

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

ARTÍCULO 14

Error de prohibición: creencia de la licitud del acto; Ministro que entrega regalos a esposas de funcionarios de su ministerio a cargo de fondos reservados

Primero.—En motivo único y amparado en el artículo 849-1º LE Crim., protesta el recurrente por haber estimado indebidamente el Tribunal un error invencible, infringiendo de tal modo el artículo 14 del Código Penal.

El recurrente sostiene que se ha producido la absolución del exministro C., por haber entendido la Audiencia que sufrió un error invencible de prohibición, no obstante tener conocimiento de la ilicitud de sus actos.

Para argumentar de tal modo parte de los hechos probados que de modo objetivo y asépticamente afirman que llevó a cabo un acto de disposición de los fondos depositados en la cuenta NUM043, denominada de material, destinada a gastos reservados.

De la precitada cuenta dispuso de 7.385.860 pts., que descontado el IVA, supuso un gasto de 6.507.364 pts. que destinó, en tres años sucesivos (1990-1993) con ocasión de las Navidades, a obsequios para las esposas de distintos funcionarios del Ministerio del Interior.

Las prenombradas disposiciones, en opinión del recurrente, las realizó el acusado con conocimiento de su ilegalidad, ya que utilizaba una partida presupuestaria que no estaba establecida para este menester, denominada cuenta de material y gastos reservados, en lugar de la que procedía (gastos sociales y de protocolo) al objeto de eludir el control de la Intervención estatal delegada.

El acusado era consciente de que tales gastos debían cargarse en esta cuenta y no en las otras. Insiste el recurrente que aunque hubiere tenido alguna duda sobre la corrección legal de la aplicación de los fondos públicos, debió acudir a los servicios jurídicos del Estado para que esclarecieran la duda.

2. Antes de analizar el caso concreto que se nos plantea, bueno es recordar los criterios o referencias que deben tenerse presentes para poder afirmar que nos hallamos ante un supuesto de error. En tal sentido esta Sala tiene dicho que el error de prohibición se encuentra en función del delito, su naturaleza y las condiciones culturales y personales del sujeto que lo sufre. Dentro de este último apartado deberán constar las condiciones psicológicas y cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obrar.

Por tal razón quedará excluido el error:

a) si el sujeto activo tiene normal conciencia de la antijuricidad de su conducta o al menos sospecha que su comportamiento es contrario a derecho. Bastaría la alta probabilidad de antijuricidad, no la seguridad absoluta de su actuar incorrecto.

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

En suma, si el autor del hecho ha tenido motivos para dudar sobre la antijuricidad de su acción debe cerciorarse de la verdadera situación mediante la autorreflexión y la información en fuente jurídica confiable.

3. La sentencia, en su fundamento jurídico vigésimo tercero, resuelve satisfactoriamente el conflicto.

Para que pueda decirse que una persona se halla en un error es necesario que capte deformadamente la realidad, evidenciándose una discordancia entre lo que realmente es y lo que ella cree.

En nuestro caso el recurrente parte de una base hipotética: que los gastos realizados por el acusado no eran susceptibles de cargarse en el apartado presupuestario de «gastos sociales y de protocolo». Para ello arguye que en el epígrafe correspondiente del Presupuesto, n.º 226-01, no se incluyen de forma expresa «las retribuciones en especie al personal funcionario».

Esta postura dialéctica la califica la sentencia de gratuita, pues los beneficiarios con los obsequios no son funcionarios y por ende no se produce retribución alguna. Y si la evitación de que la retribución sea en especie tiene por objeto desterrar cualquier fraude, en nuestro caso la computación a metálico lo excluía, dada la precisa concreción de la cuantía, como los hechos probados recogen.

No puede haber un error o equivocación cuando el gasto pudo perfectamente ser procedente. Ningún pronunciamiento de la Intervención del Estado existe sobre la incorrección de cargar los obsequios en el apartado antedicho, ni tampoco una doctrina legal o jurisprudencial que así lo establezca. Si el gasto pudo ser ajustado a ley, y en la duda debemos entenderlo así en beneficio del reo, huelga hablar de error.

4. El Tribunal sentenciador de origen, siguiendo el razonamiento, parte de que el acusado, en evitación de cualquier posible dificultad u obstáculo legal que pudiera aducir la Intervención del Estado, acude, no a la cuenta de «protocolo y gastos sociales», sino a la de «gastos reservados de material», dedicados fundamentalmente a la lucha antiterrorista. La adecuación o no de recurrir a esta cuenta podría integrar una irregularidad administrativa, pero no convierte en delictivos los actos de disposición realizados. Las responsabilidades del acusado sólo alcanzarían al orden administrativo o contable.

Bien, pues aun en dicho apartado el Tribunal no excluye que su aplicación estuviera justificada dentro de una correcta política en materia antiterrorista. En momentos álgidos de la lucha contra el terror en que los zarzapos de la banda terrorista ETA se sucedían, resultaba esencial mantener la cohesión, la moral y el buen ambiente del

equipo ministerial en el que la estabilidad y continuidad en los cargos era de fundamental importancia. En este sentido no descarta el Tribunal (criterio valorativo no combatido) que el dinero dispuesto pudiera inscribirse dentro de las finalidades de los gastos reservados. En la duda, este punto de vista debe favorecer al reo y, en consecuencia, no puede hablarse de error cuando existe convicción fundada de actuar conforme a ley, y tal convicción responde o puede responder a la realidad, que se capta tal cual es y no de una manera equivocada o deformada.

5. El Tribunal tuvo en cuenta:

a) que en las cenas de Navidad los obsequios que se entregaron durante los tres años sucesivos tenían plena publicidad.

b) se hacen en fechas significativas y nadie reprochó este comportamiento ni le advirtió de la posible ilegalidad.

c) las compras se hacían en una joyería conocida, contra factura, que incluía el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

Por todo ello el Tribunal concluye que no es clara la distinción entre los subconceptos correspondientes al código presupuestario 226-01 (protocolo y atenciones sociales) y el 226-08 (gastos reservados), amén de que podía resultar factible la subsumición en el primero y en hipótesis excepcionales o delicadas de la lucha antiterrorista, tampoco se excluiría la acomodación del gasto al segundo apartado.

6. Lo dicho hasta ahora justifica el acierto de la decisión absolutoria, aunque la Sala de instancia haya utilizado argumentos de dudosa corrección.

Al recurrente no le falta razón cuando nos habla de la inconsistencia de uno de los acogidos por el Tribunal, pues, en modo alguno puede servir de refuerzo, sobre la creencia de la legalidad de la disposición, la equiparación que se hace con los regalos que reciben los diputados y senadores con ocasión de las fiestas navideñas. En estas últimas hipótesis la legalidad es incontestable. La tradición de estos regalos se halla arraigada, ha perdurado en el tiempo y además son sufragados con el dinero de una partida destinada a tal finalidad, previo control del gasto. El regalo se hacía al diputado o diputada y no al cónyuge y eran aprobados por el Pleno del Congreso, como un gasto más del Presupuesto.

No obstante, la futilidad del argumento no oscurece las conclusiones avaladas por otras probanzas de mayor peso, ya reseñadas.

7. Tampoco la aplicación alternativa o subsidiaria que el Tribunal hace del error, invencible y vencible, resulta plenamente clara. Sería preciso puntualizar sobre este extremo. Comienza admitiendo la existencia de un error esencial de prohibición, lógicamente para la hipótesis, no probada, de que la disposición de los bienes no fuera conforme a derecho, de acuerdo con los dos subconceptos presupuestarios antes referidos.

Sin embargo, la alegación debió quedar en este punto. Pero, como admite a efectos dialécticos que el error pudo calificarse de vencible, nos dice la Audiencia que la culpabilidad quedaría también excluida, por considerar que en todo caso el delito precisa de un «ánimo de lucro» que no concurría en el acusado.

El argumento resulta innecesario y contrario a la tesis que la sentencia mantiene, ya que de estimarse la atenuación del error vencible (que el propio Tribunal menciona a efectos dialécticos), la pena debía reducirse en uno o dos grados, cualquiera que sea la teoría que se entienda acogida en el artículo 14 C.P. (teoría del dolo o de la culpabilidad), pues a diferencia de la regulación del error de tipo que se remite a una posible condena por delito imprudente cuando el error es vencible; en el vencible de prohibición no se precisa de tal condicionamiento y debe imponerse siempre la pena atenuada.

Por lo demás, aunque no posea virtualidad, dada la inoperancia del argumento, a los solos efectos retóricos debe quedar sentado que el ánimo de lucro no queda excluido en el acusado por el hecho de que al disponer del dinero ajeno (apropiación) lo hiciera en beneficio de terceros, pues el *animus lucrandi* existe, por más que la apropiación del dinero se realice con propósitos de ulterior beneficencia o con fines altruistas.

Sí constituye un hecho de singular relevancia para calificar el posible error concurrente de invencible que el destino de los bienes no sea el lucro propio, circunstancia que lo aleja del reproche que pudieron merecer los otros altos cargos del Ministerio del Interior.

El motivo, y con él el recurso, debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 22.2

Agravante de disfraz: requisitos. Es de aplicación la agravante aunque la utilización del dispositivo dirigido a impedir la identificación, no evite ser reconocido por las personas presentes en el hecho. Lo decisivo es que sea hábil, en abstracto, para procurar evitar la identificación, aunque en el supuesto concreto no se logre

Segundo.—El correlativo se formula por infracción de ley al amparo del artículo 849 de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 22.2 CP que contempla como circunstancia agravante la de ejecutar el hecho mediante disfraz.

Alega el recurrente que es requisito de la agravante el que haya resultado eficaz a los efectos pretendidos, resultando de los propios hechos probados que no lo fue.

Pues bien, el *factum* lo que viene a describir es que el procesado Lucas, tapándose parcialmente la cara impidiendo que se viera la totalidad de la misma... entró en el bar donde ocurrieron los hechos. Y en el fundamento de derecho cuarto la Sala de instancia completa la narración, indicando que Lucas cubría su rostro del borde de la nariz hacia abajo, con una bufanda, y finalizando al decir que la ocultación del rostro se mantuvo durante todo el *iter criminis*, ya que existía al iniciar el robo, al degenerar en una doble acción homicida y para consumir seguidamente la sustracción del dinero.

Hubo, por tanto, un ocultamiento parcial del rostro que se mantuvo durante el acaecimiento de todos los hechos de autos.

Es doctrina de esta Sala, en primer lugar, que tres son los requisitos para la estimación de esta agravante:

- a) **Objetivo:** consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual.
- b) **Subjetivo:** propósito de facilitar la ejecución del delito o evitar su identificación, rehuyendo responsabilidades.
- c) **Cronológico:** según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después de tal momento (SSTS de 17-junio-99; 15-septiembre-99; y 10-mayo-2001).

Y, en segundo lugar, que igualmente procederá la apreciación de la agravante – como hace notar la primera de las sentencias invocadas en el anterior epígrafe– «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS de 17 de junio de 1999).

Partiendo de la jurisprudencia citada, no cabe admitir reproche en la decisión del Tribunal *a quo* que estimó aplicable la circunstancia de agravación del artículo 22.2 del Código Penal, que viene a sancionar el plus de ilicitud y reproche que merece buscar la impunidad, ocultando la identidad física.

(Sentencia de 5 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 65

Participación del extraneus en delito especial impropio (situación antes de la reforma L.O. 15/2003)

Vigésimo sexto.–4. Asiste razón al recurrente cuando afirma que él no tenía la disposición de los bienes públicos que en definitiva fueron malversados y es cierto que tal circunstancia, prevista en el artículo 432-1º C.P., se exige como elemento tipológico imprescindible para que pueda nacer el delito de malversación de caudales.

Sin embargo, cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente de esta Sala viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al n.º 1.º del artículo 28 C.P. pero sí puede hacerlo, según el n.º 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios.

En nuestro caso tampoco sería posible aplicar el correlativo común (apropiación indebida), pues también en ese tipo delictivo (art. 252, en relación al 249 y 250 C.P.) se exige que el autor del hecho haya recibido los bienes en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, esto es, igualmente se requiere una legítima posesión previa o capacidad material o jurídica de disposición sobre los bienes apropiados, que el recurrente no tenía.

No se nos pasa por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser –el inductor, cooperador necesario o cómplice– funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del artículo 21 C.P. y no con el

artículo 65. Mas, tal anomalía ya ha sido corregida en la reforma del Código Penal, que ha entrado en vigor el pasado primero de octubre, incluyendo la previsión legal en el n.º 3 del artículo 65 C.P.

Pero como tenemos dicho, este Sala se viene inclinando por responsabilizar al partícipe, por inducción o cooperación necesaria (*extraneus*), al mismo nivel punitivo que el autor del n.º 1 del artículo 28 C.P., con la aplicación de una atenuante (*vid. SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 11 de junio de 2002, con cita, a su vez, de otras muchas*).

5. Dicho lo anterior, es necesario dar un paso más y admitiendo que el recurrente era conocedor del origen de los fondos percibidos y de la ilegalidad de su percepción, hemos de preguntarnos sobre su responsabilidad en el delito que se le imputa. Sería preciso la aportación del esfuerzo propio a la causación del hecho criminal, ya que el acuerdo previo no le hace responsable de los hechos ejecutados por los demás.

En aras a la determinación del aporte causal al hecho hemos de partir de dos premisas, que se imponen insoslayablemente para discernir la cuestión:

- conducta desplegada por el agente, según hechos probados, susceptible de complementarse con afirmaciones fácticas de la fundamentación jurídica.
- calificación jurídica dentro de cualquiera de las modalidades conductuales de participación en el hecho (inductor o cooperador, necesario o no necesario).

Sobre el primer extremo ninguna precisión se hace en hechos probados que vaya más allá de la entrega de los fondos públicos por parte de R.V. y la recepción del numerario por el recurrente para su enriquecimiento personal.

En la fundamentación jurídica se precisan los actos participativos, contrayéndose exclusivamente a la existencia de un acuerdo previo de entregar y recibir, y en base a ese acuerdo se halla «una cooperación que incluye formas inductivas evidentes, estimando que la iniciativa de los beneficiados fue causa de las sustracciones».

Apunta el Tribunal inferior la inclusión de las conductas de cooperación del «*extraneus*» en los tipos de delitos propios, pero sigue sin concretar en que consistió la posible inducción o cooperación, pues el hecho de aceptar la entrega de una cantidad de fondos públicos que tenían otro destino, no supone por sí restricción alguna frente al que tenía la disposición de los mismos, ni cooperación esencial dirigida a perfeccionar el delito.

6. En los mismos hechos probados se dice «que cuando llegó a F.C. un cheque millonario, teóricamente para su lucro, ordenó ingresarlo en la Caja de la Guardia Civil».

Ni se estima razonable la inducción de un inferior frente a un superior jerárquico, ni el hecho de poseer voluntad de aceptar un dinero es condición necesaria para desprenderse de él el que lo entrega, pues el custodio responsable puede realizar o no el acto de disposición con plena libertad, conservando en todo caso el dominio del hecho y siendo su decisión independiente de la voluntad del virtual beneficiario de aceptar o no el regalo.

De existir alguna forma subrepticia de inducción o de intervención decisiva (cooperación) debió expresarse así en el *factum* o en la fundamentación jurídica. No haciéndolo se echa en falta la demostración de la participación delictiva del recurrente, que podrá estar teñida de ilicitud administrativa, pero no integra delito alguno. Sí comete delito el acusado R.V. como custodio y disponente de los bienes públicos, de ahí que la cantidad recibida por el recurrente, por cierto, íntegramente restituida, deba caer en comiso, como objeto del delito, a tenor de lo que establece el Código Penal entre sus consecuencias accesorias (art. 127 C.P.).

En conclusión, el motivo debe merecer acogida.

Vigésimo octavo.—En el siguiente motivo, también por infracción de ley (art. 849.1.º LECrim.), considera indebidamente aplicado el artículo 432.1.º C.P.

1. En el fondo el motivo es coincidente, en lo sustancial, con el número 4.º de los planteados por L.R.

Integrado el desvalor de la acción del delito de malversación por la infracción de los deberes de fidelidad que afectan al funcionario a quien se le confían los caudales públicos para su custodia, es visto que los que recibió el acusado no estaban a su cargo, faltando así, uno de los elementos configuradores del delito del artículo 432.1.º C.P.

Pone a su vez en entredicho, y no le falta razón, la participación en el delito, negando que realizara actos de cooperación necesaria o inducción y, en caso de tener alguna intervención, la intensidad objetiva del aporte al delito y el momento en que se realiza (fase de preparación) excluiría la autoría del hecho.

Asimismo argumenta que, aunque el dinero no le hubiera sido entregado para pago de un confidente de la Policía sino para hacerlo propio, lo hubiera visto lógico y lo hubiera tomado en el entendimiento de que tal indemnización tendría una finalidad compensatoria por los daños y perjuicios que implican el constituir un permanente objetivo de una banda terrorista. De ahí que la culpabilidad debió quedar excluida por razones de error de significación al haber actuado con pleno convencimiento de que la entrega recibida era justa y debida.

2. Frente a tal planteamiento son válidos los argumentos utilizados para resolver el mismo motivo de L.R.

El acusado, según la convicción del Tribunal, asentada en pruebas fiables, era conocedor de la irregularidad o ilegalidad de la entrega, que formaba parte del despilfarro o aplicación desviada de unos caudales públicos en beneficio privado de altos cargos del Departamento de Interior.

El recurrente intervino en esta apropiación ilegal, acordando con el dador del dinero la entrega de una determinada cantidad que recibió e hizo propia con propósitos lucrativos.

3. Acerca de si debe merecer acogida la alegación de que el recurrente no tenía capacidad para decidir el destino de los bienes, en razón del cargo que ocupaba, debemos insistir en que hallándonos ante un delito especial que sólo puede cometer el funcionario o autoridad que en tal concepto tenga a su disposición la custodia del dinero o efectos públicos de los que ilegalmente dispone para lucro propio o de terceros, es indudable que tal condición no se daba en el recurrente.

No dándose en él tal circunstancia nos hallaríamos, teóricamente, ante un caso de participación del «*extraneus*» en el delito, que conforme al artículo 65 n.º 3 C.P. que entró en vigor el 1 de octubre último permite bajar un grado la pena (art. 2.2, 65.3.º y disposición transitoria 1.ª del C.P.).

4. Sigue faltando en este caso, como en el del anterior recurrente, la concreción de la participación o aporte material al delito.

Ni en hechos probados ni en la fundamentación jurídica se describe conducta alguna que no sea la recepción voluntaria de los caudales públicos en propio beneficio, pero ninguna forma inductiva ejercida sobre el dador de los fondos se aprecia, ni su intervención o colaboración (esencial o secundaria) al hacer propio el dinero fue determinante de la entrega, ni en definitiva resulta acreditada colaboración o intervención alguna para poder responsabilizarle de un hecho delictivo que debe atribuirse exclusivamente a R.V.

Las situaciones de este recurrente y de L.R. no tienen nada que ver con la del acusado R.C., que aun no siendo el depositario y custodio de los bienes, sí fue el instigador o generador del delito, con influencia decisiva, consecuencia de las reuniones

celebradas en el «Cenador de Salvador» (Moralzarzal) y «El Molino» de Algete. Las influencias en la gestación de la idea criminal, entre el Secretario de Estado y los dos (de la Policía y de la Guardia Civil), fueron recíprocamente influyentes y decisivas. Esa situación no se dió en el recurrente, por lo que a falta de la determinación de una intervención inductiva o de eficaz cooperación al hecho delictivo, debe decretarse la absolución, sin perjuicio del comiso del dinero, que fue objeto de restitución.

Estimando este motivo, carece de todo interés pronunciarse sobre los dos siguientes.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 68

Posibilidades concursales entre delitos de detención ilegal y lesiones: supuestos en los que procede el concurso real y no el medial previsto en el artículo 77

Vigesimotercero.—Recorre en este motivo el error de derecho por la infracción del artículo 68 del Código Penal al declarar que los delitos de secuestro y de lesiones concurren realmente, desestimando la existencia de un concurso ideal-medial.

En el desarrollo argumentativo del motivo alude a la existencia, no de un concurso de delitos, sino de normas, considerando que las lesiones producidas se consumen en la detención ilegal o secuestro.

El motivo se desestima. Lo que produce las lesiones físicas que padeció la perjudicada no se derivan del secuestro, de la detención ilegal prolongada, sino de las condiciones de secuestro, sin posibilidad de deambular, en oscuridad, con la comida racionada, etc. Por lo tanto, es una acción independiente de la privación de libertad la que causa las lesiones que no son mera consecuencia de una privación de libertad, sino de las condiciones en las que ésta se realizó. Por lo tanto, una acción distinta que produce un resultado subsumible en el artículo 420 del Código Penal, no como consecuencia accesoria de la privación de libertad sino como resultado independiente de la privación de libertad. Considerada existente una pluralidad de acciones que producen resultados distintos, tampoco podemos considerar que esos delitos concurren idealmente, como medio a fin, sino que ambos son independientes.

