la Convención de Palermo, a la que recurre la sentencia de instancia.

La Convención de Palermo, o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, firmada por España el 13 de diciembre de 2000 y ratificada mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2.º de la Convención de Palermo se establecen las siguientes definiciones, que constituyen el precedente de los conceptos de organización y grupo criminal introducidos por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal.

a) Por «grupo delictivo organizado» [que equivale, en nuestro ordenamiento interno, al concepto de organización criminal, artículo 570 bis] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

c) Por «grupo estructurado» [que equivale, en nuestro ordenamiento interno, al concepto de grupo criminal, artículo 570 ter] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

La Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, sigue básicamente los criterios de la Convención de Palermo, e impuso la reforma de nuestra Legislación Penal para adaptarnos a los criterios armonizados del Derecho Penal Europeo, lo que se materializó con la LO 5/2010, de 22 de junio.

De acuerdo con la transcrita definición de grupo estructurado, el equivalente al grupo criminal del artículo 570, ter 1.b, in fine, lo determinante es que «no se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito», sin que sea imprescindible que haya surgido con vocación de cometer varios.

(STS 445/2014, de 29 de mayo)

## ARTÍCULO 577

*Asociaciones ilícitas: se consuma cuando la asociación se orienta a la comisión de delitos o cuando decide cometerlos una vez consti-*

*tuida, no siendo necesario la comisión de delito, ni que se haya iniciado la fase de ejecución. Concepto de Terrorismo de raíz islamista radical o yihadista. Enaltecimiento: supuestos de aplicación. Organizaciones terroristas: constituye organización terrorista la Red Ansar Al Mujahideen al tener un aparato financiero, de apoyo operativo y de propaganda, con división de funciones, jerarquización y división del trabajo entre los miembros de cada aparato, utilizando internet para la incitación directa y persistente a cometer actos de terrorismo, a través de la plataforma mediática. Pertenencia a la organización terrorista: «Bibliotecario de Al Qaeda» que difundía a través de internet material de exaltación del terrorismo yihadista y manuales que contribuyen directamente a la captación, adoctrinamiento y formación de militantes de la yihad armada, integrado en organización terrorista de ámbito mundial.*

Como hemos señalado en SSTs 1140/2010 de 29 de diciembre, 480/2009 de 22 de mayo y 503/2008 de 17 de julio la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea del terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan este tipo de conductas.

Así el Tribunal Constitucional abordó la ausencia de definición de delito de terrorismo ya que fue éste, precisamente, el argumento principal del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/88, de 25 de mayo de reforma del CP en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

La cuestión fue resuelta por la STC 89/93, de 12 de marzo. En ella se lee que el «terrorismo» (y también la actuación de «bandas armadas» o de «elementos rebeldes») «aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración –arts. 174.3 y 174.bis.a)–, ciertamente, pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos –artículo 57.bis.a) y artículo 174.bis.b)–, que se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase «–o por infracciones penales determinadas (artículo 233: atentado contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales)».

Y en ella se señala que la expresión «elementos terroristas» «está ya presente en el artículo 1 LO 11/1980 y que la referencia a las «organizaciones terroristas» aparece, por su parte, en los artículos 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros, LO 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación, al igual que los hoy impugnados, por nuestros tribunales penales, en cuya jurisprudencia cabe ya identificar –como no podía ser de otro modo– una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la LO 3/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia, en efecto, la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas». Y que «es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo 27 de enero 1977 para la represión del terrorismo, ratificado por España: BOE 8 octubre 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (Fundamento Jurídico 5.º), establecen criterios objetivos para la

determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (S de 30 agosto de 1990: caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa».

Y aún antes de que la sentencia anterior dejara sentada la doctrina de que la falta de un concepto de terrorismo no afectaba a la Constitución, defendiendo el carácter conocido de dicha noción y el valor de la jurisprudencia a la hora de elaborar uno, la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/1984, de 26 de diciembre sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas y supresión de derechos y libertades en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que introdujo el artículo 520 bis LECr (prolongación de la detención) y reformó los artículos 553 y 579 LECr (detención y registro inmediato), afirmaba «el carácter de constituir un riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos por el terror que su actividad creaba».

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva».