En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al artículo 77 del Código Penal de 1995, un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia dependiente de la voluntad del autor. «El artículo 77 se refiere a medios necesarios, es decir, ineludibles por parte del autor», STS de 18 de diciembre de 2002. Este criterio admite excepciones, así en la STS de 9 de octubre de 2002, con cita de otras de la Sala, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos».

El artículo 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva.

tiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

Los ejemplos en nuestra jurisprudencia son varios: hemos excluido la relación concursal medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo era el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento. Pero estos pronunciamientos no son igualmente precisos al estudiar la concurrencia del delito de detención ilegal y el robo violento, con resoluciones afirmando el concurso ideal, STS de 9 de octubre de 2002, y el concurso real, STS de 18 de diciembre de 2002, a las que antes nos referíamos.

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien, tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de Leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos Leyes en aplicación simultánea.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo, la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 74

Relación del delito continuado con los principios de non bis in idem y res iudicata. Delimitación conceptual y ámbito del primero

Segundo.—El primero de los motivos del recurso se articula por infracción de preceptos constitucionales al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 849.1 de la LECrim, por haberse vulnerado los principios *non bis in idem*, de legalidad y de tipicidad del artículo 25 de la Constitución Española y los derechos a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión, al Juez imparcial y ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías del artículo 24.1

y 2 de la Constitución, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del artículo 9.3 de dicha norma, al existir cosa juzgada.

1. La esencia del motivo se centra, como queda expuesto en el breve extracto de su contenido, en la supuesta infracción del principio *non bis in idem* y, en particular, del principio de la cosa juzgada (*res iudicata*), principios que tienen su arraigo en el de legalidad, de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, recogidos en la Constitución.

El soporte argumental de tal planteamiento lo encuentra en que R.V. ya ha sido enjuiciado y sentenciado (caso Marey y caso Lasa-Zabala) en dos procesos anteriores por delito continuado de malversación de caudales públicos; e igualmente la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid ha juzgado a dicho acusado a pesar de existir un previo auto de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, resolución firme y definitiva, referida exactamente a los mismos hechos.

Analiza a lo largo del motivo la doctrina y jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem*, tanto en su vertiente material o sustantiva como procesal, destacando la imposibilidad de la doble punición y prohibición de doble proceso.

Hace hincapié en la doctrina jurisprudencial en la que se establecen los límites de la cosa juzgada, concretándolos en el hecho y en la persona inculpada. Ni la identidad de quienes ejercitan la acción ni el título por el que se acusó o precepto penal en que se fundó la acusación tienen transcendencia alguna.

La exposición que realiza el recurrente es correcta en sus planteamientos teóricos, pero a la hora de descender al caso concreto llega a conclusiones incorrectas, fruto de la confusión o inclusión dentro del principio de *non bis in idem* o *res iudicata* del fenómeno del delito continuado, al que quiere aplicar idéntica doctrina, cuando sólo en algunos casos sería posible hacerlo.

Tal confusión o conmixtión traslucida en el motivo articulado no ha pasado desapercibida para el Tribunal de instancia, que ya se hizo eco de ella en el fundamento jurídico decimoséptimo, cuando afirma, con razón, «que la cosa juzgada y el *bis in idem* son conceptos distintos que, a veces, coinciden y a veces no, pues siempre que hay cosa juzgada, una nueva sanción supondría un *bis in idem*, pero puede haber casos de *bis in idem*, sin cosa juzgada».

2. Deberemos comenzar, para dar cumplida respuesta al motivo, por indagar, en los tres supuestos aludidos por el recurrente objeto de sendos procesos, si existió cosa juzgada con relación al presente. Éstos son:

– Caso Segundo Marey, al que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1998 (causa especial 2530/95).

– El caso Lasa-Zabala, en el que se acusaba a R.V. como autor de un delito de malversación de caudales públicos, del que resultó absuelto, según reza el fallo de la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2000, confirmada en este punto por la número 1.179/2001 de esta Sala.

– Auto de sobreseimiento y archivo de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid (28 de febrero de 1995) que confirma el del Juzgado de Instrucción número 20 de dicha capital de 26 de septiembre de 1994.

Es obvio que de las dos identidades que simultáneamente deben concurrir para incidir en el *non bis in idem* se da la coincidencia subjetiva, por cuanto los tres procesos se refieren al recurrente. Examinaremos en cada uno de ellos la posibilidad de identidad objetiva o sustento fáctico de los mismos. Hemos de recordar que estas cuestiones fueron abordadas y recibieron cabal respuesta por la Audiencia Provincial,

tanto en el auto resolviendo cuestiones previas de 28 de septiembre de 2001, como en la propia sentencia combatida (fundamento jurídico segundo).

3. En relación al primero de los procesos que acabamos de referir (caso Segundo Marey), se condenó a R.V. por un delito simple de malversación de caudales públicos, al haber aplicado un millón de francos franceses, provenientes de los fondos reservados, al secuestro de un ciudadano. La autonomía e independencia de aquella causa penal resultaba justificada procesalmente, ya que el hecho principal enjuiciado (secuestro condicional) iba acompañado de otro delito calificado de medio necesario, integrado por la malversación de caudales; de ahí, que el concurso medial a que fue condenado el recurrente (art. 77 CP), imponía su enjuiciamiento conjunto y autónomo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 300 y 17.3 LECrim.

En lo que ahora nos afecta, los hechos sobre los que versó el proceso no eran coincidentes con los que se conocen en la presente causa. Ni la acción, ni el dinero sustraído, ni su aplicación, ni la finalidad del delito coincidían con el que ahora se juzga.

Faltando la identidad objetiva, esto es, siendo distintos los hechos enjuiciados en una y otra causa, no puede hablarse de *res iudicata*.

4. Lo mismo cabe decir de la causa Lasa-Zabala. En ella se absolvió a R.V. del delito de malversación de caudales, pero del análisis de las imputaciones realizadas al recurrente, ninguna de ellas coincide con los hechos que se atribuyen y por los que se condena en esta causa. Además, a diferencia del supuesto anterior que podría integrar parte de un complejo delictivo continuado (contemplando simultáneamente los hechos del caso Marey y los de este asunto), no resultaba posible en esta hipótesis, dada la absolución acordada. Dicho fallo absolutorio nos está indicando, o que no se acreditó la existencia de hechos integrantes de un delito de malversación de caudales públicos, o que de existir no tuvo participación en ellos el impugnante.

5. Por último, ninguna identidad fáctica se detecta en la materia delictiva objeto de la investigación realizada por el Juzgado de Instrucción número 20 de Madrid que concluyó con el auto de sobreseimiento y archivo de 29 de septiembre de 1994, a raíz de una denuncia de R.M.

Se denunciaba que ciertas personas (hasta el número de siete) fueron posibles receptores de cantidades de dinero de una cuenta de la que disponía de firma el recurrente, R.V., y los funcionarios M. y S., bastando dos firmas para autorizar los pagos.

El impugnante pretende establecer una identidad en los hechos, dada la genérica referencia a una posible disposición de fondos reservados y considerar sobreseídos libremente referidos hechos con el carácter de cosa juzgada, entre los cuales deberían incluirse los que son objeto del presente proceso. La cuestión fue resuelta en el auto dictado por la Audiencia al comienzo de las sesiones del juicio oral al responder a las cuestiones previas alegadas, reiterando en la sentencia los mismos argumentos resolutivos, que esta Sala de casación acepta y asume.

Los hechos no fueron los mismos, dada la generalidad y ambigüedad de la denuncia; los supuestos beneficiarios de los pagos eran otros; el objeto de la denuncia no se investigó, por lo que no pudo precisarse su alcance. Ello aparte, el sobreseimiento y archivo tuvo carácter provisional.

Las razones fueron contundentes, teniendo en la LECrim. el adecuado respaldo jurídico. En el procedimiento ordinario le está vedado al instructor acordar el sobreseimiento libre (arts. 634 ss.) y en el abreviado, el Juez no puede acordar dicha clase de sobreseimiento salvo que lo hayan solicitado todas las acusaciones (art. 790.3.º LECrim) o bien, redactado escrito acusatorio por el Fiscal o acusación particular, de su relato fáctico resulte que los hechos no constituyen delito (art. 790.6, en relación al 637.2 LECrim). Como quiera que estos supuestos no concurren en nuestro

caso, sea cual fuere la calificación que el Instructor le atribuya al sobreseimiento, sólo cabe el provisional, dada la indeterminación del *thema decidendi*. La intervención de la Audiencia para confirmar el auto no modifica la naturaleza provisional del mismo.

6. La defensa del recurrente en el acto solemne de la vista en casación adicionó otros argumentos para desmontar los razonamientos del auto y sentencia del Tribunal de origen. Precisó que, aunque el sobreseimiento libre sólo fuera posible en el procedimiento ordinario, la resolución de la Audiencia Provincial, al confirmar el auto del Instructor, suponía una decisión propia del órgano adecuado; estimando, a su vez, que el procedimiento a seguir debía ser el ordinario, dado que las penas asignadas al supuesto fáctico, en la legalidad penal vigente a la sazón, eran de reclusión menor, lo que determinaba que los hechos que se estaban conociendo fueran los propios de un sumario.

Sin embargo, no reparó que el nivel de investigación no llegó a precisar los hechos y las diligencias no rebasaron el trámite de las previas, y las diligencias previas forman parte del procedimiento abreviado, antes de urgencia (art. 789.2.º, ahora 774 LECrim). Los sobreseimientos decretados en previas deben incardinarse en el apartado de los provisionales.

El argumento tampoco es atendible.

7. Excluida la posibilidad de incidir en una *res indicata* o infracción del principio *non bis in idem*, resta analizar la influencia de la consideración conjunta como delito continuado, tanto de los hechos conocidos en esta causa como los que fueron objeto de condena en la del caso de Segundo Marey.

La disposición de fondos en aquel proceso se produjo en el año 1983, cuando ya R.V. había entregado dinero a S., por lo que el acto apropiativo se halla dentro del lapso temporal en el que se desarrollan todas las apropiaciones de fondos públicos que integran el delito continuado de malversación que nos ocupa.

El recurrente, trasladando la doctrina de la cosa juzgada al delito continuado, sostiene que para evitar el *non bis in idem* no es posible conocer unos hechos que integran delito continuado, para de nuevo enjuiciarse y condenarse por ese delito añadiendo otros hechos, que jurídicamente estarían refundidos en el fenómeno de la continuidad ya juzgado.

El planteamiento es equívoco; ya dijimos que cabe excederse de las previsiones penales sustantivas, con quebrantamiento del principio de legalidad o tipicidad (incurriendo en un *bis in idem*) si por el enjuiciamiento separado de los diversos delitos, que teóricamente integran una continuidad delictiva, se rebasan los límites punitivos que el legislador tiene previstos para estos supuestos.

Existiendo tal posibilidad habría que realizar matizaciones y en esta ocasión sirve de referencia el caso de L.R., que el recurrente pariguala con el que a él le afecta. Si en el caso R., ya se juzgó por delito continuado y cualificado de malversación de caudales públicos, el descubrimiento y enjuiciamiento posterior de otros hechos de esta naturaleza, susceptibles de integrarse dentro de los límites espacio-temporales de la continuidad delictiva, no tendrían ninguna repercusión o incidencia en la imposición de la pena, pues el legislador, al asignar sanción en el juicio de proporcionalidad, engloba todo el desvalor de la conducta. El segundo juicio no procedería o debería anularse, por efecto del *non bis in idem*, o mejor, vulneración del principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad entre el hecho cometido y las penas asignadas. Ello sin perjuicio de la restitución, por vía administrativa o contable, de los fondos públicos, cuya sustracción se descubrió después.

Pero nuestro caso es distinto.

En la causa de Segundo Marey sólo se reconoce un hecho, sin continuidad delictiva y además sin cualificación, distinto, desde la óptica del juicio de subsunción, al que se

contempla en esta causa (número 2 del art. 432 CP) y además se hallaba en concurso medial con otro delito. La pena mínima por el hecho objeto de esta causa es de cuatro años de prisión. Por el de Segundo Marey se impuso, según los atinados razonamientos de la Audiencia, una exasperación punitiva, que en el caso más favorable al recurrente, no superó un año de prisión. Y ello es así, por cuanto al formar un concurso medial de delitos, subespecie del concurso real, que nuestro Código equipara en orden a su punición al concurso ideal, ha provocado un cambio de valoración jurídica de sus componentes (delito medio necesario-delito fin), que reduce la sanción penal merced a la imposición de la pena agravada de un sólo delito, salvo que resulte más benévola para el acusado penar ambos por separado. En suma, excluyendo el enjuiciamiento de estos hechos, se privaría de vigencia a la norma penal que el legislador previó para estos casos, al neutralizar el despliegue de la virtualidad punitiva prevista.

8. Justificado procesalmente el seguimiento de dos procedimientos (podían haber sido más), es necesario recurrir, en aras a la estricta imperatividad del Derecho Penal material, a la reglas especiales para la aplicación de las penas, previstas en el Código para estos supuestos (arts. 73-79 CP).

La previsión legal limitativa de la penalidad en los casos de concurso real de delitos se halla específicamente contemplada dentro de esta normativa. Pero no ocurre lo mismo en relación al delito continuado, al no existir una específica norma que regule la situación, por lo que hemos de remitirnos al artículo 74 CP, en el que se prevé el fenómeno de la continuidad y los límites sancionatorios que el legislador ha establecido.

Ciertamente, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado invocan una doctrina jurisprudencial que impide la consideración de la continuidad, cuando los hechos que merecerían tal tratamiento conjunto se han visto en procesos diferentes (*vid.*, por todas, STS de 24 de enero de 2002), que nos dice «... la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos...». Mas, tal doctrina debemos entenderla en el sentido de imposibilidad formal de apreciarla en un proceso en el que no se contemplan parte de los hechos; pero desde el punto de vista material, en una consideración *ex post*, se infringiría el principio de legalidad, tipicidad, prohibición de arbitrariedad, *non bis in idem*, etc., aludidos en el motivo, si no se hiciera, en trance de individualizar la pena, una consideración conjunta de todo el complejo continuado.

9. Precisamente el fracaso del motivo proviene del hecho patente de que la Audiencia Provincial ha reconocido la continuidad delictiva, lo que no deslegitima la existencia de dos procesos, dada su justificación procesal; y del mismo modo que, certeramente, se ha rechazado cualquier acumulación de ésta a otras causas, no se ha dejado de contemplar en su globalidad esa manifestación delictiva configuradora del delito continuado. Huelga ahora cualquier consideración del sentido y amplitud del término empleado por el artículo 74 CP «idéntica ocasión», pues con mayor o menor flexibilidad hermenéutica, el juzgador de origen ha reconocido la posibilidad técnica de apreciar la continuidad delictiva. El acusado se sirvió de la misma situación propiciadora de la comisión del delito, dado el cargo que ostentaba, las facultades intrínsecas de disponer que poseía y el carácter reservado de los fondos que administraba; todo ello generaba una oportunidad especial y prolongada en el tiempo (para ejecutar actos delictivos homogéneos) que puede calificarse de «idéntica ocasión».

El Tribunal salvó, con indudable rigor jurídico, cualquier exceso en la pena o duplicidad en la consideración de los individuales actos ilícitos integrantes del delito continuado, mostrando un escrupuloso respeto por el principio de proporcionalidad penal ínsito en el de legalidad y tipicidad, específicamente reconocido, a nivel teórico,

en el marco de la Unión Europea, en el artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, aprobado en Niza el 7 de diciembre de 2000, en el que se declaraba que «... la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...». El límite sancionador era de ocho años, que en sopesada y razonada individualización entendió el Tribunal que se hizo merecedor el recurrente y que redujo a siete años después de un análisis ponderado y correcto de los criterios utilizados por el Tribunal sentenciador, en el caso de Segundo Marey, para fijar la pena concreta.

La facultad de señalar la cantidad de pena es función del Tribunal de instancia, habiéndolo hecho con sobrados y exhaustivos argumentos, que excluyen cualquier duplicidad o exceso en la sanción finalmente asignada al recurrente. El criterio resolutivo tiene un precedente próximo en la doctrina de esta Sala, que recoge la reciente sentencia de 20 de abril de 2004.

No existe cosa juzgada, ni se ha infringido el principio *non bis in idem*, con todas las vulneraciones accesorias de derechos de carácter constitucional que puedan implicar, aludidas en la formulación del motivo, el cual debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 89 (EN REDACCIÓN DADA POR LEY ORGÁNICA 11/2003)

Necesidad de una lectura constitucional del precepto. La expulsión contemplada en el artículo 89 CP es una medida que, como todo juicio, es un concepto esencialmente individualizado que requiere de un trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión tras un juicio de proporcionalidad y ponderación en cada caso. Y desde luego, debe considerarse desproporcionado cuando el recurrente ha cumplido prácticamente la mitad de la pena; y la pena de expulsión, más que en sustitutiva, se convierte en acumulativa de aquella

Primero.—La sentencia de 19 de noviembre de 2003 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Agustín como autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Los hechos se refieren a la venta efectuada por el condenado de una papelina de heroína.

Se ha formalizado recurso de casación por Agustín que lo desarrolla en dos motivos que tienen como común denominador impugnar la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión.

Segundo.—Estudiamos conjuntamente ambos motivos por la íntima conexión que tienen. En efecto, en el motivo primero, por la vía del *error iuris* del artículo 849.1.º LECrim denuncia como indebidamente aplicado el artículo 89.1.º del Código Penal por cuanto no se ha celebrado la preceptiva comparecencia para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión, petición que fue hecha *ex novo* por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y en el motivo segundo se denuncia la vulneración de los derechos a la dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la acordada expulsión.

La cuestión que motiva el recurso tiene una indudable importancia desde una triple perspectiva: *a)* del número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique tal medida de seguridad por aumento del número de inmigrantes ilegales, *b)* desde la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal y, finalmente, *c)* porque la regulación actual del artículo 89, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal. En efecto, por lo que se refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal –Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre– hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la Ley Orgánica 8/2000, desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera –la actualmente en vigor– dada por la Ley Orgánica 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos.

Centrándonos en la regulación actualmente en vigor, que es la que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia sometida al presente control casacional –de fecha 19 de noviembre de 2003–, de ella podemos destacar, en lo que interesa al presente recurso, las siguientes notas:

a) Se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años «... las penas privativas de libertad... podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional...», se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual artículo 89.1.º «... las penas privativas de libertad... serán sustituidas...», de suerte que lo antes de la Ley Orgánica 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España delitos dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la exposición de motivos de la Ley que se comenta, de «... evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto...», justificándose tal decisión porque la expulsión «... se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido...». En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

b) Consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que «la naturaleza del delito» exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

c) El período de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del artículo 96 llevada a cabo –en este caso– por la Ley Orgánica 15/2003 que entrará en vigor el 1 de octubre de este año de 2004. En el párrafo 3.º, apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona –sea o no inmigrante, ilegal o no– que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba –y así está en la actualidad– respecto de las concretas circunstancias personales del penado para, ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...».

En efecto, un estudio de la jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de derechos humanos para todos los Tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y, en su caso, prueba, para resolver fundadamente y así:

a) La sentencia de 18 de febrero de 1991 –caso *Moustaquim vs. Bélgica*– declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de enero de 1993 –caso *Boncheski vs. Francia*– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de abril de 1997 –caso *Mehemin vs. Francia*– consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia –casado con francesa–, y la relativa gravedad del delito cometido –tráfico de drogas–; la reciente STEDH de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto, favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –*Dallia vs. Francia*– o la de 8 de diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –SSTC 99/1985, 242/1994 y 203/1997–, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es «vivir juntos» –SSTEDH de 24 de marzo de 1988, *Olssen vs. Suecia*, 9 de junio de 1998, *Bronda vs. Italia*, entre otras–, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

Esta misma Sala en la STS de 21 de enero de 2002 –anterior a la actual regulación– acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión –motivada– corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTs de 3 de marzo de 1998 y de 4 de septiembre de 2000.

Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente:

a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto el artículo 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada, o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del artículo 89.1.º

b) Se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas. Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer *ex ante* y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia –art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución.

c) Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión, en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de ésta. Tampoco le falta razón al recurrente.

d) Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, se dice en el motivo que reside en España desde hace diecisiete años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado.

En tales casos, como ya hemos adelantado procede estimar no ajustada a derecho la decisión de expulsión, lo que se traduce en eliminar del fallo de la sentencia la orden de expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

Procede la estimación del recurso.

(Sentencia de 8 de julio de 2004)

ARTÍCULO 127

El testaferra no tiene la condición de adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 127 ni la cualidad de responsable civil subsidiario de los artículos 121 y 122

Noveno.–El octavo de los motivos se articula por infracción de preceptos constitucionales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ, entendiéndose vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso contradictorio con las debidas garantías, consagrados en el artículo 24.1 de la Constitución, todo ello por haberse acordado, en base al artículo 127 del Código Penal, el comiso de dos fincas pertenecientes a E.E. y su esposa, que no han sido parte en el presente procedimiento.

1. De ser ciertos los presupuestos a partir de los cuales construye la argumentación del motivo, el recurrente carecería de legitimación para representar los intereses de quienes dicen haber sufrido perjuicio por la medida acordada, y más, cuando son parte en esta instancia procesal.

Por otro lado, presumir legítimos propietarios a sus suegros, es contradecir, sin base alguna, los argumentos de la sentencia que, en su motivo decimonoveno, razona detalladamente que las fincas, cuya titularidad registral aparece a nombre de los parientes de su esposa, es simple apariencia, habiendo actuado E. como mero mandatario del recurrente.

La sentencia combatida aplica la teoría del levantamiento del velo y prescindiendo del ropaje jurídico en la forma de adquisición trasciende de la realidad jurídica aparente a la real, declarando y poniendo al descubierto la verdadera situación en aras a la realización de la justicia material, en su dimensión patrimonial.

2. Sin perjuicio de insistir en la presente protesta al analizar el recurso de E. y M., no es de más adelantar que éstos no se hallan en la situación de los artículos 121 y 122 del CP (responsables civiles subsidiarios) y mucho menos en la del 127 CP, dados los términos contundentes de la sentencia que considera al suegro del recurrente como testaferry y, por ello, su posición ante los inmuebles no merece el calificativo de «tercero de buena fe, que los haya adquirido legalmente».

El comiso, como consecuencia accesoria del delito, se ha decretado por entender que los bienes pertenecían a R.V., y que los adquirió con dinero proveniente de un delito (efectos del delito); de ahí, que cualquiera que sean las transformaciones que experimenten (entre ellas la creación de una titularidad ficticia) no deben impedir su caída en comiso.

3. Tampoco puede afirmarse que E. haya estado ausente del proceso pues, como tendremos ocasión de examinar en el motivo décimo de este mismo recurrente –y en el que los propios interesados (E. y M.) han formalizado en su propio nombre– fueron debidamente citados al proceso, dando cumplimiento a la petición del Ministerio Fiscal. El Juzgado en un principio intentó la citación personal, y ante su dificultad o imposibilidad, lo hizo a través de sus hijos que tenían representación de aquél. Si no intervino como parte en la instancia fue debido a su exclusiva voluntad.

El motivo debe rechazarse.

Décimo.–Resulta oportuno alterar el orden resolutivo y analizar, antes del noveno, el motivo décimo, por hallarse íntimamente relacionado con la pretensión impugnativa a que acabamos de dar respuesta.

El décimo motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, a tenor del artículo 850.2 LECrim, al haberse omitido la citación de E.E. y su esposa A.M. en concepto de responsables civiles subsidiarios, dada su condición de propietarios de los bienes inmuebles cuyo comiso ha sido acordado por la sentencia que se recurre.

1. Ya anticipamos la improsperabilidad del motivo.

Desde el punto de vista formal el sustento procesal de la protesta se halla en la falta de citación del responsable civil subsidiario para su comparecencia al acto del juicio oral, según establece el precepto procesal invocado como cauce.

Recordemos que los suegros del acusado no eran terceros de buena fe (art. 127 CP), ni terceros civiles responsables (arts. 121 y 122 CP), por lo que, por esta sola razón procesal, el motivo debía decaer.

Sin embargo, como insistiremos en el correspondiente motivo articulado por los propios interesados, su caracterización legal, no bien precisada, no debe impedir la posibilidad de atribuirles, con carácter analógico, una conceptualización similar o próxima al del responsable civil subsidiario, con la aplicación, en la medida de lo posible, del artículo 615 LECrim, reputándolos terceros afectados civilmente.

2. El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de calificaciones provisionales ante el Juzgado instructor interesó en su primer otrosí: «que de conformidad con lo establecido en los artículos 615 y ss. LECrim, se garantizase cautelarmente la efectividad de la responsabilidad civil en relación a los bienes que figuran bajo titularidad de E.E., debiendo darse traslado a éste del presente escrito de calificación, así como notificarle el auto que se dicte, de modo que pueda en lo sucesivo intervenir en el juicio en defensa de sus intereses».

El ofrecimiento citado se efectuó en consonancia con la petición fiscal, intentando primero citar y emplazar al interesado, y después, conocida su grave enfermedad (en la actualidad ha fallecido), se hizo la notificación a sus hijos que ostentaban un poder general, quedando, de este modo, enterados de su derecho, pero sin que interviniesen en la causa constituyéndose en partes. Es más tarde, una vez les fue notificada la sentencia de instancia, cuando articulan recurso de casación. Ninguna posibilidad procesal defensiva les fue sustraída. Realmente no quisieron utilizarla.

El motivo no puede prosperar.

[...]

Trigésimo primero. El tercero de los que esgrimen, lo hacen por la vía del artículo 5.4 LOPJ., y se alega vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, así como a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), todo ello en relación con la indebida aplicación del artículo 127 del CP.

1. Se dice por los impugnantes que se decretó el comiso de «sus bienes» sin haber podido ejercitar el derecho de defensa para justificar la compra de los mismos con sus propios medios, calificándolos la sentencia de la Audiencia como testaferos, con la consiguiente vulneración de los derechos citados.

Reconocen los recurrentes que todos los motivos que vienen invocando tienen un denominador común y deben ser entendidos como un todo, en cuanto es difícil separar el haber sido parte, el derecho de defensa y el consiguiente comiso de las propiedades que entienden les pertenecen.

2. En realidad se vuelve insistir sobre cuestiones ya analizadas en los precedentes motivos.

Es cierto que la especial situación de afectado civil, en la declaración de comiso, puede aproximarle jurídicamente al responsable civil subsidiario al objeto de brindarle similares medios defensivos, y así lo ha manifestado esta Sala, como proclama la sentencia de 20 de enero de 1997, todo ello, en evitación de indefensiones, cuando el comiso aparezca en la causa como de previsible imposición.

No obstante, la falta de efectiva personación se debió a la libérrima decisión de los recurrentes que, a pesar de emplazarles, dándoles traslado de la calificación del Fiscal, se personaron en la causa los hijos apoderados para afirmar que nada tenían que alegar ellos o su poderdante, este último en su calidad de representante de la sociedad de gananciales y autor de la formal adquisición.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que el derecho no puede amparar actitudes personales de aquietamiento procesal cuando dicha inactividad es fruto exclusivo de la voluntad de no ejercitar su derecho de defensa cuando puede hacerlo.

3. Pretenden, por otro lado, ampararse en el artículo 127 del CP, que regula el comiso con el carácter de consecuencia accesoria.

El Tribunal, en su sentencia, ha traslucido la convicción jurídica de que los bienes a nombre de los recurrentes fueron adquiridos con el producto del dinero sustraído por el acusado R.V. Respecto a él y como responsable criminal del delito se decreta el comiso, que sólo se detiene ante la titularidad efectiva y material de los bienes por parte de una tercera persona adquirente de buena fe, esto es, totalmente ajena al proceso.

Mas, el Tribunal, ni consideró a los recurrentes responsables civiles subsidiarios, ni terceros de buena fe, ni propietarios reales de las fincas. Para ello, el Tribunal dispuso de prueba sobrada. Fue oído en la fase de investigación del proceso E. y su hija, que dada la avanzada edad de sus padres declaró lo que le fue preguntado respecto a los mismos; se examinaron las posibilidades económicas de los recurrentes, comparándolas con las declaraciones del impuesto sobre el patrimonio y con las posibles fuentes de ingresos de V. y se llegó a la fundada convicción de que los recurrentes eran simples testaferos y

que sus titulaciones registrales constituyeran una mera transformación del producto de un delito, cuyo responsable fue condenado y, como consecuencia de ello, se decretó el comiso de las fincas representativas del dinero sustraído al Estado.

El artículo 127 CP no fue infringido, por lo que el motivo debe decaer.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 130.3

La gracia de indulto, a diferencia de la amnistía, recae exclusivamente sobre la pena y no sobre el delito. La anulación de la sentencia cuya pena se indultó, deja a éste sin efecto. Además, si pese a haber sido indultado, se recurre en amparo, no desistiendo de dicho recurso, la situación ahora producida la propició el propio recurrente que no puede ahora ir contra dicho acto propio ni argumentar en tal sentido

Primero.—El inicial motivo se ampara en el artículo 849.1.º de la LECrim por vulneración del artículo 130.3.º del Código Penal en cuanto declara extinguida la responsabilidad criminal a través de la figura del indulto. A ello se añade otras vías de impugnación como son la de que ya ha cumplido las penas de inhabilitación que le han sido impuestas y también se solicita que, en base al artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento, se admita dentro de este recurso a trámite la querrela contra los miembros del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que dictaron la sentencia recurrida. A ello se añade la pretensión de que no debió ser enjuiciado por el caso denominado de «Las Llamas».

Examinaremos brevemente por separado estas cuestiones.

A) Indulto. Es cierto que por sentencia de fecha 24 de octubre de 1994 fue condenado el ahora recurrente a la pena de seis años y un día de prisión mayor como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos y que de dicha pena privativa de libertad fue indultado por el Gobierno. Pero es cierto también que la referida sentencia (al igual que la confirmatoria de este Tribunal Supremo) fue anulada por otra del Tribunal Constitucional en la que se ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al juicio oral para que se dictase otra nueva, como así se hizo por medio de la que ahora es objeto de recurso, volviéndosele a condenar por dicho delito a la pena de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años.

Pues bien, el recurrente pretende que se le exima de la pena privativa de libertad por haber sido indultado con anterioridad pero con evidente olvido de que la gracia del indulto, a diferencia de lo que ocurre con la amnistía, recae exclusivamente sobre la pena y no sobre el delito, de tal manera que si la pena objeto del indulto se dejó sin efecto por haberse anulado la sentencia que la acordó, el indulto que de ella trae causa deviene ineficaz por inexistente. A ello puede añadirse que esa situación de ineficacia fue provocada por el propio interesado al entablar el recurso de amparo y no desistir de él después de haber sido indultado, acto propio contra el cual ahora no puede ir ni argumentar con posibilidad impugnatoria.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 138

Dolo eventual en homicidio causado por cuatro jóvenes que agreden mediante golpes a la víctima

Tercero.—En el motivo primero del recurso, por la vía del número 1 del artículo 849 de la LECrim, se denuncia la inaplicación del artículo 407 del anterior Código Penal, en el que decía que el que matare a otro sería castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

Esta vía de impugnación exige un absoluto respeto a los hechos que en la sentencia se declaran probados y que en este caso, respecto a la conducta nuclear de los cuatro procesados, son los siguientes:

Sobre las dieciséis cuarenta y cinco horas del día 15 de julio de 1995 Juan Enrique, Ramón, Gabriel y José Ramón, de veinte años de edad el primero, de diecinueve el segundo y de dieciocho los dos últimos, encontrándose en la localidad de Picassent, donde se celebraban las fiestas patronales, por motivos no acreditados, puestos de común acuerdo, se dirigieron a Valentín, quien también se encontraba en el lugar, igualmente afectado por el consumo de alcohol, y comenzaron a golpearlo, pegándole puñetazos, derribándolo Juan Enrique de una fuerte patada a la altura del pecho, haciéndolo caer sobre el suelo de la calle, lejos del bordillo de la acera, donde continuaron Juan Enrique, Ramón, Gabriel y José Ramón dándole al menos dos o tres patadas en la cabeza, quedando Valentín inmóvil, siendo socorrido por varios de los allí presentes, y llevado al Centro de Salud de Picassent, para ser posteriormente trasladado en ambulancia al Hospital General Universitario de Valencia, donde se le diagnosticó un hematoma subdural que le ocasionó la muerte nueve días después.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia rechaza la calificación principal del Ministerio Fiscal y única de la acusación particular de homicidio doloso por entender —fundamento de Derecho primero— que las circunstancias concurrentes —relaciones anteriores entre los acusados y la víctima, motivos que provocaron la agresión, circunstancias de tiempo y lugar en que ésta se produce, manifestaciones de los acusados, ausencia de armas, número e intensidad de los golpes, zona del cuerpo afectada...— eliminan el ánimo homicida.

Que ni siquiera se estima a título de dolo eventual, «pues nada indica que los acusados se pudieran representar como probable que, golpeando a Valentín, le fueran a matar o pudiera llegar a morir, y aún así le agredieran».

Aceptamos que efectivamente en los procesados no concurría dolo directo, entendiéndolo por tal aquél en el que las consecuencias de la acción, además de conocidas por el sujeto activo, constituyen la meta del autor, siendo queridas por éste como consecuencia principal de su conducta.

Pero la argumentación por la que se desecha la existencia de dolo eventual es claramente insuficiente.

Como recuerda la sentencia de 19 de abril de 2004, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca, caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o de la representación; frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo —asentimiento, aceptación, conformidad— el signo de distinción respecto a la culpa consciente.

De acuerdo con estas posiciones podemos afirmar que existirá dolo eventual cuando el sujeto activo, conociendo que su acción puede producir la muerte del agredido de forma no improbable, no se ve impulsado por ello a cesar en su conducta.

En este caso, según la narración fáctica contenida en la sentencia de instancia:

- Cuatro jóvenes, con edades comprendidas entre los dieciocho y los veinte años, puestos de acuerdo, se dirigen contra Valentín, que estaba afectado por el consumo de alcohol, y comienzan a golpearlo, pegándole puñetazos.
- Uno de ellos, Juan Enrique, da una fuerte patada en el pecho a Federico, haciéndole caer sobre el suelo de la calle, lejos del bordillo de la acera.
- Los cuatro jóvenes continúan golpeando a Federico ya caído, dándole al menos dos o tres patadas en la cabeza.

Asistido Federico primero en el Centro de Salud de Picassent y luego en el Hospital General Universitario de Valencia, se le diagnostica un hematoma subdural que le ocasionó la muerte nueve días después.

En el juicio oral declararon los Médicos Forenses don Gregorio y doña Rocío y el neurocirujano don Víctor, los que, ratificando sus informes, manifestaron:

- Que el hematoma subdural, sangre venosa que afecta directamente al encéfalo, es de evidente gravedad.
- Que dicho hematoma pudo ser causado: 1. Por la caída contra el suelo. 2. Por un golpe fuerte en región occipital. 3. Por varios golpes o patadas aunque no fueran tan fuertes. 4. Por la acción conjunta de un gran golpe y varias patadas.
- Que habiéndose realizado la autopsia a los nueve días de la agresión, otras posibles hemorragias pudieron resolverse con anterioridad.

Estamos ante una situación distinta y más grave de aquélla en la que un simple empujón origina una caída del sujeto pasivo que al golpearse fuertemente en la cabeza, por ejemplo, con el bordillo de una acera, sufre lesiones craneales que le producen la muerte. O en la que una pequeña agresión a una persona que, por sus anteriores enfermedades, ve complicada su normal curación, llegando a la muerte. Casos en los que la imprudencia grave encuentra normal acomodo.

En ese caso se trata de una agresión de cuatro contra uno, de especial violencia –fuerte patada en el pecho–, persistente en el tiempo –patadas posteriores a la caída.

Datos que nos permiten afirmar que los procesados conocían que el resultado de su acción podía conducir de forma no improbable a la producción de graves lesiones cerebrales que llegaran a causar la muerte del agredido, a pesar de lo cual realizaron esa violenta conducta.

Estamos pues ante la muerte de una persona causada por los cuatro acusados puestos de acuerdo con la conciencia y voluntad explicada, lo que lleva a entender que efectivamente el artículo 407 del Código Penal anterior, que sancionaba esa conducta como constitutiva de un delito de homicidio, ha sido indebidamente inaplicado, y a la estimación del motivo primero del recurso de la acusación particular.

(Sentencia de 2 de julio de 2004)

ARTÍCULO 139

Asesinato cometido con dolo eventual de mujer que abandona a recién nacido en contenedor de basura: compatibilidad de la alevosía con la eximente incompleta de trastorno mental

Primero.–La sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó a Lucía como autora de un delito de asesinato en

grado de tentativa, a la pena de cinco años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que Lucía sobre las ocho treinta horas del día 22 de octubre dio a luz, en su casa, a un hijo fruto de una relación extramatrimonial. Nadie, ni su marido con quien convivía, pero haciendo vida en cuartos separados lo sabía. Nacida la niña, la envolvió en una toalla y la sacó a la calle en un carro de compra; como en un momento se pusiera a llorar, la introdujo en el interior de un contenedor de basura, cerrándolo siguientemente. La niña fue descubierta sobre las diez treinta horas cuando un trabajador arrojó una bolsa de basura al interior, apercibiéndose del recién nacido que había en su interior y que lloraba; el niño fue recogido y trasladado a un hospital.

Se ha formalizado recurso de casación por la representación de la condenada a través de cuatro motivos.

[...]

Tercero.—El motivo segundo, por la vía del *error iuris* del número 1 del artículo 849 LECrim. declara indebida la aplicación del delito de asesinato.

En la argumentación estaría como incompatible la existencia de un dolo eventual con el *animus necandi* propio del asesinato aunque sea en grado de tentativa.

El motivo se sustenta en una pretendida incompatibilidad que no existe. La construcción del dolo eventual o de segundo grado se debe a la doctrina científica y se refiere a aquellos supuestos en los que el agente no quiere directamente el resultado, sin embargo realiza los actos que deberían tener por finalidad aquél de forma voluntaria y consciente, sin que le importe la realidad de su producción con una alta probabilidad (teoría de la representación) o aprobando en última instancia que aquél se produzca (teoría del asentimiento). En todo caso, es lo cierto que tal clasificación carece de relevancia en sede legal, lo que no quiere decir que puede tener reflejo en la fase de individualización judicial de la pena, ya que si la culpabilidad debe ser el baremo que mida la pena, es claro que, si bien el dolo eventual no puede suponer una causa genérica de disminución de la pena vía atenuante, no es lo menos, que dentro de los parámetros a que se refiere el artículo 66 del Código Penal puede, debe tener su reflejo en la fijación de la pena concreta a imponer como exigencia del deber de proporcionalidad.

No puede discutirse con rigor la existencia de un *animus necandi* en el contexto de un dolo eventual, de quien, como la recurrente, deja un recién nacido de un par de horas —nació a las ocho treinta horas y fue encontrado a las diez treinta horas— en el interior de un contenedor de basura y luego marcha a su casa haciendo vida normal.

También se cuestiona la calificación de asesinato, por la concurrencia de la alevosía en relación con el dolo eventual.

No hay tal incompatibilidad. Que la recurrente no tuviera un dolo directo de matar a su hija, aunque sí efectuó todos los actos que normalmente producirían tal resultado, que en definitiva le fue indiferente, aceptando la realidad de su producción, nada tiene que ver con el juego de la agravante de alevosía que de forma unánime y desde los primeros tiempos de la jurisprudencia de esta Sala se ha estimado concurrente en la muerte de un recién nacido. No hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima —aseguramiento de la ejecución— y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

Las SSTs de 20 de diciembre de 1993, de 21 de enero de 1997, de 24 de mayo de 1994 y de 4 de junio de 2001 van en esta dirección, aunque justo es consignar que también se contabilizan sentencias de esta Sala en sentido adverso pero no tan recientes: SSTs de 5 de diciembre de 1995, de 15 de marzo de 1996 y de 11 de junio de 1997, entre otras.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.—El motivo tercero es coincidente con el anterior en la medida que vuelve a cuestionar la incompatibilidad de la alevosía con el trastorno mental que presentaba la acusada.

Con independencia de que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado expresamente compatible la alevosía con la eximente incompleta de enajenación o trastorno mental transitorio —SSTS de 20 de febrero de 2002 y de 10 de febrero de 2003 entre las más recientes—, el motivo incurre en motivo de inadmisión en la medida que no respeta los hechos probados, pues en ellos no se recoge la existencia de eximente incompleta alguna o trastorno mental transitorio de la recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 2 de febrero de 2004)

Agresor sexual que tapona las vías respiratorias de la víctima aunque sin intención directa de causar la muerte y que avisa a los vecinos al detectar su parada cardiorrespiratoria. Aunque no se persiga intencionalmente un determinado resultado, se actúa dolosamente cuando se conoce que la utilización de unos concretos medios son potencialmente capaces de producir dicho resultado. A estos efectos, el concepto normativo de dolo es suficiente, cuando se conoce que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido

Preliminar.—La sentencia impugnada condena al acusado por un delito de agresión sexual y otro de homicidio por imprudencia grave, al tiempo que le absuelve del delito de asesinato. La impugnación es articulada por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y la defensa. Las acusaciones impugnan la absolucón por el delito de asesinato y, subsidiariamente, entienden que la calificación procedente es la de homicidio doloso. La defensa del condenado opone una impugnación por quebrantamiento de forma, vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error de derecho en la valoración de la prueba.