Y en esta misma línea, señalando, como efecto de los grupos terroristas y de los que los sirven, la intención de causar mal –intimidar– a los habitantes de una población o de una colectividad, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 27 de julio de 2003, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herribatasuna, Batasuna, y Euskal Herritarrok, en el fundamento de derecho séptimo decía que «no menos claro sería el menoscabo de derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, especialmente de quienes residen en el País Vasco y viven bajo amenaza de muerte, de exilio o de graves males... reconociendo la sentencia impugnada como probados hechos imputados al partido recurrente en muchos de los cuales es evidente la finalidad de intimidación a categorías o clases enteras de personas».

La sentencia número 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12 de marzo de 2003, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, recuerda que «Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los artículos 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (artículo 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la

Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

Y recuerda que «los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE)».

Y señala que «lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión... Que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia... y lo mismo cabe decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnera los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático».

De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de difundir una situación de inseguridad por la repetición de actividades, con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

En la STS 33/93 de 25 de enero se puede leer que «el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos».

La STS 2/97 de 29 de noviembre, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: «Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo –concepto de obligada referencia en todas esas conductas– 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».

Para la STS 546/2002 de 20 de marzo, «El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador demo-

crático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: *lex scripta, praevia y certa*. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (artículo 3.1 CC). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el artículo 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

Como se lee en la STS 633/2002 de 21 de mayo: «El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian.

La STS 556/2006 de 31 de mayo señala que «el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». El segundo criterio reclama que las acciones incriminables objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquéllos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada».

Por su parte la STS 50/2007 de 19 de enero concluye que «La doctrina examinada, tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Por último la STS 503/2008 de 17 de julio, declara que «el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los

poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo».

Y continúa diciendo: «...la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

Asimismo, continúa diciendo la STS 17 de julio de 2008 aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occiden-

tal del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no solo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues «ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción» (STS número 119/2007).

## CUARTO

El recurrente cuestiona la concurrencia de los requisitos de la organización contemplados en el artículo 570 (agrupación formada por más de 2 personas, carácter estable, tiempo indefinido, reparto de tareas, y la finalidad de cometer delitos) y de la variedad agravada de las organizaciones terroristas, esto es, las que buscan la subver-

sión del orden social establecido por métodos violentos o inhumanos, carácter sistemático en las acciones violentas y relación de jerarquía y estabilidad en el tiempo, para concluir que no ha quedado suficientemente acreditado que la *Red Ansar Al Mujahideen* sea una organización terrorista.

1) Así en la STS 745/2008 de 25 de noviembre, con cita de la STS 421/2003 de 10 de abril, decíamos que en el delito de asociación ilícita, el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

Como expone la STS 234/01 de 3 de mayo, en el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, en hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) el fin de la asociación –en el caso del artículo 515.1, inciso 1.º, CP–, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (STS 28 de octubre de 1997).

Por ello como se señala en la STS 50/2007 de 19 de enero, el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida «no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo». Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

Por último no cabe confundir –dice la STS 415/2005 de 23 de marzo– el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior

comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

Asociación Terrorista será la constituida para cometer delitos de terrorismo o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos.

Por tanto las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, constituyen una modalidad cualificada del delito de asociación ilícita.

El terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los que se basa toda sociedad democrática. También representa uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros de la Unión Europea.

La amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el *modus operandi* de los terroristas y sus partidarios o colaboradores, incluida la sustitución de grupos estructurados y jerarquizados por grupúsculos ligados entre ellos con flexibilidad.

2) En el caso sometido a nuestra revisión casacional la sentencia impugnada considera probado (apartado tercero *factum*) de una parte que la *Red Ansar al Mujahideen* es uno de los grupos más activos de apoyo a la yihad vía internet con una estructura con entidad propia «pero, además, a través del contacto personal de los cuadros directivos de otros grupos yihadistas, la estrategia de los mismos está coordinada, llegando a trabajar en red. La macro-red así constituida forma parte, a la vez, del movimiento de la «yihad global», entendido como un conjunto de medios de comunicación empleados como herramienta al servicio del terrorismo yihadista mundial, que actúan en nombre y beneficio de la línea más radical del Islam.