En síntesis el relato fáctico refiere que el acusado vivía con su compañera sentimental desde dos meses antes del hecho enjuiciado. Con ocasión de que ésta se desplazara a una boda, el acusado se quedó en la casa al cuidado del hijo de aquélla, que contaba con dos años y diez meses de edad. Aprovechando la soledad y el desvalimiento del niño y para satisfacer sus deseos sexuales «introdujo por el ano de manera repetitiva su pene o algún objeto», describiendo las lesiones producidas. Al tiempo de la anterior acción se relata que el acusado «ejerció sobre el abdomen del menor una fortísima presión, mantenida en el tiempo y le tapó las vías respiratorias aéreas», ignorándose la forma de su realización, si de manera total o parcial, durante mucho o poco tiempo y de manera continuada o intermitente, causándole lesiones, que se describen que produjeron su fallecimiento. Se relata que el acusado avisó a las vecinas cuando se produjo la parada respiratoria, las cuales avisaron a los servicios médicos, que no pudieron evitar su fallecimiento.

Recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular

Primero.—Analizamos conjuntamente las impugnaciones del Ministerio Fiscal y la acusación particular, coincidentes en su pretensión revisora de la sentencia.

En el primer motivo denuncian la inaplicación al hecho probado del artículo 139.1 del Código Penal y consiguiente aplicación indebida del artículo 142. Entienden que la subsunción procedente de los hechos ha de realizarse en el delito de asesinato y no en la imprudencia por la que ha sido condenado. En un segundo motivo, el Ministerio Fiscal, de forma subsidiaria, denuncia la inaplicación del artículo 138, el delito doloso de homicidio y la acusación particular la agravación de ensañamiento.

Los motivos parten del respeto al hecho declarado probado, que se da por reproducido. Tan sólo destacar respecto a la sintética reproducción del relato fáctico del fundamento preliminar, que en el relato fáctico, en el particular referido a la muerte del menor, se declara que el acusado «ejerció sobre el abdomen una fortísima presión, mantenida en el tiempo, y le tapó las vías respiratorias aéreas...» y que la muerte del menor se produjo por «un fracaso multiorgánico que tuvo una doble etiología, por una parte, un edema cerebral difuso derivado de una anoxia cerebral provocada por la sofocación de las vías aéreas y, por otra, una isquemia intestinal derivada de un cuadro abdominal agudo provocado por un aplastamiento violento, energético, continuado y mantenido en el tiempo».

Se añade en la fundamentación de la sentencia, con evidente eficacia fáctica, que estas lesiones determinantes de la muerte «no son producto ni de hechos casuales de días anteriores, ni de patologías precedentes, ni de caídas fortuitas... sino manifestación palmaria e inequívoca de un comportamiento agresivo, como se infiere de su carácter múltiple, diseminado, afectante a distintas partes del cuerpo, todas ellas consistentes en hematomas, contusiones... El carácter traumático y doloso de las lesiones queda entonces fuera de toda sospecha».

Sin embargo, pese a la expresión del dolo en la narración fáctica de la conducta del acusado y de la causalidad, de la que expresa no tener duda, entre esa acción y el resultado, subsume los hechos en la muerte por imprudencia del artículo 142 CP porque «ese doble actuar del acusado, de taponamiento de vías respiratorias aéreas... y de compresión violenta del abdomen, no puede menos que ser catalogado de improvisación en grado sumo y carente de la mínima cautela o precaución, haciéndose entonces merecedor de ser tildado sin ninguna duda de imprudencia grave», añadiendo que el acusado no tenía intención de matar. Esta última afirmación la apoya, sobre todo, en la conducta del acusado, quien pidió ayuda a los vecinos al entrar el niño en parada cardiorrespiratoria.

Hay una cierta incongruencia en el razonamiento de la sentencia impugnada. No cabe afirmar, de una parte, que el acusado taponó las vías respiratorias y ejerció una presión violenta en el abdomen del menor y que estos hechos son, sin duda, dolosos y capaces de producir el resultado de muerte, y de otro que la muerte se produjo por improvisación del autor y carente de la más mínima cautela o prevención. En otras palabras, en la expresión fundamentadora de la sentencia, la muerte se produjo por la omisión del deber de cuidado por quien voluntariamente utiliza un medio apto para matar. El argumento, por ilógico, ha de ser rechazado.

El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al

conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Al declarar probado que «ejerció sobre el abdomen una fortísima presión» y que «le tapó las vías aéreas», que provocaron un edema cerebral difuso consecuencia de ambas acciones causales a la muerte, está declarando que el acusado realizó su decisión de emplear medios capaces de producir la muerte. Aunque no la persiguiera intencionalmente, conocía que utilizaba unos medios potencialmente capaces de producir la muerte y los actuó. Consecuentemente, que se produciría la muerte.

Desde una argumentación del dolo basada en la voluntad, el elemento subjetivo del delito doloso de homicidio concurre en el hecho probado pues, indudablemente, el autor se representa la posibilidad de que su acción produzca la muerte y persiste en la acción. Se trata de un niño pequeño a quien se taponan las vías respiratorias y se aplasta el abdomen produciendo un fracaso multiorgánico y la muerte.

Ahora bien descansar sobre la voluntad la existencia del dolo puede incorporar dificultades, como las que plantea la sentencia equiparando voluntad y deseo, cuando el autor pese a actuar unos medios que producen la muerte no quiere directamente el resultado muerte. En la situación fáctica de la sentencia impugnada se afirma, de forma tajante, el empleo intencional de medios capaces de producir la muerte pero el dolo no se declara concurrente porque no está acreditado que el acusado tuviera intención, afirmación que basa en el hecho de que avisara a vecinos cuando detectó la parada cardiorrespiratoria del menor.

Estas dificultades en la explicación, junto a las derivadas de la acreditación del elemento subjetivo que es necesario inferirlo del dolo, ha propiciado un concepto normativo del dolo que esta Sala ha utilizado desde la Sentencia de la colza (STS de 23 de abril de 1992), basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido.

El dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida. Desde esta perspectiva resulta patente que el hecho de taponar las vías aéreas y presionar con fuerza el abdomen, en la forma detallada en el hecho probado y sobre un menor de tres años de edad, evidencia el conocimiento de la situación generadora de un peligro concreto para la vida y, desde ese conocimiento del peligro generado, se ha actuado.

En el relato fáctico la muerte del pequeño, de menos de tres años de edad, no se produjo por una omisión del deber objetivo de cuidado ni de una falta de previsión, sino como consecuencia de una decisión voluntaria en el empleo de medios capaces de producir la muerte y así lo expresa el hecho probado cuando afirma que ejerció una fortísima presión sobre el abdomen y taponó las vías respiratorias, con tal intensidad que, además de producir las lesiones externas que se describen en el hecho, produjeron la muerte. La muerte es consecuencia, desde el plano subjetivo, de la situación de peligro concreto en la que se colocó al bien jurídico.

Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, declarando un error en la subsunción consistente en aplicar indebidamente el delito de muerte por imprudencia e inaplicar el delito de asesinato.

La muerte dolosa, conforme hemos señalado, se califica de asesinato al concurrir la alevosía en la producción de la muerte. Los medios empleados para la producción del resultado, taponamiento de vías aéreas y aplastamiento del abdomen sobre un menor de tres años se realiza sobre una persona absolutamente desvalida con incapacidad absoluta de defenderse ante una agresión como la que se declara probada. Pero, además, de esta situación objetiva de desvalimiento que justifica la aplicación de la

alevosía de acuerdo a múltiples antecedentes jurisprudenciales, el acusado actúa tapando las vías aéreas del niño con la finalidad de impedir que los gritos y llantos propiciaran una reacción defensiva de terceras personas, empleando un medio comisivo que asegura el resultado impidiendo la defensa del menor, no sólo por la situación objetiva de desvalimiento, o de terceras personas que pudieran impedir la muerte. Los medios empleados aseguran la producción del resultado e impiden la defensa.

Desde el relato fáctico la subsunción en el ensañamiento, que postula la acusación particular, no es posible, al no describirse en el hecho probado los presupuestos de la agravación, concretamente la utilización de medios que evidencian un sufrimiento de la víctima buscado de propósito.

Consecuentemente, los motivos interpuestos por la acusación en los que insta la subsunción en el delito de asesinato, homicidio alevoso, son estimados, procediendo imponer la pena de quince años de prisión.

(Sentencia de 16 de junio de 2004)

ARTÍCULO 142

Se castiga como homicidio y lesiones imprudentes y no como delito medioambiental el fallecimiento de una persona y las lesiones de otras, a consecuencia de la puesta en marcha de una fábrica de producción de ácido sulfúrico, tras una avería, y sin cerciorarse de las condiciones ambientales, que por estar bajo la influencia de una inversión térmica que reducía significativamente la dispersión de contaminantes, produjo gravísimas afecciones en los vecinos que sufrían patologías respiratorias. Imputación del resultado como delito imprudente: teoría del incremento del riesgo

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se argumenta en defensa del motivo que ha sido condenado sin que se haya acreditado una emisión contaminante prohibida, sin que se haya probado que la supuesta emisión de Rontealde ha podido contribuir de manera decisiva a que los niveles sobrepasaran el umbral de afectación a la salud de los habitantes de Baracaldo, sin que se haya acreditado tampoco, más allá de toda duda razonable, una relación causal entre la supuesta emisión de «Rontealde, S. A.» y los resultados típicos del delito de homicidio y del delito de lesiones por los que se condena y, finalmente, sin que se haya llegado a probar que la ejecución de la acción de preavisar a la oficina de medio ambiente del Gobierno Vasco antes del arranque, preaviso que no se produjo y cuya omisión se reprocha al recurrente, pese a que según el organigrama de cargos y funciones no le correspondía efectuarlo, hubiera evitado los resultados lesivos que se atribuyen al arranque de «Rontealde, S. A.».

El motivo no puede prosperar.

El Tribunal de instancia, en un detenido examen de la prueba practicada, explica, en el primero de sus fundamentos jurídicos, los elementos de convicción que ha tenido en cuenta para redactar los hechos que se declaran probados y en los que se sustentan la condena al ahora recurrente, y viene a dar correcta respuesta, con cum-

plido acatamiento a las reglas de la lógica y de la experiencia, a todos los cuestionamientos de prueba que se hacen en defensa del presente motivo.

Así, se refleja que la avería que determinó el paro y la posterior arrancada de la producción está descrita en el informe remitido por la propia empresa, en el fax que suscribe el Ingeniero Jefe de Industria del Ayuntamiento de Baracaldo, relativo a dicha parada y en el informe del Perito judicial, mencionándose los folios en los que están incorporados, así como las declaraciones de los propios acusados.

Se alega que ha sido condenado sin que se haya acreditado una emisión contaminante prohibida, y ese argumento debe ser rechazado, ya que si lo que se pretende decir es que no está acreditado que se hubiese superado la emisión de contaminantes en las cifras que se contienen en el Real Decreto 833/1975, mencionado en la sentencia recurrida, que sería el elemento normativo del delito contra el medio ambiente, es de recordar que el Tribunal de instancia rechaza precisamente la existencia de esa figura delictiva solicitada por las partes acusadoras al no resultar acreditado que se hubieran superado, con grave perjuicio de la atmósfera, los límites autorizados, por lo que evidentemente la condena que ahora se rechaza no se sustenta en una emisión excesiva de contaminantes a la atmósfera por la producción de ácido sulfúrico que supere esos límites, sino por el hecho de que se produjo la arrancada de la producción, con la correspondiente emisión contaminante, sin tener en cuenta que existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes potenciado por la baja velocidad del viento, cuando debería haberse consultado, de acuerdo con el decreto que aprobaba la licencia de apertura, con la Viceconsejería del Medio Ambiente del Gobierno Vasco, sobre las condiciones meteorológicas y previsión en las próximas veinticuatro horas, antes de proceder de nuevo al arranque de la producción, y eso no se hizo.

Y estos extremos sí que están acreditados, así sucede con el fenómeno de la inversión térmica que se daba en la zona, documentado en actas de la Junta de Calidad del Aire, informe de medio ambiente del Gobierno Vasco, así como los informes periciales obrantes en la causa, como se recoge en la sentencia de instancia; y está igualmente unido el Decreto que aprobaba la licencia de apertura, y asimismo consta, por los informes emitidos y testimonios depuestos, como se reconoce por los propios acusados, que esa consulta no se produjo sino con posterioridad a que se produjera el arranque de la producción.

La cuestionada afectación a la salud de los habitantes de Baracaldo queda igualmente acreditada en las actuaciones, siendo bien expresivas las declaraciones sobre las llamadas recibidas en la fábrica procedentes de la Policía Municipal ante las quejas y molestias de los vecinos en las vías respiratorias, hasta que en una de las llamadas se ordenó la parada de la planta y ante la insistencia el recurrente dio la orden de parar alrededor de las ocho cincuenta horas de ese día. La existencia de lesiones y un fallecimiento estén perfectamente acreditados por las declaraciones de los afectados, de otras personas en el caso del fallecido y los informes médicos, como igualmente consta acreditado que esas afectaciones remitieron una vez se hubo parado la planta.

Se afirma, por último, en defensa de este primer motivo, que no se ha acreditado, más allá de toda duda razonable, una relación causal entre la supuesta emisión de «Rontalde, S. A.» y los resultados típicos del delito de homicidio y del delito de lesiones por los que se condena y, finalmente, sin que se haya llegado a probar que la ejecución de la acción de preavisar a la oficina de medio ambiente del Gobierno Vasco antes del arranque, preavisar que no se produjo y cuya omisión se reprocha al recurrente, pese a que según el organigrama de cargos y funciones no le correspondía efectuarlo, hubiera evitado los resultados lesivos que se atribuyen al arranque de «Rontalde, S. A.».

Respecto a la invocada ausencia de relación causal hay que recordar que todo delito por imprudencia, como son los apreciados en la sentencia recurrida, requiere la imputación del resultado, es decir, que la acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*. Sobre ello se profundizará al examinar el noveno motivo de este mismo recurrente, en todo caso, y a los estrictos términos de este primer motivo, queda acreditado, sin duda, por las declaraciones de los funcionarios de la Policía Local, por los informes técnicos emitidos y por las declaraciones de los afectados y otros testigos, así como por los partes médicos, que la decisión de arrancada de la planta en esas circunstancias atmosféricas especiales constituyó la acción peligrosa desencadenante de las lesiones y fallecimiento que se declara probado, provocando una situación de sinergia con el resto de los contaminantes que existían en ese momento en esa zona.

El informe del Instituto Nacional de Toxicología que obra a los folios 717 y siguientes de las Diligencias, ratificado en el acto del plenario, explica las características del anhídrido sulfuroso, como del ácido sulfúrico, y su mecanismo de acción tóxica, que produce efectos irritantes en nasofaringe y glotis y que puede producir edema de glotis y obstrucción respiratoria con la consiguiente anoxia, así como edema pulmonar e hiperactividad bronquial (broncoconstricción), que puede ocurrir inmediatamente tras la exposición y, en concreto, respecto a la persona fallecida recuerda que fue ingresada en urgencia el día 21 de octubre de 1994 con dificultad respiratoria y como hallazgos de autopsia se menciona edema agudo de pulmón e irritación de las vías respiratorias; y examinados los pulmones en el mencionado Instituto se diagnostica intensa congestión y edema alveolar difuso con hemorragias dispersas, y recoge como consideraciones que el hallazgo morfológico más destacable es el edema pulmonar con hemorragias, cuya etiología puede ser tóxica, señalando como criterios para determinar esa etiología tóxica la compatibilidad temporal entre la reacción adversa o desenlace fatal en este caso y la exposición al tóxico y contiene como consideraciones finales que «por lo tanto con los datos expuestos sobre antecedentes bibliográficos, que demuestran la mayor susceptibilidad de sujetos asmáticos o con bronquitis crónica ante exposición a anhídrido sulfuroso, teniendo en cuenta además que no se han encontrado alteraciones morfológicas cardíacas que justifiquen la muerte, así como el resto de resultados del estudio histopatológico, y químico-toxicológico, sí aplicamos el criterio de Riddel (1982), referido a establecer el grado de certeza en el diagnóstico de la relación causa-efecto de una intoxicación: (causal, probable, posible, coincidental y negativa). Podemos considerar que estamos ante una probable-posible etiología tóxica».

Dictamen bien expresivo sobre la incidencia del anhídrido sulfuroso cuya certeza total era imposible de diagnosticar en cuanto dicho gas se transforma y descompone en el organismo, sin embargo ese dictamen, unido a las circunstancias que precedieron a su fallecimiento, a la coincidencia temporal y a los testimonios depuestos por quienes acompañaban al enfermo, ha permitido al Tribunal de instancia establecer la causa-efecto que se pretende negar en el presente motivo.

El Tribunal de instancia, por ello, razona con acierto que J.A.B., que se encontraba en su domicilio de Beurco, padecía una patología respiratoria crónica, y hubo de avisar a una vecina por el ahogo que presentaba al abrir las ventanas de su vivienda, ingresando a las nueve treinta y uno de la mañana cadáver en el Hospital de San Eloy, como consecuencia de un edema pulmonar agudo producido por una descompensación brusca por exposición a la nube contaminante existente en Baracaldo. Añade que la relación causa-efecto se apunta en los informes de autopsia, folios 25 ss. y 815 ss. y de toxicología folios 717 ss., y señala que la coincidencia temporal entre el incre-

mento de nivel de emisión por la puesta en funcionamiento de la fábrica y que cesa en sus efectos perniciosos inmediatamente después de que se parara (folio 27 de la sentencia), independientemente de otros focos emisores de SO₂ y sin ser el dióxido de azufre el único contaminante que afectó a las vías respiratorias, resulta innegable que Rontealde contribuyó eficazmente al suceso de contaminación descrito durante apenas cincuenta minutos y a que resultasen afectados diversos individuos. El Tribunal de instancia pudo oír en el acto del plenario las declaraciones de A.C., que en aquellas fechas controlaba el tema del medio ambiente, y se refiere a las llamadas recibidas en el Ayuntamiento por los vecinos y que los picos de contaminación a las nueve de la mañana eran muy altos, como cuatro veces más de lo permitido, y que tenía que ser de Rontealde porque los gases de SO₂ no se producen en ningún otro lado. El Sr. M.E. era, en aquellas fechas, miembro de la Junta de Calidad del Aire, y en sus declaraciones en el acto del plenario, además de ratificar lo declarado con anterioridad, expresó que el causante fue el SO₂, que la empresa que podía haberlo producido era Rontealde y que la patología de los efectos causados se correspondía, existiendo relación de causa-efecto y que no recordaba emisión tan aguda en un momento dado. El Sr. G.M. declaró en el acto del juicio oral, entre otros extremos, que no se produjo el preaviso de arranque que era obligatorio por el Protocolo firmado, y como hubo incidentes antes se acordó con la empresa que avisara de los arranques para evitar puntos de contaminación, ya que se controlan las condiciones climatológicas y que el aviso era precisamente para que la Viceconsejería pudiera controlar si se daban las condiciones para el arranque y si se hubiera producido el aviso entiende que los servicios técnicos no le hubieran dado permiso para arrancar. También se pudo escuchar al Dirección006 quien manifiesta que la filosofía del protocolo era intentar aportar datos a la empresa para que optimizase la operación de la arrancada y, en concreto, sobre la situación climatológica, sabe que ha habido ocasiones en las que se ha recomendado esperar, que en esa ocasión los valores más llamativos fueron de SO₂, manifestó a la defensa que el arranque del día 21 fue en frío y que la parada tiene riesgo para el equilibrio de contaminantes; el Sr. E., quien manifiesta que durante una o dos horas los valores de SO₂ fueron muy altos, igualmente manifestó que sabía que había un compromiso con Rontealde de que tenía que comunicar a la Consejería cuándo pensaba arrancar, ya que la Consejería les podía informar si las condiciones eran adecuadas o se les avisaba si era conveniente esperar y que en la Viceconsejería no hubo constancia de que Rontealde hubiera llamado para pedir permiso para la arrancada. El Perito judicial, a diferencia de lo que hicieron los designados por la defensa, aportó datos que iban en la línea de que la emisión de SO₂ fue muy superior a la que estaba autorizada.

Respecto a la responsabilidad del ahora recurrente, el Tribunal de instancia razona que la conducta imprudente que se atribuye a los dos primeros acusados es permitir el precalentamiento y poner en marcha la fábrica sin cerciorarse de que las condiciones climatológicas permitieran la dispersión de eventuales emisiones por encima de los niveles habituales de Rontealde, imprudencia que, dado el ámbito profesional en que actuaban y los sobrados conocimientos que debían poseer tanto sobre la incidencia de las sustancias contaminantes en la calidad del aire como de las condiciones atmosféricas en la dispersión, la convierte en imprudencia grave profesional. Pues bien, no plantea cuestión que, en el momento de producirse los hechos, el ahora recurrente era el Director técnico de la empresa «Rontealde, S. A.», reconociendo en el acto del juicio oral que llevaba todas las operaciones operativas o sea el funcionamiento de las instalaciones, siendo superior jerárquico del Jefe de producción, que fue en definitiva, con el concurso del otro acusado, quien dio la orden de arranque de la planta en esas circunstancias atmosféricas y sin adoptar las medidas de precaución y cuidado que le eran exigibles y que le hubieran permitido conocer que las condiciones

atmosféricas existentes no eran favorables. No se puede olvidar que ha quedado acreditado que en el momento de producirse el arranque existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes potenciado por la baja velocidad del viento. La lectura del acta del juicio oral permite observar, por la declaración prestada por el acusado K.I., que la decisión se adoptaba en común y de consuno y reconoce que habló con E. antes de que llegara a la fábrica y, asimismo, reconoció que siempre avisó a medio ambiente cuando paraba y arrancaba y que esta vez no se avisó al arrancar porque era de madrugada y no había nadie en la oficina, añadiendo que no se consideraron las condiciones climatológicas y que no las conocía.

El ahora recurrente, asimismo, coincide sustancialmente con lo afirmado por K.I. y admite que recibió varias llamadas de la Policía Local y del ingeniero de Baracaldo y que hubo muchas otras llamadas; y asimismo reconoció que las condiciones climatológicas influyen no sólo en los focos de emisión, sino en la situación medioambiental de una zona.

Así las cosas, el Tribunal de instancia ha contado con medios de prueba, legítimamente obtenidos, que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado.

[...]

Noveno. En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción del artículo 325 del Código Penal.

Lo que se trata de combatir a través del presente cauce casacional es el juicio de subsunción realizado en la Sentencia recurrida en cuanto aprecia que los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito de homicidio imprudente en concurso ideal con un delito de lesiones imprudentes, afirmándose que los hechos no son constitutivos de ninguno de dichos delitos al no concurrir ni la infracción del deber objetivo de cuidado propio de las acciones y omisiones imprudentes, ni la relación causal entre la conducta de mi representado y la muerte y las lesiones que constituyen el resultado material de los citados delitos, ni tampoco la previsibilidad de dichos resultados.

Este motivo tampoco puede prosperar y la mención que se hace del artículo 325 del Código Penal debe ser un error.

El Tribunal de instancia califica la conducta de los recurrentes como constitutiva de delitos de homicidio y lesiones imprudentes al haber ordenado el precalentamiento y puesta en marcha de la fábrica sin cerciorarse de que las condiciones climatológicas permitirían la dispersión de las emisiones que esa arrancada suponía por encima de los niveles habituales de Rontalde. Imprudencia que, dado el ámbito profesional en que actuaban y los sobrados conocimientos que debían poseer tanto sobre la incidencia del dióxido de azufre en la calidad del aire como de las condiciones atmosféricas en la dispersión, pudiendo estar en peligro la salud de los vecinos de la zona, la convierten en imprudencia grave profesional.

La esencia del desvalor de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis *ex ante* y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la Ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*.

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado, comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último, la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable, ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

Aplicando la doctrina que se deja expuesta sobre los delitos imprudentes al caso que examinamos, podemos comprobar que concurren cuantos elementos le caracterizan.

Los acusados crearon una situación de peligro al iniciar el proceso de arrancada de la planta, con la consiguiente emisión de SO₂ a la atmósfera, sin cerciorarse si las condiciones climatológicas existentes eran las adecuadas, desconocimiento que hubieran evitado si hubieran adoptado las medidas de precaución y de deber de cuidado que les eran exigibles, por sus conocimientos técnicos y experiencia profesional, produciéndose un resultado lesivo a la salud de las personas que les era imputable, ya que supuso un incremento de riesgo no permitido, estaba dentro del ámbito de protección de la norma y evitable si hubieran adoptado esas medidas de cuidado, máxime cuando en la licencia de apertura constaba que era necesario comunicar a la Viceconsejería de Medio Ambiente los procesos de arrancada para que se comprobara si las condiciones climatológicas lo permitían, siendo de reiterar los razonamientos ya expuestos, al examinar el primer motivo, sobre la relación causa-efecto.

Por consiguiente, el Tribunal de instancia ha subsumido correctamente la conducta de los acusados en los delitos que se les imputan.

[...]

Décimo.—En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción de los artículos 27, 28 y 5 del Código Penal.

Lo que se trata de poner de relieve en el presente motivo de casación es la aplicación indebida de los artículos 27, 28 y 5 del Código Penal, pues, aun en el caso de estimar que los hechos son constitutivos de delito, no era mi representado quien tenía encomendada la función de comunicar los arranques de la planta, por lo que no puede ser responsable criminalmente de dicha omisión.

Ya se ha hecho antes referencia a la actividad profesional que realizaba el ahora recurrente en la planta de Rontealde y a esa dirección técnica no le eran ajenas las condiciones y medidas que debían adoptarse antes de que se diera la orden de arrancada, y tan es así que, como superior jerárquico del jefe de producción, se hizo cargo de esa arrancada una vez que se constituyó físicamente en la planta, como suya era esa dirección antes de marcharse y mientras estuvo físicamente ausente, y suya fue,

asimismo, la decisión de acatar la orden que había salido de la Policía Local de que se parase la planta ante el incremento de los problemas de salud de los vecinos de la zona.

Es de reproducir lo expresado en el anterior motivo sobre la calificación jurídica de los hechos y la participación de este acusado en los mismos.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

(Sentencia de 27 de septiembre de 2004)

ARTÍCULO 147

Lesiones ocasionadas durante detención ilegal: responsable de quien participa en ésta aunque no haya ocasionado directamente aquéllas

Preliminar.—Deliberado el recurso de casación tras la celebración de la vista, es procedente realizar una breve consideración sobre los hechos objeto del presente recurso.

Los hechos a los que se contrae la sentencia impugnada son de una gravedad pavorosa. La privación de libertad, forzada e ilegal, de una persona siempre es un hecho muy grave. En el caso que conocemos en el recurso la gravedad roza lo inhumano. El desarrollo del secuestro durante un largísimo plazo, cuatrocientos noventa y dos días, las condiciones del encierro, la oscuridad, el racionamiento de la comida, las reducidas dimensiones del habitáculo dispuesto por los secuestradores, que imposibilitan mantener el cuerpo erguido o tumbado etc., aparecen relacionadas en el hecho probado de la sentencia impugnada de manera sobria y objetiva, aunque suficiente para atisbar el sufrimiento de la víctima. Además, en el secuestro ha mediado la petición de rescate que ha sido aprovechado para agravar las condiciones del encierro, en la medida en que la víctima era falsamente informada de la negativa de los familiares a atender las demandas de los captores.

La sentencia penal, la condena que incluye, nunca podrá reparar el daño causado a la víctima y a su familia, sólo supone la declaración y reproche social al hecho. Para ella va dirigida la solidaridad de la sociedad y de quienes hemos podido ser testigos de su sufrimiento.

En otro orden de cosas, es digno de reconocimiento la actuación jurisdiccional del Tribunal de instancia. En la sentencia el Tribunal ha realizado una cuidada redacción de los hechos acreditados y una esmerada motivación de la convicción y de la subsunción que ha permitido a las partes elaborar la impugnación, con observancia de sus derechos legales y constitucionales, y a esta Sala responder a las pretensiones revisoras de la condena que le han sido planteadas.

[...]

Quinto.—En este motivo denuncia el recurrente la aplicación indebida del artículo 420 del Código Penal a los hechos declarados probados para él.

La lectura del hecho probado pone de relieve que el recurrente tuvo una participación activa durante todo el largo proceso de preparación del secuestro, que conocía al detalle las circunstancias y condiciones en las que se iba a realizar el encierro. Participó de forma directa en la ejecución última al llevar a una parte de los acusados al lugar del secuestro, prestar su labor de vigilancia y apoyar, en todo momento, la acción.

Es cierto que una vez que se produjo el cambio de la secuestrada a otro vehículo se alejó del lugar llevando a otros de los coimputados. Este comportamiento ha dado lugar a que se le haya reconocido, sin lugar a dudas, como autor material de la detención ilegal, y así se declara y se confirma en el fundamento de Derecho tres de esta sentencia.

En relación con el delito de lesiones por el que se le ha condenado, manifiesta su oposición alegando que su intervención terminó en el momento antes descrito.

Ahora bien, la división de funciones dentro de un plan concertado, tan laboriosamente desarrollado y con tanto tiempo para su ejecución, nos permite afirmar, sin el menor género de dudas, que el acusado conocía las condiciones inhumanas del lugar en el que se iba a encerrar a la secuestrada. Al mismo tiempo fue consciente de que la situación de encierro se prolongó en el tiempo y que estos dos factores hacían no solamente probable, sino prácticamente seguro, la reproducción de lesiones físicas y psíquicas.

Su participación en la realización del plan le conecta y le hace asumir los resultados lesivos que se representó y aprobó. Permaneció impasible ante la prolongación del secuestro, lo que nos llevaría a la estimación del dolo eventual por la teoría de la aprobación por el consentimiento, sin descartar, por supuesto, de forma quizá más precisa, la teoría de la representación o de la posibilidad y probabilidad.

En todo caso, su indiferencia e inactividad ante una situación que conocía perfectamente que podía producir los resultados que se describen y que se le han imputado no le movió a actuar a favor de la víctima, lo que le convierte en autor por omisión sin ningún género de dudas de las lesiones producidas, dando lugar a la desestimación del motivo.

(Sentencia de 6 de mayo de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA RESPECTO AL MOTIVO QUINTO OPUESTO POR EL RECURRENTE INOCENCIO CONTRA LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GERONA, DE FECHA 10 DE ABRIL DE 2003

Disiento de la sentencia de la que he sido ponente en este único extremo. A mi juicio la impugnación desarrollada en el motivo quinto debió ser estimada. Según el relato fáctico sólo intervino en el día del secuestro. Y no participó, ni activa ni omisivamente, en la causación de las lesiones.

Articulada la oposición por error de derecho, el motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado discutiendo desde la asunción del relato fáctico la errónea subsunción del hecho en la norma penal que invoca como indebidamente aplicada, en este caso, el delito de lesiones.

El relato fáctico en lo que interesa a la impugnación refiere que el recurrente participó en la forma que se ha analizado en el cuarto de los fundamentos de esta sentencia en el secuestro de la perjudicada. Se afirma en el hecho probado que no tuvo otra intervención, sin que participara en lo acaecido en los días posteriores, los cuatrocientos noventa y dos días que duró la detención de la perjudicada. Consecuentemente, se afirma, no tuvo intervención alguna en la causación de las lesiones.

Afirma la sentencia, y el Ministerio Fiscal en su informe a la impugnación, que la imputación, objetiva y subjetiva, del recurrente en las lesiones deriva de la intervención inicial en la detención, que le colocó en posición de garante, por lo que su inac-

tividad en orden a finalizar la situación de secuestro le constituye en autor de tales hechos, siendo imaginables acciones que pudiera realizar el recurrente para poner fin a la situación causal al delito de lesiones por el que es condenado.

Esa argumentación es válida en orden a justificar la subsunción en el delito de secuestro con la duración que se declara probada, pues la participación en el mismo, en su momento inicial, le hace responsable respecto al delito y a las agravaciones previstas en el tipo penal. Participó activamente en la detención ilegal y esa actuación ilícita, que el acusado ha generado, le coloca en situación de garante respecto a las agravaciones específicas del delito de detención ilegal. Esto es, la injerencia previa le coloca en posición de garante respecto al secuestro. Ahora bien no puede decirse lo mismo respecto al delito de lesiones que se le imputa, pues, desde el relato fáctico, se afirma que no tuvo ninguna otra participación, concretamente en el desarrollo de la privación de libertad, desconociendo las concretas circunstancias de la detención prolongada y generadora de las lesiones.

Ese desconocimiento de las concretas circunstancias de la detención de la perjudicada, que en el relato fáctico constituyen el medio comisivo del resultado lesivo, suponen que para este acusado no pueda serle imputado el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar con respecto al delito de lesiones. En otras palabras, si desconocía las concretas circunstancias de la detención, que es la causante de las lesiones físicas imputadas, no surgió para este recurrente la obligación de actuar para defender el bien jurídico integridad física del delito de lesiones. Lo contrario, afirmar la responsabilidad penal por comisión por omisión respecto a los delitos cometidos durante el secuestro a quien sólo intervino en su inicio, equivaldría a la responsabilidad por el resultado, a manera de *versari in re ilícita*, proscrito por el principio de culpabilidad bajo el que se ordena la exigencia de la responsabilidad penal.

Consecuentemente, el motivo debió ser estimado.

ARTÍCULO 153 (REDACCIÓN DADA POR LEY ORGÁNICA 14/1999)

Agresión no existiendo convivencia: la falta de ésta entre personas unidas afectivamente impide apreciar los malos tratos habituales en hechos cometidos durante la vigencia del artículo 153 en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/1999, y no por la Ley Orgánica 11/2003

Primero.—El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de malos tratos habituales del artículo 153; de un delito de lesiones causantes de deformidad del artículo 150, y de una falta de lesiones del artículo 617, con la concurrencia en todos ellos de la eximente incompleta de intoxicación alcohólica, a la pena, por el primer delito, de dos meses de prisión que se sustituye por ciento veinte días de multa con una cuota de 1,20 euros; por el segundo delito, de nueve meses de prisión, y por la falta de tres fines de semana de arresto. Autorizando el cumplimiento de la pena mediante la sumisión a tratamiento de deshabitación en centro adecuado.

Contra la sentencia formaliza tres motivos de casación. En el primero, alega la vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que no ha habido prueba de cargo suficiente para acreditar la relación de causalidad entre la agresión y la pérdida de la pieza dentaria. La declaración de la propia perjudicada no es terminante y existen dos dictámenes forenses contradictorios sobre el particular, lo que introduce serias dudas que deben resolverse a favor del reo.

El derecho a la presunción de inocencia está consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima y suficiente prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe esa presunción inicial.

Cuando se alega en el proceso penal su vulneración, el Tribunal de casación debe realizar una triple comprobación. En primer lugar, que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba que pueda considerarse de cargo, es decir, de contenido suficientemente incriminatorio, de tal manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos. En segundo lugar, que la prueba ha sido obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria.

En el caso actual, para considerar acreditado que la agresión efectuada por el recurrente sobre la persona de la víctima causó a ésta la pérdida de una pieza dental, el Tribunal, en un escueto razonamiento, ha tenido en cuenta la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, basada en los informes forenses que constan en autos, concretamente en el folio 55, en el que aparece el parte inicial de asistencia, y en el informe forense del folio 305. Es cierto que, como dice el recurrente, el informe forense emitido por el Dr. Jesús Carlos, folio 305, no es terminante en este sentido y refleja algunas dudas acerca de la relación entre la agresión y el resultado. Sin embargo, tal como consta en el acta, en el juicio oral compareció el médico que extendió el parte inicial de asistencia, ratificando su contenido. En dicho parte se vincula de forma clara la agresión sufrida por la víctima en esa fecha y la pérdida de la pieza dentaria, y no puede dejar de tenerse en cuenta que el mismo fue emitido tras el reconocimiento de la lesionada efectuado el mismo día en que ocurren los hechos, es decir, después de una observación directa de las lesiones realizada en el mismo día en que han sido causadas, mientras que el segundo, además de ser posterior en el tiempo en más de mes y medio, se basa exclusivamente en el examen del parte de lesiones. Ante dos dictámenes no coincidentes, el Tribunal ha optado por el contenido de uno de ellos, y después de lo antes dicho hemos de concluir que lo ha hecho de forma racional.

El motivo se desestima.

Segundo.—En el segundo motivo, por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 153 y del artículo 617, en relación este último con el artículo 20.2.º del Código Penal. Respecto del primero se afirma que no existía entre el condenado y la víctima una relación estable de afectividad, no habiendo convivido juntos nunca, lo que impide la aplicación del tipo.

En cuanto al segundo entiende que el alcoholismo crónico desde hace al menos diez años debe llevar a la apreciación de la eximente completa en el momento de la aplicación del artículo 617. Afirma que los episodios violentos se cometieron estando en plena intoxicación etílica.

El artículo 153 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, vigente al tiempo de cometerse los hechos enjuiciados,

en lo que aquí interesa, sancionaba con la pena de prisión de seis meses a tres años a quien «habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad». La modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, dio nueva redacción al precepto, que pasó a ser el apartado dos del artículo 173, con el siguiente texto: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Las novedades respecto de la redacción anterior son la desaparición de la exigencia de estabilidad en la relación de afectividad análoga a la del cónyuge y la introducción del inciso «aun sin convivencia».

La STS de 24 de junio de 2000 realiza un completo estudio del tipo, tanto en sus antecedentes como en su redacción vigente, y en ella se afirma que «es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad; dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar».

La doctrina contenida en la anterior sentencia ha sido recogida por otras posteriores, entre ellas, la STS de 22 de enero de 2002 y, recientemente, la STS de 18 de junio de 2003.

En estas resoluciones de la Sala se identifica el bien jurídico protegido con la paz familiar y con la dignidad de la persona en ese ámbito, concretamente, con su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. La sentencia STS de 26 de junio de 2000 destaca por su parte que «esta norma penal (art. 153 del CP/1995) ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente,

su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno», en los mismos términos ya adelantados por la STS de 20 de diciembre de 1996. En el mismo sentido, la STS de 28 de febrero de 2003 señalaba que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 153 del Código Penal es «la protección de las normas de concordia y paz familiar en las relaciones internas de tan importante y primario grupo social». Y en la STS de 24 de marzo de 2003 se dice que «el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas, sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática».

Por lo tanto, puede concluirse que al lado de la integridad o la salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos habituales el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.

Esta consideración queda reforzada tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, que en el nuevo artículo 153 del Código Penal intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia, al tiempo que sitúa los malos tratos habituales en el artículo 173.2, entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, sancionándolos diferenciadamente de modo agravado respecto del tipo básico principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen, aunque los límites del bien jurídico se hayan ampliado al no exigirse la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y al hacer una referencia expresa como posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Plantea el recurrente si en el ámbito de las relaciones de pareja, el tipo, en la redacción vigente al cometer los hechos, exige la convivencia o si sería posible aplicar el precepto, como hace la sentencia, acreditando solamente la relación estable de afectividad, presente o pasada, sin necesidad de que esté unida a una convivencia efectiva. La redacción del tipo según la Ley de 1999, en el inciso antes transcrito, no hace mención expresa a este elemento, limitándose a exigir que el sujeto pasivo sea el cónyuge o persona unida de forma estable por análoga relación de afectividad. La exigencia de estabilidad incorpora un elemento de permanencia en la relación, pero tampoco supone necesariamente la convivencia. Es posible una relación de afectividad estable, por su persistencia temporal, sin que venga acompañada de la convivencia.

Sin embargo, ante el silencio de la Ley, existen otros argumentos que abonan la exigencia de una convivencia real, con unas u otras características, entre autor y víctima en estos casos. En primer lugar, el bien jurídico protegido, en la forma en que ha sido entendido por las resoluciones de esta Sala antes citadas, anteriores a la última reforma, Ley Orgánica 11/2003, se refiere a la paz familiar y a otros valores, pero siempre dentro de ese ámbito. Y el requisito primero para la existencia de un núcleo familiar entre dos personas es la convivencia entre ellas, al menos en algún momento de la relación.

En segundo lugar, la redacción del precepto da a entender que, en orden a la determinación de la relación de afectividad, la referencia se hace al matrimonio, pues aquella ha de ser análoga a la del cónyuge. Y es claro que el matrimonio se caracteriza, entre otras cosas, por la convivencia de los cónyuges, artículo 68 del Código Civil. Así ocurre tanto si la referencia se centra en la analogía con la relación entre cónyuges como si se hace respecto de la afectividad entre ellos, pues una y otra tienen como una de sus características la convivencia. En tercer lugar, en el inciso siguiente

del precepto aplicado se menciona como posible sujeto pasivo del delito a «los hijos propios o del cónyuge o conviviente».

Y en cuarto lugar, así lo indica la evolución legislativa del precepto. La Ley Orgánica 3/1989 introdujo en el Código Penal derogado una nueva redacción del artículo 425 en el que, en lo que aquí interesa, se sancionaba con la pena de arresto mayor a quien «habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad». En la interpretación de este artículo esta Sala entendió que uno de los elementos del tipo era la convivencia, habida cuenta de la referencia al cónyuge (STS de 11 de mayo de 1995). La previsión legal fue recogida en el Código de 1995, en el artículo 153, prácticamente con la misma redacción en este punto, pues se suprimió la referencia a «cualquier fin» y se añadió el requisito de que la relación de afectividad fuera estable. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modificó el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y con el propósito de mejorar tal protección, modificó el artículo 153 añadiendo al tipo los supuestos de violencia psíquica y aquellos otros en los que la relación matrimonial o de afectividad análoga hubiera existido, aunque al cometer el hecho hubiese ya cesado. La STS de 24 de junio de 2000, antes citada y reiterada luego en la STS de 22 de enero de 2001 y en la STS de 11 de marzo de 2003, en relación a esta modificación legal, recogía la exigencia de la convivencia en los siguientes términos: «En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella».