La autodenominada *Red Ansar Al Mujahideen* está formada por un reducido núcleo dirigente de individuos con una larga trayectoria en plataformas yihadistas en internet, algunos de ellos conocidos desde el año 2005. Todas las decisiones que en su seno se adoptan son consensuadas por un órgano de dirección o Consejo Consultivo, denominado «*Majlis Al Shura*», y son obedecidas por el resto de los componentes del grupo. Los integrantes del «*Majlis Al Shura*» son reconocidos y tratados por terceros como Jeques, y han creado y mantienen una sólida infraestructura en internet orientada a la difusión del ideario yihadista a través de este medio, como paso necesario para alcanzar su objetivo final, que es la financiación, captación, adoctrinamiento y radicalización de simpatizantes para llevar a cabo la yihad armada. Esto último implica tanto el envío de los voluntarios a zonas de conflicto como su formación mediante la difusión de manuales de entrenamiento terrorista para actuar allí donde el adoctrinado resida o en lugares de conflicto.

La *Red Ansar Al Mujahideen* presenta una estructura formal, por su organización; estable, por su continuidad en el tiempo; jerarquizada, por la distribución de misiones y responsabilidades entre sus componentes, de los objetivos yihadistas que persigue, con un número indeterminado de miembros de dirección y numerosos colaboradores y simpatizantes.

La red terrorista que nos ocupa tiene señas de identidad propias y diferenciadoras: un nombre con significado (*Red Ansar Al Mujahideen*, que traducido significa «Red de los Partidarios de los Mujahideen»); un banner (emblema o bandera); un logotipo identificativo; un lema («*In support of the struggle by pen and sword*», que significa «En apoyo de la lucha con la pluma y la espada»), y un ideario públicamente

expresado («Somos yihadistas. La yihad es una obligación en la religión de Dios. Nosotros alabamos a los yihadistas por el camino de Dios»).

Un aspirante obtiene la pertenencia a la *Red Ansar Al Mujahideen* tras mostrar su compromiso con la yihad y la organización, a propuesta de uno de los miembros más veteranos (también llamados «pioneros») que lo avale. La admisión se decide en un Consejo Consultivo de los miembros de la Red. El aspirante se convierte en miembro tras formalizar un juramento de fidelidad a la yihad y a la red a la que quiere pertenecer.

La coordinación de los miembros de la *Red Ansar Al Mujahideen* se lleva a cabo, principalmente, a través de plataformas de comunicación de internet, en especial las salas de Paltalk. Estas salas constituyen el embrión del aparato de propaganda de la Red, dedicado a la captación, adoctrinamiento y formación de simpatizantes de la yihad, extendiendo así las bases de apoyo al movimiento de la yihad global.

Para optimizar la pervivencia de la *Red Ansar Al Mujahideen* y alcanzar sus objetivos, existen en su seno tres estructuras que se distribuyen sus diferentes cometidos:

1. El aparato de financiación. Tiene por función obtener donaciones de aquellos miembros o simpatizantes que disponen de recursos económicos, en especial del Golfo Pérsico y Europa, para garantizar la continuidad de la infraestructura de la *Red Ansar Al Mujahideen* en internet a través de dominios y servidores. Asimismo, se encarga de obtener dinero para ser enviado a los mujahidines en diferentes zonas de conflicto, especialmente Waziristán (zona situada al noroeste de Irak, que limita con Afganistán), así como en algunos casos para subvencionar el viaje de los voluntarios hasta esas mismas zonas (Waziristán, Afganistán, Pakistán).

2. El aparato de apoyo operativo. Es el encargado de mantener contacto con elementos terroristas de las diferentes zonas de conflicto. Este contacto facilita la apertura de vías de tránsito para que los voluntarios captados puedan ser enviados a tales zonas. Los integrantes de este aparato coordinan los envíos de voluntarios y se encargan de que los Jefes de la Red avalen a los voluntarios conocidos y que éstos sean acogidos por los diferentes grupos terroristas en Waziristán, Afganistán, Pakistán, Chechenia, Somalia, u otros lugares a donde son enviados.

3. Y el aparato de propaganda. Se dedica a difundir a través de plataformas de internet, tanto propias como ajenas, todo tipo de documentos y material audiovisual de exaltación de la yihad y de los grupos yihadistas, de la justificación teológica de las acciones terroristas, así como de manuales de formación en el uso de las armas, y fabricación de explosivos y venenos. Todo ello con las finalidades de captación, adoctrinamiento y formación de los terroristas.

Precisamente este aparato de propaganda de la *Red Ansar Al Mujahideen* utiliza una infraestructura basada en plataformas y servicios web de internet, como son los foros, las salas de Paltalk y los repositorios de acceso público. Cada uno de ellos cumple una función específica y complementaria en aquella estrategia de captación, adoctrinamiento y formación terrorista de la Red.

(STS 789/2014, de 2 de diciembre)