El propio legislador ha debido entender de esta forma el sentido de la regulación legal cuando en la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se le da una nueva redacción, antes transcrita, constituyendo el apartado segundo del artículo 173, en el marco de los delitos contra la integridad moral, en la que la relación de afectividad, presente o pasada, análoga a la del cónyuge no precisará del requisito de la convivencia para que sean sancionados con arreglo a este artículo los malos tratos habituales ejecutados dentro de su ámbito. El legislador ha entendido que, para una mejor y más amplia protección de las víctimas de estas conductas que preocupan seriamente por su reiteración y gravedad y que merecen un contundente reproche social por sus características, deben incluirse en el tipo los supuestos de malos tratos habituales también en situaciones de afectividad análoga a la existente entre cónyuges, aun en los casos en los que no exista convivencia entre ellos. Y para hacer efectiva tal opción ha procedido a la modificación del precepto, lo que indica que, según su propia interpretación, tales conductas no quedaban incluidas en la redacción anterior del tipo. La introducción del inciso «aun sin convivencia», a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora, desde su entrada en vigor, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aun que no exista convivencia.

La sentencia de instancia se limita a declarar probado que el acusado mantuvo con la víctima de sus agresiones «una relación sentimental estable», añadiendo en el fundamento de Derecho primero que «no obsta a la permanencia y profundidad de dicha relación de afectividad el que cada uno continuara viviendo en su domicilio, de

próxima vecindad». Con independencia de que el Tribunal debería haber descrito en el hecho probado las características de la relación para después deducir en los fundamentos jurídicos el carácter estable de la misma a los efectos del tipo, la escasez de datos fácticos contenidos en la sentencia acerca de este extremo concreto de las relaciones entre autor y víctima impide considerar acreditada la existencia de una convivencia entre ambos que pueda valorarse como tal, sin que pueda ser presumida en contra del reo, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo en la redacción del Código Penal vigente al tiempo de cometer los hechos, lo que ha de conducir a la estimación del motivo y a la absolución del acusado por este delito, sin perjuicio de que su conducta obtenga un adecuado reproche a través de la imposición de las penas y medidas de seguridad impuestas por el delito y la falta de lesiones.

En este aspecto, por lo tanto, el motivo se estima.

La segunda cuestión que el recurrente plantea en este motivo no puede tener la misma acogida. Pretende que el alcoholismo crónico que se aprecia en la sentencia conduzca a la aplicación de la eximente completa y sostiene que en el momento de la comisión de los hechos se encontraba en un estado de intoxicación etílica.

Con independencia de que no queda demasiado claro cuáles son las razones que tiene el recurrente para limitar la aplicación de la eximente completa a la falta del artículo 617, lo cierto es que la vía casacional elegida impone el respeto al hecho probado. De los aspectos fácticos de la sentencia se deduce que la dependencia del acusado al alcohol tiene una evolución de doce años y que los hechos fueron realizados en el curso de episodios de ideación auto-hetero-lesiva, en el contexto de intoxicaciones etílicas. La importancia de los efectos que el consumo de alcohol haya podido producir en el sujeto, tanto por su prolongación en el tiempo como por los efectos de la ingesta en el momento de los hechos, ha conducido al Tribunal a apreciar la concurrencia de una eximente incompleta y a imponer, además de la pena, una medida de seguridad de sumisión a tratamiento en centro de deshabituación alcohólica adecuado en el régimen que requiera dicho tratamiento hasta la desintoxicación, con el límite previsto en el artículo 104 del Código Penal en relación a la pena correspondiente al delito.

Sin embargo, no se describe una situación del acusado en relación con el alcoholismo o con la ingestión de alcohol al cometer el hecho que necesariamente obligue a entender que en el momento de los hechos se encontraba en un estado de intoxicación etílica de tal profundidad que produjera la anulación completa de sus facultades. El Tribunal lo valora en el sentido de declarar probada una disminución profunda, sin anulación, de las facultades del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, y no se aportan otros datos que permitan desvirtuar esa consideración y sustituir la valoración del Tribunal por otra que acepte la anulación total de dichas facultades. En cualquier caso, las características del alcoholismo del acusado, tal como resultan de la sentencia, provocarían que la estimación de este motivo no repercutiera de forma apreciable en las consecuencias jurídicas de su conducta, toda vez que sería igualmente imponible la medida de internamiento, o del tratamiento oportuno, hasta la desintoxicación, con los límites del artículo 102 del Código Penal, sustancialmente idénticos a los del artículo 104.

En este aspecto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 29 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 197

Las conductas de utilización de artificios técnicos de escucha, grabación o reproducción para la finalidad específica de intervenir las conversaciones de una persona, sin que exista mandamiento judicial, integra el delito del artículo 197 CP. Pero así como el agente del que se acreditó su participación material en las escuchas responde como autor, no lo hacen aquellos contra los que sólo existen los datos de ser directores del Centro del que dependía el agente y otros indicios muy débiles y abiertos. Consumación del delito y problemas de dominio funcional del hecho

Recursos interpuestos por E.M., J.C. y por el Ministerio Fiscal

Único. [...] El Ministerio Fiscal niega la autoría de los acusados E.M. y J.C. alegándose que no tienen el dominio funcional del hecho por ostentar el cargo de Director General del CESID ni los indicios en los que se apoya la sentencia para determinar la incriminación alcanzan la potencialidad necesaria para ello, no existiendo prueba de que dieran la orden de que se llevara a cabo la actividad ilícita.

El Tribunal de instancia declara probado que estos acusados, que eran Directores del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), conocían y facilitaron los medios para la realización de las actividades que asimismo se declaran probadas y se sustentan, sustancialmente, tales extremos del relato fáctico, en el hecho de que las personas que participaron en la actividad delictiva pertenecen a una organización militar, claramente estructurada y jerarquizada y atendida la importancia del desembolso económico para la adquisición de un inmueble y la realización de unas obras, tuvo que ser aprobado por el organismo competente, y aunque no ha quedado demostrada la cadena jerárquica del organismo ni la forma de funcionamiento de los Jefes de la agrupación operativa, quienes declararon que despachaban con el Director de las cuestiones importantes y que, dadas las peculiaridades del caso, resulta lógico pensar que la conducta delictiva enjuiciada era conocida por los Directores que tuvieron el dominio funcional del hecho.

En definitiva, según la sentencia de instancia, aparece como esencial elemento incriminatorio el que estos dos acusados fuesen Directores del Centro Superior de Información de la Defensa, ya que los otros elementos se contraen a que por su condición de Directores de ese Centro tenían que conocer las investigaciones que se realizaban por los agentes cuando se tuvo que adquirir una vivienda en la que se realizaron obras y en la que se practicaron ilícitas observaciones de conversaciones telefónicas en una de las sedes de Herri Batasuna.

El Tribunal de instancia destaca que los agentes que materializaron la interceptación de las conversaciones telefónicas pertenecían a una organización militar, claramente estructurada y jerarquizada, y ello, junto a los datos antes mencionados, permitió sustentar el dominio funcional de los Directores del Centro sobre lo que hacían sus subordinados y su consiguiente calificación de coautores de los hechos que se les imputan.

Aparecen, pues, como coautores en lo que doctrinalmente se viene llamando una estructura de poder organizada, caracterizada por el hecho de que el sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria personal –dominio de la organización– que le sirve de instrumento para la comisión de las conductas delictivas.

Ciertamente eso es así cuando de organizaciones criminales se trata, cuya estructura, en su conjunto, se encuentra al margen de la legalidad.

Ello en modo alguno se puede afirmar respecto al Centro Superior de Información de la Defensa, organismo que tuvo como misión esencial la defensa del Estado, y lo mismo cabe decir del Centro Nacional de Inteligencia, organismo que sustituye al Centro Superior de Información de la Defensa, regulado por Ley 11/2002, de 6 de mayo, cuyo artículo 1.º establece como fines de dicha Institución prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones.

En consecuencia, el haber ejercido la Dirección del Centro que se ha dejado mencionado en modo alguno puede ser considerado un indicio incriminatorio, y tanto es así que ni el Ministerio Fiscal, ni las acusaciones particulares, ni por consiguiente la sentencia de instancia se han pronunciado sobre la responsabilidad de los dos Directores del CESID que ejercieron sus funciones en período de tiempo situado entre las fechas en que lo ejercieron los dos que sí han sido acusados por la acusación particular.

Habría que estar, pues, a la existencia de otras pruebas, directas o indiciarias, que pudieran acreditar que los dos Directores acusados por la acusación particular participaron por acción u omisión en los hechos enjuiciados y en concreto que se hubiera acreditado, como se sostiene en la Sentencia de instancia, que los dos acusados, ahora recurrentes, hubiesen conocido y apoyado los hechos que se realizaron en la que era sede de Herri Batasuna en Vitoria.

No existe en las actuaciones declaración ni documento alguno que evidencie el conocimiento por parte de estos dos acusados de la interceptación de comunicaciones telefónicas en la sede de Herri Batauna, conocimiento que ha sido negado expresamente por estos recurrentes.

Habría, pues, que acudir, ante la ausencia de pruebas directas, a la prueba de indicios.

[...]

Aplicando la doctrina que se ha dejado expresada al caso que examinamos, los indicios que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia para alcanzar la convicción de que estos acusados gozaban del dominio funcional del hecho, además del dato ya comentado de ser Directores del CESID y de la dependencia jerárquica de los agentes acusados, consistían fundamentalmente en la importancia del desembolso económico realizado para la adquisición de un piso –se dice nueve millones y medio más gastos e impuestos–, las obras realizadas en el mismo por importe de dos millones seiscientos mil pesetas y el valor de los aparatos intervenidos, todo ello, se dice, supone un importante coste y se declara por el Tribunal de instancia que ello tuvo que ser aprobado por el organismo competente –no se menciona a qué organismo se refiere– y a continuación se añade que de las declaraciones de los que fueron los Jefes de la agrupación operativa se evidencia que despachaban con el Director las cuestiones importantes, y que se ha tenido también en cuenta que el Ministro de Defensa se refirió en el Congreso a que de ese piso se había obtenido información valiosa en la lucha contra el terrorismo.

Los indicios que se acaban de dejar expresados en modo alguno pueden considerarse de naturaleza inequívocamente acusatoria y que de ellos fluyan de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, la consecuencia de la participación de los ahora recurrentes en el hecho delictivo del que fueron acusados, muy al contrario, no pasan de ser conjeturas que se presentan con un carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado, notas que excluyen, según la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, la razonabilidad y solidez de la inferencia.

No pueden considerarse especialmente llamativas las cifras económicas que se mencionan, como indicios incriminatorios, en la Sentencia de instancia, que segura-

mente representarán una partida menor en los indudablemente elevados gastos que debió afrontar el CESID, y lo más importante, que la adquisición de un piso por ese Centro en modo alguno puede ser considerado un indicio incriminatorio y menos que su único fin fuese la realización de conductas delictivas. Tampoco puede llamar la atención el hecho de que se sometiese a observación y vigilancia, en esa y en otras sedes, a Herri Batasuna, por las sospechas de que mantenía contactos con la organización terrorista ETA, como ha sido declarado judicialmente con posterioridad. El Ministro de Defensa, en su comparecencia en el Congreso, no se refiere expresamente a interferencias telefónicas ni hace mención alguna de que los ahora acusados estuvieran impuestos de lo que se pudiera hacer en ese piso. Llama la atención que el Tribunal de instancia exprese que «resulte lógico pensar que los sucesivos Directores eran informados de tan especial operativo...», cuando sólo se acusa a dos de ellos sin que exista referencia a los otros dos Directores que rigieron el Centro en el período intermedio. Como igualmente resulta bien anómalo que se utilicen como elementos indiciarios las declaraciones de los jefes de la agrupación operativa, para inferir que éstos pudieron informar a los Directores de lo que sucedía en el piso, y no se hubiera dirigido el proceso contra ellos, produciéndose un salto, difícil de imaginar, entre las conductas de los agentes que materializaron las intervenciones y los Directores Generales del CESID. Lo cierto es que dichos jefes operativos nada aportaron sobre el conocimiento que pudieran tener los ahora recurrentes.

Así las cosas, y por todo lo que se deja expresado, no existe prueba de cargo que contrarreste el derecho de presunción de inocencia que ampara a estos dos acusados, procediendo dictar una sentencia absolutoria.

Recurso interpuesto por M.C.

Tercero.—En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 197 y 198 del Código Penal.

Se alega que los informes periciales que ha tenido en cuenta la Sala de instancia no permiten llegar a la conclusión de la consumación del delito de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas.

Como señala el Ministerio Fiscal, el motivo está aquejado de un radical defecto de planteamiento, pues no obstante ser de infracción de ley, prescinde de lo declarado en los hechos probados, a pesar de que éstos tendrían que ser el inexcusable punto de partida de cualquier objeción en materia de subsunción. Y es que, en efecto, dados los términos en que la Sala de instancia se pronuncia, lo único cierto es que en el piso de X, 6, 1.º, se llevaron a cabo «tareas de control y audición» de las comunicaciones producidas «en la sede de Herri Batasuna a través de los medios técnicos instalados».

Pero no se trata únicamente de que estos asertos figuren formalmente en el relato de hechos de la sentencia. Es que los mismos tienen inobjetable soporte probatorio, que resulta del dato acreditado de que la instalación del sistema de escuchas llegó a ser completa, de manera que los cables sólo estuvieron en puntas tras la retirada de los aparatos por orden judicial. Consta (folio 47 de la causa), por comprobación del Juzgado, que «de los equipos de grabación de audio discurrían tres cables blancos conexiónados a las líneas telefónicas del local de la sede de Herri Batasuna».

Por lo demás, y aunque la objeción se enfocase bajo el prisma del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, el asunto ya ha sido abordado al examinar el primer motivo de este recurso, con el resultado que se deja mencionado.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 del Código Penal en relación con los artículos 197.1 y 198 del mismo texto legal.

El Ministerio Fiscal niega la autoría de los acusados E.M. y J.C. alegándose que no tienen el dominio funcional del hecho por ostentar el cargo de Director General del CESID ni los indicios en los que se apoya la sentencia para determinar la incriminación alcanzan la potencialidad necesaria para ello, no existiendo prueba de que dieran la orden de que se llevara a cabo la actividad ilícita. Se añade que no queda acreditada la fecha de inicio del delito y que existe la incongruencia de que se condena por el mero hecho de ser Directores del CESID, y se concreta en el que fue Director hasta el 7 de julio de 1995 y de quien lo fue desde el 25 de mayo de 1996 y no a los que lo fueron durante el período intermedio.

Es de dar por reproducido lo expresado para estimar los motivos en los que los dos recurrentes, a los que se se refiere el Ministerio Fiscal, han sido declarados absueltos en virtud del derecho de presunción de inocencia, derecho invocado igualmente en este recurso aunque se hubiese formalizado por el cauce de infracción legal.

Con este alcance el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ [...]

II. Acerca de los recursos formulados.—Mi criterio al respecto es que las impugnaciones planteadas tendrían que haberse resuelto de la forma que razono en lo que sigue. Salvo la de M.C. y la del Abogado del Estado, naturalmente, pues han sido tratadas por la mayoría con un criterio que comparto.

a) Recurso de F.B.

Preliminar.—Se trata de la impugnación de un recurrente fallecido durante la tramitación del recurso, pero, puesto que en la sentencia de la mayoría se considera vulnerado por la condena su derecho a la presunción de inocencia, me veo obligado a entrar en el examen de aquélla, ya que, a mi juicio, también en este aspecto es correcta la decisión de la Audiencia Provincial.

Primero.—Se ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del artículo 198 del Código Penal. La Sala de instancia ha condenado, apoyando tal decisión de aplicar el subtipo agravado en que los ejecutores materiales de la acción eran guardias civiles destinados en el CESID y quienes facilitaron la instalación del dispositivo de escucha y lo mantuvieron eran militares de profesión. Y la impugnación se funda en que, a pesar de darse esa calidad en los condenados, no concurrió el elemento de aprovechamiento del cargo para ese fin. Además, se dice, la sentencia no individualiza las conductas, cuando tendría que haberlo hecho, justificando en cada supuesto tal opción en materia de penalidad. Así, en el caso del recurrente, no se habría dado ninguna relación con los perjudicados de la que hubiese podido abusarse y tampoco cabe hablar de utilización interesada de la función pública.

Como el propio impugnante señala en su escrito, la jurisprudencia es constante y uniforme al tomar el término «prevaleándose» en su sentido etimológico y más obvio

de aprovechamiento o instrumentalización jurídicamente impropia de algo –en este caso una función pública– como medio para conseguir un fin, que, así, resulta accesible o de más fácil obtención, precisamente, por tal uso desviado de ese recurso.

En los hechos de la sentencia es claro que la instalación del sistema de escuchas se debió al CESID, que pudo realizarla por su notable capacidad operativa y disponibilidad de medios; que, es obvio, no estaban al alcance de cualquiera. Como lo es también que los implicados en los distintos planos de esa actuación criminal operaron en su calidad de directivos –como se verá– y agente del instituto, sin la que tal clase de intervención no habría podido darse. Así, pues, en todos los supuestos y, por ello, también en el de este recurrente, la actuación reprochada sólo se explica por la condición funcionarial y la integración en el CESID. De este modo, queda fuera de toda duda que esa calidad pública, legalmente preordenada a la realización de fines compatibles con el vigente orden jurídico, fue objeto de un uso instrumental ilegítimo, objetivamente ajeno y extraño al cometido institucional, y tipificado como delito. Es por lo que la aplicación del artículo 198 CP goza de pleno fundamento, y el motivo no puede estimarse.

Segundo.–Se ha alegado también infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por quebrantamiento de las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, al haberse aplicado los artículos 197 y 198 del nuevo texto y no los artículos 192 bis o 497 bis del derogado. El argumento es que lo único que relaciona al que ahora recurre con la vivienda de X, 6, 1.º izda. es una factura del año 1992, y que, siendo así, es este dato el que tendría que haber determinado la norma aplicable.

Pero al discurrir así se pierde de vista que en los hechos probados B. resulta asociado a la actividad de escucha allí descrita en todo el curso de su desarrollo, que, claramente, se proyecta en el tiempo más allá de la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Por otro lado, tal aspecto de la decisión tiene un consistente fundamento probatorio que en la sentencia se expone con el debido detalle. En efecto, al tratar de la autoría, en el caso de este recurrente, se señala cómo la factura aludida acredita su vinculación a la vivienda ya en 1992, mientras que existen indicios consistentes de que, con posterioridad y hasta 1998, siguió residiendo en Vitoria y percibiendo su sueldo del Ministerio de Defensa, en su calidad, pues, de integrante del CESID y vinculado a la actividad de que se trata. Es por lo que el motivo resulta inatendible.

[...]

b) Recurso de E.M.

Cuarto.–Se ha aducido infracción de los artículos 197, 198, 15 y 16 CP, pues –se dice– los hechos realmente probados no pasarían de ser actos preparatorios impunes. El argumento es que el umbral del *iter criminis* del artículo 197.1 CP se sitúa en el momento de manipulación de la línea y aquél se perfecciona cuando la instalación del aparato de interceptación queda listo para cumplir automáticamente su función sin previa ni nueva actuación del instalador. Y en este caso no existen pruebas de que se hubieran realizado grabaciones.

El motivo es francamente inatendible, al ser de infracción de ley y en vista de que en los hechos probados consta con total claridad que se instalaron los equipos de escucha y que fueron efectivamente utilizados para esta finalidad específica, con resultados ciertos de escucha. A este respecto, el precepto del artículo 197.1 CP no puede ser más claro en sus previsiones: que se entienden realizadas con la mera ejecución de la conducta de utilización de artificios técnicos de escucha [...] grabación o reproducción para estas finalidades específicas.

Quinto.—Aquí la objeción es de infracción del artículo 28 CP, al no ser el recurrente autor material ni participe de los hechos delictivos; y se formula para el caso de no estimarse el motivo precedente.

Pero la cuestión que ahora se plantea tampoco puede ser atendida, puesto que parte de un presupuesto que contradice abiertamente los hechos de la sentencia recurrida, donde se afirma con total claridad que A.M. «conoció, apoyó y facilitó los medios necesarios para realizar» la actividad ilegal de que se trata. Forma de obrar esta que, en la perspectiva del artículo 197.1 CP, siempre daría satisfacción a las exigencias del artículo 28 CP, siquiera a las expresadas en la letra *b*) del segundo apartado.

d) Recurso del Fiscal.

Lo ha interpuesto, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por el único motivo de indebida aplicación del artículo 28 en relación con el artículo 197.1.º y 198 CP, en los casos de J.C. y E.M.

En la sentencia de instancia se lee que este último «conoció, apoyó y facilitó los medios necesarios para realizar» la actividad ilegal que motiva la condena. Mientras al primero se le atribuye que «conoció la existencia del operativo audiotécnico desplegado sobre la sede de H. B. Y adoptó las medidas precisas para asegurar la ejecución de la misión al igual que su predecesor».

Como ya se ha dicho en el momento de examinar los motivos de idénticas características formulados por las defensas de estos recurrentes, la impugnación fundada en supuesta infracción legal es inatendible en presencia de tales presupuestos fácticos, a los que hay que atenerse de manera inexcusable. Pero es que, además, y saliendo así al paso de algunas consideraciones del recurrente sobre la prueba —francamente impertinentes en el contexto del motivo— concurren también datos probatorios de cargo, que prestan el más consistente fundamento a las imputaciones relativas a ambos recurrentes, como asimismo se ha hecho notar con detalle bastante en otros momentos de esta resolución. Por ello, la objeción no puede estimarse.

e) En conclusión.

Por todo lo razonado es mi criterio que deberían desestimarse todos los recursos planteados, y no sólo el de Mario C. y el del Abogado del Estado, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

ARTÍCULO 202

La separación legal de un matrimonio, que atribuyó a uno de los cónyuges la que fuera vivienda familiar, fue incumplida por el marido que entró en la casa por una ventana, trepando, cometiendo el delito de allanamiento

Primero. [...] El artículo 202.1 del Código Penal aplicado por el Tribunal de instancia sanciona como autor de un delito de allanamiento de morada al particular que sin habitar en ella entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador. Situación que claramente se describe en la narración fáctica, ya que B.C., cuando realiza la conducta que ahora se sanciona, ya no vivía en el número X de la calle X, sino en otro piso diferente, según manifiesta, en compañía de una hermana.

Constando la voluntad contraria del morador a dichas entradas no sólo de sus propias manifestaciones, sino por las de M.S.G.G., que materialmente realizó el cambio de las cerraduras (folio 190). Sin que a ello se oponga el que la separación real y efectiva de los cónyuges no haya tenido reflejo judicial.

En este sentido la sentencia de 14 de enero de 1993, examinando una situación de larga convivencia que equipara a la relación conyugal, estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y condena como autor de un delito de allanamiento de morada a quien, habiendo cesado hacía algún tiempo tal situación de convivencia, penetra en la vivienda tras manipular las persianas de la casa hasta que éstas cedieron, afirmando que el procesado «hubo de forzar los obstáculos dispuestos por la morada para impedir o dificultar el acceso a su vivienda». Situación que aparece con una mayor claridad en el caso ahora enjuiciado, aunque en él no se haya aplicado el apartado 2 del artículo 202.

(Sentencia de 4 de junio de 2004)

ARTÍCULOS 237 y 239 *IN FINE*

Acceso a recinto donde se encuentra cajero automático mediante tarjeta sustraída ejerciendo violencia contra su dueño: Se comete robo con fuerza en las cosas en su modalidad de empleo de «llave falsa» cuando se accede a fondos de otro, utilizando una tarjeta ajena tanto para acceder al recinto donde está el cajero como para sacar el dinero del mismo

Primero.—El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim, por inaplicación de los artículos 237, 238.4.º y 239.2.º CP.

La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, ha entendido que no concurrió delito de robo con fuerza en las cosas, debido a que no hay constancia de que el cajero del que se extrajo el dinero —tras de haber obtenido la tarjeta magnética ejerciendo violencia sobre su dueño— estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni de que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o compuerta mediante el empleo de aquel instrumento.

El recurrente, citando jurisprudencia de esta Sala, discrepa de tal criterio y considera resuelta la cuestión aquí planteada, merced a la interpretación del artículo 237 en relación con el artículo 239 *in fine* del Código Penal, que asimila «las tarjetas magnéticas o perforadas» a las llaves, cuando se trata de delitos de robo.

Segundo.—El artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín «accedere», acercarse. Entre los significados del término, según el DRAE, está «entrar en un lugar o pasar a él». Acceso, por su parte, significa «acción de llegar o acercarse» y también «entrada o paso». A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados «tocar o alcanzar algo». Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en un lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas.

La decisión cuestionada se apoya en que la tarjeta no fue usada «para acceder al lugar donde se encontraba el dinero, sino que es el dinero el que resultó expulsado al exterior de forma mecánica una vez accionado el número secreto en el teclado». De este modo, aquélla, no fue «utilizada como llave para abrir el continente en cuyo interior se hallaba depositado el dinero. No concurre así el supuesto legal de *acceso al interior de un espacio cerrado, contingencia que, con arreglo al principio de legalidad, desplaza la conducta enjuiciada fuera de la norma punitiva*» tomada en consideración.

Tercero. Al razonar así, centrándose de la manera en que lo hace en la consideración del artículo 237 del Código Penal y en la formulación típica «acceder a un lugar», la sala de instancia no tiene en cuenta además las prescripciones del artículo 239 y del 238 del mismo texto legal. En efecto, el artículo 238 considera reos del delito de robo con fuerza, entre otros, a quienes ejecuten el hecho sirviéndose de llaves falsas. El artículo 239, último párrafo, asimila las tarjetas magnéticas a las llaves convencionales. Y el mismo artículo 238, en su número tercero considera fuerza típica el descubrimiento de las claves de objetos cerrados o sellados para sustraer su contenido. Siendo así, y teniendo en cuenta los posibles significados del término «acceder» empleado en el artículo 237, hay que entender que la propia ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél. De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la STS de 18 de febrero de 2000 y las que en ella se citan.

(Sentencia de 22 de enero de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2004

A mi entender –y en esto radica la base de mi discrepancia del criterio de la mayoría– el examen de la impugnación obliga a realizar la lectura sistemática de las disposiciones legales que constituyen el referente normativo de los hechos en presencia, en los términos que expondré a continuación.

Primero. El artículo 237 CP usa el término «cosas» para denotar: *a)* las que son objeto de apropiación, y *b)* las que son objeto de fuerza. En un precepto en el que la «fuerza» *debe ser* el medio para «acceder al lugar donde éstas se encuentran». Contexto de significado en el que, en realidad, «éstas» son más bien *aquellas*, esto es, las primeras. Pues, en la economía del texto, lo que ha de violentarse es el continente –o incluso el continente de otro posible continente– de los bienes cuya obtención se persigue, que aquí son, siempre, un contenido, inmediato o mediato.

El artículo 239 *in fine*, como se ha dicho, considera «llaves las tarjetas magnéticas». Éstas, como las llaves en general, adquirirán la calidad legal de «falsas» (art. 238.4.º CP) cuando hubieran sido «obtenidas por un medio que constituya infracción penal» (art. 239.3.º CP). Y, al respecto, el artículo 238.3.º CP tiene por autores del delito de robo con fuerza en las cosas a quienes hubieran realizado un acto de

apoderamiento mediante el «descubrimiento de [las] claves» de acceso al lugar en que se hallen los bienes de que se trate. Y, claramente, concibe estas últimas, asimismo, como las propias de «armarios, arcas, muebles...» dotados de «cerraduras» que sea preciso *franquear* (en el sentido de pasar a través de) para tomar las cosas del interior del lugar en que se encuentran. Así, en definitiva, incluso esas claves están pensadas como obstáculo o mecanismo de clausura que es preciso vencer o traspasar, y no como *procedimiento* de uso para la obtención de algún bien, dinero, por ejemplo, a través de un ingenio electrónico de expendición.

Segundo. Del marco prescriptivo configurado por los preceptos que acaba de citarse resulta lo siguiente:

a) Es un elemento *sine qua non* del tipo objetivo del delito de robo con fuerza que la acción verse sobre cosas que se hallen *dentro de* un «lugar». Es decir, de un espacio diferenciado y protegido de algún modo, de manera que no cabe apoderamiento sin entrada en el *interior* del mismo.

b) Las tarjetas magnéticas tienen la consideración de llaves falsas a los efectos del artículo 239 CP.

c) Las «claves» que contempla la ley son las propias de las cerraduras o mecanismos equivalentes de clausura, es decir, de los que cierran el acceso y no de los proyectados como cauce de distribución.

En vista de lo que acaba de exponerse hay que concluir que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante *la entrada en el interior de algún «lugar»*. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro.

Tercero. En el caso a examen y como se lee en la sentencia de instancia, es claro que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de esa circunstancia. Pues no consta que hubiera existido –mediante el empleo de la tarjeta– previo ingreso en un recinto cerrado en el que estuviera el cajero y tampoco que el propio teclado se hallase protegido por una cubierta que previamente tuviera que ser franqueada de esa misma forma.

De este modo, lo que realmente se produjo fue *la expulsión* de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima.

Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el artículo 237 CP.

Cuarto. Tiene razón el Fiscal cuando afirma que existe alguna jurisprudencia reconociendo a las tarjetas la consideración de llaves. Algo por demás obvio, a tenor de lo que prescribe el artículo 239 *in fine* CP. Pero sucede que la sala de instancia no cuestiona esa calificación legal. Lo que dice es que no basta cualquier uso de alguna de aquellas para integrar el delito del robo del artículo 237 CP, sino que se requiere un uso dotado de rasgos específicos que en el caso de la causa no concurren.

El recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de este tribunal de 26 de septiembre de 2001. Pero en ella se sostiene, primero, la asimilación de las tarjetas a las llaves, en los términos del artículo 239 CP. En segundo lugar, algo también descontado: que para que se dé el robo con fuerza en las cosas es preciso «acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble». Y, en fin, que en el caso de referencia la tarjeta fue utilizada «para acceder a varios cajeros automáticos». Donde «acceder», según el

Diccionario de la RAE es «tener acceso, paso o entrada a un lugar»; y conforme al *Diccionario del español actual* (Seco-Andrés-Ramos) «llegar a un lugar».

De este modo, lo que esa resolución *dice* en la más recta inteligencia textual de sus propios términos, no difiere en modo alguno de lo sostenido en la ahora recurrida.

Es por todo lo que entiendo que el recurso tendría que haber sido desestimado.

ARTÍCULO 248

Presentar producto pseudofinanciero que carece de autorización administrativa a potenciales destinatarios como una garantía de recuperar el valor de su desembolso por la adquisición de una franquicia de viabilidad cuanto menos incierta: delito de estafa versus contratos civiles criminalizados

Primero. 1. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal, se alega la aplicación indebida del artículo 248.1.º del Código Penal.

Aduce el recurrente que el engaño utilizado en este caso no puede considerarse bastante para inducir a error a personas como las que hicieron las inversiones, dada su capacidad económica y su experiencia mercantil, que les obligaba a un mínimo de prudencia antes de hacer inversiones importantes como las que hicieron.

Alega también que si el profesional engañado tenía, conforme a normas reglamentarias escritas o consuetudinarias, un determinado deber de diligencia que no cumple, y precisamente por ese incumplimiento fue eficaz el engaño puede faltar el elemento «bastante» referido al engaño que, en definitiva, de acuerdo con doctrina jurisprudencial, es un concepto relativo que ha de apreciarse *intuitu persona*.

En este caso, «cualquier persona con una experiencia mercantil media sabe que resulta imposible que una compañía, menos si no es una compañía de seguros registrada, puede seriamente asumir el riesgo de pagar no sólo el capital invertido, sino también las ganancias que se esperaban obtener». No se puede concebir «que esta garantía, que acompañaba al contrato principal de franquicia, pueda ser concebida como un ardid o artificio suficiente como para producir un error en los sujetos pasivos».

2. Es doctrina reiterada de esta Sala que los elementos del delito de estafa son: 1) un engaño precedente o concurrente, plasmado en alguno de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad; 4) un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, y 6) ánimo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina juris-

prudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos (entre otras STS de 13 de junio de 2002).

Antes y después de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que reformó profundamente el Código Penal de 1973 en el delito de estafa y desde luego en el Código vigente, el requisito fundamental de esta infracción delictiva es el engaño, que es su elemento más significativo, esencial y definitorio, que marca la diferencia con la apropiación indebida y con el ilícito civil que tendrá que ser necesariamente antecedente, causante y bastante (STS de 30 de enero de 2001).

Antecedente, por cuanto que tendría que preceder y determina el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado *dolo subsequens*. Causante, ya que el engaño debe hallarse ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial, de tal forma que éste haya sido generado por aquél. Y por último, bastante, toda vez que la evolución doctrinal en la actualidad no sigue la teoría objetiva, según la cual la mendacidad en que radica el engaño, debía ser capaz de incidir a error a una persona medianamente perspicaz, sino que se ha adoptado una teoría subjetiva, la que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño (en este sentido, SSTS de 4 de febrero de 1998 y de 8 de marzo de 2002).

En el delito de estafa el engaño ha de tener «la entidad necesaria –por decirlo con palabras de la STS, de 26 de junio de 2000– para que en la convivencia social actúe como un estímulo eficaz del traspaso patrimonial», lo que reiteran las SSTS de 13 de junio de 2002, de 24 de enero de 2003 y de 15 de marzo de 2003, y se produjo en el caso enjuiciado, a la luz de esta doctrina como se examinará a continuación.

La estafa, en suma, supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso en general. La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el *dolo civil* frente al *dolo criminal*.

La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio.

3. Se explica con expresiva claridad en el fundamento jurídico primero de la combatida que el producto seudofinanciero «Spendback» carecía de autorización o control administrativo y era de conocimiento exclusivo del recurrente que lo presentaba a los potenciales destinatarios como una garantía de recuperar el valor de su desembolso por la adquisición de la franquicia referida a un ámbito de actividad comercial absolutamente carente de contraste y viabilidad cuanto menos incierta. Y es precisamente esa garantía, que ofrece el recurrente, el señuelo –el «gancho definitivo» dice la sentencia– que lleva a las personas que se interesaron por la franquicia, a suscribirla y a desembolsar el importe establecido como precio de compra de los derechos franquiciados, y que luego se vieron sorprendidos porque el recurrente, lejos de dar el dinero recibido como parte del canon de franquicia, un destino encaminado a hacer efectiva la garantía que ofrecía bajo la denominación «Spendback», se limitó a incorporarlo a su patrimonio, sin que en momento alguno hubiere tenido intención o propósito de realizar las falsas garantías a que se comprometía en nombre de «Jesmar Prestige, S. A.», sociedad constituida en 1994, regida por él, que no desarrollaba ninguna actividad.

Según el relato fáctico «las franquicias ofertadas no tenían atractivo alguno para los potenciales interesados, pues se trataba de una actividad económica absoluta-

mente novedosa y de un proyecto no contrastado». Es lógico que la garantía que ofrecía el recurrente para el caso de un mal fin de las franquicias concertadas se convirtiera en un elemento de cobertura esencial en este caso, y por ello actuara como engaño suficiente para lograr el desplazamiento patrimonial. No tenía el acusado intención de cumplir lo pactado pues no dio al precio recibido para el aseguramiento el destino correspondiente, sino que lo hizo suyo simplemente, y por lo tanto no podía hacer efectiva en su caso la garantía ofrecida.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, la maniobra defraudatoria revistió apariencia de realidad y seriedad, y fue capaz de engañar a aquellos comerciantes que firmaron con el acusado absuelto el contrato de franquicia y simultáneamente el de aseguramiento con el recurrente que, por ello, percibió una parte de las cantidades que aquellos contratantes entregaron como «canon de franquicia».

El engaño fue bastante e integró cumplidamente, con los demás requisitos que antes se expusieron, la tipicidad del delito de estafa correctamente apreciado por el Tribunal sentenciador.

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 25 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 250

Abogado que abusando de la confianza de un cliente consigue diversas cantidades para inversiones supuestamente muy rentables: delito de estafa de especial gravedad; continuidad delictiva: requisitos

Tercero. El primero y segundo motivo, formalizados al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la LECrim, pueden ser analizados conjuntamente, ya que responden a la propia esencia jurídica de esta censura casacional, como ya hemos adelantado.

Los hechos probados narran cómo el acusado, Eusebio, abogado en ejercicio, que había llevado con éxito la defensa de María Consuelo en su proceso de separación matrimonial, y conociendo su «holgada posición económica», y con «un plan preconcebido y aprovechándose de la confianza personal generada en la referida cliente», convenció a la misma para que le hiciera entrega de diversas entregas de dinero «con el pretexto de efectuar inversiones, de las que recibiría elevados intereses», en una serie de empresas (que resultarían a la postre inexistentes) «y para obtener la adjudicación de un piso que iba a ser subastado, propiedad del acusado». A continuación se describen las diversas entregas y numerarios, y «el día 4 de noviembre de 1996, 2.200.000 pesetas [13.222, 27 euros] para aplicarla a la supuesta subasta de un piso de su propiedad». El acusado ingresó en su patrimonio todos esos ingresos (14.055.000 pesetas, equivalentes a 84.472,25 euros), e ingresó en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales del BBV la cantidad de 8.510,12 euros, como reparación parcial del daño, según consta.

La tesis del recurrente es la siguiente: las cuatro primeras entregas de dinero para inversiones inexistentes, constituirían un solo delito continuado de estafa, y la última, para la supuesta adjudicación del piso embargado, un solo delito (distinto) también de estafa. El primero estaría prescrito, porque la querrela se presentó el día 21 de diciembre de 2000, ya que la última entrega (para inversiones) fue realizada por María Consuelo el día 12 de diciembre de 1995, habiendo transcurrido el plazo legal de cinco

años (art. 113 del Código Penal de 1973 mientras el segundo, no, pues la entrega es de 4 de noviembre de 1996, que debería pensarse como delito simple y no continuado, con la pena mínima.

Con este planteamiento, la cuestión debe estudiarse desde la perspectiva de la prescripción invocada, y desde la homogeneidad del *modus operandi* en el delito continuado, aspecto éste sobre el que pone el acento el recurrente.

Desde la primera óptica, y teniendo en cuenta los parámetros del Código Penal de 1973, el delito de estafa habrá de calificarse como incluido en el artículo 529.7.^a (especial gravedad atendido el valor de la defraudación), con el carácter de muy cualificado (según doctrina jurisprudencial, por valor igual o superior a seis millones de pesetas), que tendría asignada una pena de prisión menor, que al tratarse de un delito continuado (art. 69 bis) podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. De esta manera, conforme al artículo 113 de dicho Código Penal, cuando la pena exceda de seis años, la prescripción concluye a los diez años, y no a los cinco, y es claro que la pena imponible lo ha de ser en abstracto y no en concreto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional (véase nuestro Acuerdo Plenario de 29 de abril de 1997). Si nos vamos al Código Penal vigente, de 1995, los hechos, como argumenta la Sala de instancia, son constitutivos de un delito de estafa del artículo 250, circunstancias específicas agravantes sexta y séptima, y en consecuencia, la pena de prisión recorre la banda cuantitativa de uno a seis años y multa; el artículo 131 del propio texto legal, dice entonces que corresponde una prescripción de diez años, porque la pena de prisión asignada al delito tiene una extensión (en abstracto, siempre) de «más de cinco» años (y menos de diez).

La construcción conjunta de los hechos favorece, pues, al recurrente.

Desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a un mismo *modus operandi*, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: *a)* pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; *b)* concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; *c)* realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; *d)* unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; *e)* unidad de sujeto activo; *f)* homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (SSTS de 11 de junio de 2001, de 2 octubre de 1998, de 1 de marzo y de 6 de noviembre de 1995, y de 21 de octubre de 2002).

Aunque como se afirma en la sentencia de esta Sala, invocada por el recurrente, «no cualquier repetición de hechos similares constituye un delito continuado y sobre todo no cualquier sucesión de hechos punibles similares puede ejercer efecto neutralizante de la prescripción» (Sentencia de 4 de julio de 1997), el acento debe ponerse en que en los hechos enjuiciados se aprecie un dolo de continuidad, con existencia de un plan preconcebido o aprovechándose de idéntica ocasión (obsérvese que en la resolución judicial comentada el lapso temporal se situaba entre 10 y 11 años, entre la adopción de los acuerdos y la iniciación del procedimiento judicial). Tampoco es aplicable la doctrina legal resultante de la Sentencia de 14 de enero de 2003, porque ésta habla del «enorme distanciamiento en el tiempo» y en una «diferente concepción del proyecto apropiativo», aunque existan algunas analogías ciertamente. Lo decisivo en el delito continuado (construcción jurídica autónoma, con propios perfiles, y que no responde ya, como en su origen, a una especie de *pietatis causa*) es que el proyecto

inicial del autor, con dolo de continuidad, se va ejecutando en diversas fases delictivas, cada una de ellas con entidad propia, en cierta proximidad temporal y aprovechamiento de un homogéneo *modus operandi*. En el caso de la estafa que enjuiciamos, consigue el acusado ganarse la confianza del sujeto pasivo (María Consuelo), para ir obteniendo diversos desplazamientos patrimoniales, dentro del marco de actuación engañosa del autor, como asesor legal de la defraudada, en fechas siempre próximas (19 de enero de 1994; 24 de noviembre de 1995; 7 de diciembre de 1995; 12 de diciembre de 1995; y 4 de noviembre de 1996). No puede mantenerse que el *modus operandi* sea diverso porque en unos casos se aprovecha de unas inversiones inexistentes, cuanto en otros se obtiene el dinero so pretexto también de otra inversión distinta, ésta relacionada con la adquisición de un bien en una subasta judicial. Siempre se trata de aprovecharse del ofrecimiento a María Consuelo de «inversiones», para obtener un ilusorio beneficio económico, a la postre defraudado por el engaño desplegado. Y concurre aquí también, aunque ello no sería preciso, unidad de sujeto pasivo (o de víctima), que es lo que caracteriza, en el supuesto analizado, que nos encontremos ante un mismo dolo de continuidad: dicha víctima es sucesivamente engañada con diversos mecanismos —si se quiere—, pero siempre enmarcado dentro de un mismo contexto de confianza que favorece la comisión delictiva y que le proporciona las diversas ocasiones para defraudar a aquélla. Del mismo modo que no tendría sentido que por tratarse de una u otra clase de empresa para la ilusoria inversión, variase el *modus operandi*, tampoco lo tiene que cuando se trata de la falsa adquisición de un bien inmueble, se rompiera tal construcción unitaria, y ello porque en ese caso se aprovecha también idéntica ocasión de volver a engañar a la misma (siempre) víctima. Buena prueba de ello es el documento suscrito de propia mano del recurrente (véase folio 27), en donde «asume todas las obligaciones derivadas de mi intervención en operaciones dinerarias con agrupaciones o inversiones inmobiliarias de Aragón o con cualquier otra persona o entidad en nombre de doña María Consuelo», y se dice también: «igualmente se incluye en dicha obligación asumir lógicamente el préstamo personal efectuado al deponente», argumento que refuerza, incluso con propios actos del acusado, que estemos en unas actividades fraudulentas que deben tenerse por unitarias (dolo unitario) en relación con la víctima, sin que proceda su descomposición.

(Sentencia de 24 de abril de 2004)

ARTÍCULO 252

Administración desleal o fraudulenta: concepto y relación con el delito societario. Presidente y consejero delegado otorgante de un contrato simulado en el que se pactaba elevadísima retribución por un inexistente servicio; especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima o a su familia: inexistencia: empresa perjudicada que al poco tiempo entra en suspensión de pagos: no puede asegurarse que se deba a la acción delictiva y no a otros factores económicos; es cooperador el receptor del dinero apropiado: su colaboración no se produce con posterioridad a los hechos, sino que marca

justamente su consumación. Delito de falsedad al simular un documento de manera que induzca error sobre su autenticidad: existencia: creación de documento que simula la existencia de un contrato o relación jurídica inexistente con el propósito de justificar o dar cobertura a un pago: no es falsedad ideológica despenalizada; el contrato simulado, memorándum y cartas contractuales: constituyen medio de un único propósito defraudatorio y serían inocuos por separado.

Tercero. El octavo motivo formalizado invoca el artículo 849.2 LECrim. para denunciar error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación de la Sala, sin estar contradichos por otros elementos probatorios. Se refiere al acusado absuelto por el delito de apropiación indebida N. y L. y tiene el apoyo del Ministerio Fiscal.

Previamente debemos señalar la falta de correspondencia entre el enunciado y el desarrollo del motivo. Mediante la denuncia del error de hecho se trata de añadir, modificar o suprimir la cuestión de hecho partiendo de documentos «litosuficientes» existentes en la causa que evidencien una equivocación de dicha naturaleza por el Tribunal de instancia. Sin embargo, lo que en realidad se suscita es un error de derecho, es decir, la falta de subsunción de los hechos probados en relación con el mencionado acusado bajo el tipo de la apropiación indebida por falta del elemento subjetivo, del dolo o conocimiento del destino del dinero en definitiva distraído. Es cierto que el acusado en su escrito de impugnación del motivo aduce razones formales, citando incluso el artículo 11 LOPJ, para oponerse a la admisión del motivo tal como está planteado. El Ministerio Fiscal ha invocado incluso la doctrina de la voluntad impugnativa. Sin embargo, la cuestión no es otra que la posible existencia de indefensión por parte del recurrido (una cosa es que exista una mera irregularidad procesal y otra distinta que ello implique la vulneración de un derecho fundamental), lo que en absoluto puede entenderse, y así es si tenemos en cuenta que todo el desarrollo del motivo se dirige a denunciar la falta de subsunción antedicha sin proponer cambio alguno que altere la relación de hechos y que dichos argumentos han sido contestados sin traba alguna por el acusado. Es preciso recordar la doctrina casacional según la cual los elementos subjetivos del tipo se infieren a partir de los hechos objetivos manifestados en el *factum* y su adecuada vía en este trance es la del artículo 849.1 LECrim. De esta forma, cuando la acusación particular cita como documentos casacionales las cuentas anuales de la sociedad Wardbase, el requerimiento de pago de ésta a Torras Papel la carta de N. al coacusado R., o la de éste al anterior, o el contrato entre Wardbase y Torras Papel no está señalando otros hechos que no hayan sido considerados y reflejados ya por la Audiencia directamente en el *factum* o en los fundamentos jurídicos, siendo lo pretendido inferir de los mismos el dolo negado por el Tribunal de instancia.

El tipo de administración desleal o fraudulenta castigado en el artículo 535 CP derogado, y hoy en el vigente artículo 252, según la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que se remonta a las SSTS de 7 y 14 de marzo de 1994 y de 9 de octubre de 1997, y siguiendo, entre otras, por las de 3 de abril y 17 de octubre de 1998, 12 de mayo, 14 de julio y 21 de noviembre de 2000, 16 de febrero y 29 de mayo de 2001, 7 y 26 de noviembre de 2002 ó 16 de septiembre de 2003, aparece yuxtapuesto al tipo clásico de apropiación indebida, caracterizado por la apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, consistiendo en la gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya

disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, es decir, el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, aunque tampoco lo excluya, sino que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Debemos insistir que esta doctrina es aplicable al artículo 252 Código Penal de 1995, sin que la existencia del tipo previsto en el nuevo artículo 295 (en el capítulo destinado a los nuevos delitos societarios), que contiene una penalidad más benévola, signifique una corrección del doble contenido típico del precepto que sanciona la apropiación indebida (apropiarse o distraer), siendo un tipo que prevé conductas no incluíbles en el primero (perjuicios patrimoniales sin distracción de fondos en el ámbito societario), de forma que si hay distracción concurrirá siempre el tipo de la apropiación indebida, pero esta cuestión ni siquiera ha sido suscitada en el presente caso.

Teniendo en cuenta el genuino fundamento del presente motivo se debe partir de la intangibilidad de los hechos probados al objeto de revisar la corrección de la inferencia de la Sala de instancia a propósito de la concurrencia o no del dolo del acusado. Así, se afirma para empezar que N. era Presidente de Torras Papel, S. A., procediendo de Torras Hostench, S. A., y «también actuaba como Consejero Delegado del Grupo Torras, S. A.». Igualmente se consigna que el acusado mencionado «firmó un contrato privado en nombre de Torras Papel, S. A. con Wardbase, de arrendamiento de servicios, consistente en que Wardbase prestaría el asesoramiento necesario para que la planta papelera de Bélgica pudiese entrar en funcionamiento, fijándose un precio de 2.000.000.000 de pesetas En el contrato además, en lugar de indicar el año 1992, se hizo constar la fecha de 4 de septiembre de 1989, que no correspondía a la realidad. Wardbase no tenía infraestructura para prestar ese tipo de asesoramiento, y no realizó actividad alguna en cumplimiento de ese contrato». Como consecuencia de lo anterior se requirió a Torras Papel reclamando el pago de la cantidad citada en nombre de Wardbase «en el que se hacía constar que esa sociedad había cumplido su contrato en relación a la planta de producción de papel, junto a la factura», constando otro requerimiento posterior del abogado de la última sociedad mencionada. Entonces el acusado se dirigió al también coacusado R. para que el abono de la cantidad objeto del requerimiento se llevase a cabo desde el Grupo Torras, S. A., aceptando el coacusado dicha propuesta. Es cierto que la Audiencia inserta en el *factum* determinadas inferencias como que N. no consta que conociese los planes de R. «más allá de facilitar la remisión del dinero sin contraprestación a la empresa Wardbase, que sabía vinculada al Grupo Torras», o que conocía que Wardbase era una sociedad vinculada al Grupo Torras, S. A., lo que traslada a los fundamentos jurídicos razonando que el acusado «sabía que el contrato con Wardbase era simulado, y que esa sociedad no había prestado ningún servicio a Torras Papel, S. A., que hubiese de ser abonado, pese a ello firma el contrato en nombre de Torras Papel, S. A., y, al recibir los requerimientos de pago, se dirige a F. R. en el escrito que se menciona en los hechos probados de 7 de mayo de 1992. Sin embargo no tiene relación con M. P., ni existe indicio alguno de que pudiese saber que el destino final de los fondos no era la propia Wardbase Ltd.; así, aunque afirma que no dio mayor importancia a ese pago, pues se trataba de una simple salida de fondos al extranjero a otra sociedad del Grupo, mientras que su versión del juicio no concuerda con las anteriores, en las que pretendía hacer creer que consideró el servicio de Wardbase Ltd. real, lo cierto es que, al no tener ningún elemento que permita extraer otras conclusiones, no habiendo recibido ningún beneficio

personal con la operación, debe aceptarse que su conocimiento pudo no alcanzar que con esta actuación F. R. pretendía sacar fondos de Kio y hacerlos llegar a M. P.».

Pues bien, el razonamiento no se ajusta a las reglas de la lógica y el motivo debe ser estimado, pues los hechos objetivos permiten subsumir la conducta del acusado en el tipo cuya aplicación se pretende.

En primer lugar, porque la argumentación referida a la no obtención de beneficio personal del acusado en esta operación es inane, si tenemos en cuenta los requisitos del tipo objetivo ya señalados. En segundo lugar, no puede olvidarse que el acusado no sólo era Presidente de Torras Papel, S. A. sino consejero-delegado del Grupo Torras, S. A., y por ello su deber alcanzaba también a la administración leal de esta última sociedad. En tercer lugar, intervino como otorgante de un contrato simulado en el que se pactaba la retribución inexistente de un servicio en favor de una sociedad que carecía de infraestructura para prestarlo y efectivamente no lo prestó, sociedad vinculada al Grupo Torras, S. A., del que insistimos era consejero-delegado. Igualmente desplegó una actividad eficiente al objeto de que el dinero pactado por el inexistente servicio fuese transferido desde la cabecera del Grupo a Wardbase. Pues bien, las conductas objetivas reflejadas son constitutivas del delito de apropiación indebida en la medida que el acusado conocía en todo caso la disposición de los fondos sin que hubiese causa para ello, asumiendo una gestión fraudulenta por cuanto tampoco la Sala da por probado que el Presidente de Kio (dueña del 80 % de Torras) hubiese autorizado dicha disposición (página 25 de la sentencia de la Audiencia). Por otra parte, tampoco es excusable la conducta del administrador que afirma desconocer unos hechos cuando debió conocerlos teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por el mismo, y en este caso su participación en la forma relatada le hace acreedor del reproche interesado, pues no es leal la administración así desempeñada: protagoniza la conclusión de un contrato simulado con la única finalidad de dar cobertura a una disposición dineraria ajena al tráfico mercantil de las sociedades administradas. Ello es suficiente para estimar el dolo propio del tipo de distracción tal como ya hemos indicado más arriba. Pero incluso de los hechos objetivos se infiere su conocimiento completo de la trama y el destino probado de la suma dispuesta, teniendo en cuenta la relevancia de sus funciones societarias y el perfil de aquella y su consistente intervención, no procediendo la ratificación del juicio de la Audiencia por ilógico. Por último, el hecho que desde el 7 de mayo de 1992 cesase en su actuación no es incompatible con lo anterior si tenemos en cuenta que se relata un delito colectivo en el que cada partícipe desenvuelve el papel asignado conforme a un plan preconcebido y lo relevante es la eficiencia de dicha intervención en el momento previsto, con independencia que la consumación del delito, es decir, el momento en que la distracción fue irreversible, tenga lugar días después.

El motivo, por ello, debe ser estimado.

Cuarto. También por la vía de la ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim el motivo nono denuncia la inaplicación de la circunstancia sexta del artículo 250.1 del Código Penal de 1995, en su modalidad de especial gravedad del delito de apropiación indebida atendida la situación económica en que se deje a la víctima, que se corresponde con la circunstancia quinta del antiguo artículo 529 del Código Penal de 1973 (colocar a la víctima en grave situación económica). Se aduce que el Grupo Torras tuvo que suspender pagos breve tiempo después de la denominada «operación Wardbase».

Es cierto que en el *factum*, apartado segundo *in fine*, se hace constar que «en diciembre de 1992 se declaró la suspensión de pagos del Grupo Torras S. A.». Sin embargo, lo que no se afirma es que dicho estado mercantil fuese consecuencia directa de la disposición de los 2.000.000.000 de pesetas. La consignación acotada

puede ser un indicio pero por sí sólo no es suficiente para fijar la sustancia fáctica que determina la aplicación de este subtipo agravado. El resto de las inversiones económicas o la propia situación de esta naturaleza de la empresa cabecera del Grupo no se constata. Lo que no sirve por sí sólo para desestimar la agravación es el hecho de que Kio (matriz) no fuese declarada en suspensión de pagos o que se trate de una persona jurídica.

El motivo se desestima.

Octavo. El siguiente motivo utiliza la vía de la ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. para denunciar la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.2 del Código Penal de 1995. En su breve desarrollo plantea la errónea subsunción de la falsedad en el apartado mencionado del artículo 390, –simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad–, pues es un caso de falsedad ideológica impune por tratarse de un particular.

El motivo debe ser desestimado.

Como señala la STS 1302/2002, con cita de numerosos precedentes, tras la celebración del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1999, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado bajo la falsedad que disciplina el artículo 390.1.2.º del Código Penal de 1995, que corresponde con lo dispuesto en el artículo 302.9 del Código Penal de 1973. Es cierto que el vigente Código Penal ha despenalizado la falsedad ideológica que afecta a documentos privados o mercantiles cometida por particulares, es decir, faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin embargo, es preciso distinguir distintos supuestos, pues mientras es inequívoca la falta de tipicidad de las declaraciones mendaces hechas por los particulares ante un funcionario público que las documenta, no es lo mismo la creación *ex novo* de un documento que simula la existencia de un contrato o relación jurídica inexistente con el propósito de justificar o dar cobertura a un acto u operación distinta. No es que el documento no sea genuino, pues no supone la intervención de personas distintas a los otorgantes, sino que la mendacidad alcanza a su contenido, y este supuesto está previsto en el núm. 2.º del apartado 1.º del artículo 390 CP, cuando aquélla deja de ser inocua y tiene trascendencia jurídica, de forma que el bien jurídico protegido por el delito de falsedad se vulnera, por cuanto el artificio se endereza a preconstituir una prueba para justificar un hecho oculto u opaco, además de atentar contra la seguridad jurídica propia de las relaciones mercantiles que se manifiesta a través de la circulación y el uso de documentos de esta naturaleza. Esto es cabalmente lo que se describe en el *factum* en relación con el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por el recurrente en nombre de Torras Papel, S. A. con Wardbase, representada por Charles Russell. Por ello no existe el error de subsunción que se pretende.

Vigésimo. El undécimo motivo, también «ex» artículo 849.1 LECrim, acusa la aplicación indebida del artículo 302.9 del Código Penal de 1973. Sostiene que se trata de un supuesto de falsedad ideológica, subsidiariamente que la falsedad en todo caso sería inocua y, por último, que la realización de la misma no tenía otro fin que el autoencubrimiento del acusado. Este motivo está en relación con el sexto del presente recurso y con el quinto del coacusado N. que ya hemos examinado. Los argumentos empleados en aquéllos deben darse por reproducidos.

Completando lo ya dicho debemos insistir que en este caso nos encontramos ante una mera alteración del contenido veraz de un documento sino ante la confección de otro que se refiere a un contrato mercantil, cual es el arrendamiento de servicios creado *ex novo* sin soporte real alguno, con la única finalidad de dar cobertura al des-

vío de los fondos fuera del grupo y de sus sociedades vinculadas. El contenido de lo expresado en dicho documento es totalmente falso, y siendo ello así, conforme a la doctrina mayoritaria de la Sala (Pleno no Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999), los hechos deben ser incardinados en el artículo 302.9 del Código Penal de 1973 (hoy 390.1.2.º), sin que quepa atender a la falsedad ideológica despenalizada para los particulares en el artículo 392 del Código Penal de 1995, pues la conducta descrita efectivamente está incluida en los preceptos mencionados que excluyen la atipicidad pretendida.

Como ha señalado recientemente la STS 1954/2002, citando la 704 del mismo año, «entre las modalidades falsarias que el Legislador, de modo expreso, estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el artículo 390.1.2 del Código Penal de 1995: “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”. Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su sentencia de 28 de octubre de 2000, por lo que no puede referirse únicamente a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir, que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya está cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del artículo 390.1. En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica esta modalidad falsaria, son los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir, aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad. Como señalan las SSTS de 28 de enero de 1999 y de 28 de octubre de 2000, entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del artículo 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del artículo 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999».

Igualmente la STS 514/2002 expone que «la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Las SSTS de 18 de noviembre de 1998 y de 28 de enero de 1999 añaden que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba. Cuando la mendacidad documentada afecta al documento en su conjunto porque éste ha sido configurado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente, nos encontramos en un supuesto de falsedad del vigente artículo 390.1.2 del Código Penal».

Como consecuencia de ello la Jurisprudencia mayoritaria de la Sala, por lo que hace a la incriminación señalada (art. 390.1.2.º) no acoge el concepto restrictivo de autenticidad en sentido subjetivo ni identifica documento auténtico con documento genuino, es decir, el delito se comete aun cuando el autor aparente del documento coincida con el autor real (lo que significa que el documento es genuino), pero siendo su contenido inveraz el documento no es auténtico porque acredita una relación jurídica inexistente.

Por lo que hace a la inocuidad de la falsedad olvida el recurrente que el contrato tiene como finalidad justificar la salida de los fondos desde el Grupo a un tercero y no

sólo a efectos externos sino también internos, es decir, cubrir dicho movimiento desde la posición que como Vicepresidente ocupaba en el Grupo el acusado. Lo cual conlleva evidentemente la falta de consistencia de la alegación según la cual la falsedad es impune porque fue realizada con fines de autoencubrimiento cuando sucede precisamente que es un instrumento o medio para alcanzar el fin propuesto, la distracción de los fondos.

Por ello el motivo debe ser desestimado en su integridad.

Vigesimotercero. El siguiente motivo formalizado, vía artículo 849.1 LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 535 CP/1973, en relación con el 14.3, por «falta de los elementos objetivos y subjetivos que requiere», ocupándose de impugnar la concurrencia de estos últimos cuando sostiene que «lo que a todas luces no se infiere de los hechos que se dan como probados es el conocimiento y el ánimo propios de la participación». Se argumenta que por parte del recurrente se describe una conducta regular como receptor de una cantidad, siendo cuestión distinta que R. se aproveche de ello para cometer un delito; que el partícipe debe saber que su voluntaria aportación lo es a la comisión de un delito por parte de otro (dolo del partícipe); que la mera aportación causal no se castiga; insistiendo nuevamente en que R. era su deudor. La respuesta a este motivo viene ya dada en el anterior fundamento que contesta a la presunción de inocencia suscitada. Alcanzada la conclusión de que la convicción de la Sala de instancia se fundamenta en una inferencia lógica y racional sobre la que se soporta la existencia del acuerdo previo entre ambos acusados resulta intangible la existencia del elemento subjetivo del tipo aplicado que es lo que se impugna en el presente motivo, consignándose en el *factum* que «desde la cuenta de Wardbase Ltd, siguiendo las instrucciones que C. L. había remitido a R. se transfirieron 1.900.000.000 de ptas. al banco SOGENAL de Ginebra, a la atención de G., a la cuenta X, sociedad vinculada a M. P., que recibió el dinero, conforme había pactado con F. R.», después de sentar «ante los cambios que se estaban desencadenando, con la guerra primero y posteriormente con las fracturas en el seno de la familia A. S., F. R. en 1992 decidió, antes de dimitir de su cargo, desviar fondos del Grupo Torras, SA, sacándolos al extranjero y dirigiéndolos a M. P. persona con la que en ese momento mantenía fuertes vínculos, personales y económicos. Así tomó la decisión de servirse de aquella inversión en Bélgica, y de una sociedad que Grupo Torras, SA había adquirido en Londres, Wardbase Ltd, simulando la prestación de un servicio, que se llegare a abonar en las cuentas en Suiza de M. P., quien aceptó recibir esos fondos, para después darles un destino que no se conoce», luego el conocimiento del acusado abarcaba la trama en su conjunto.

Por todo ello este motivo debe ser también desestimado.

Vigesimocuarto. También ex artículo 849.1 LECrim se denuncia a continuación la aplicación indebida de los mismos preceptos citados en el anterior, pero en este caso por falta del elemento objetivo del tipo, que exige que la participación del cooperador se produzca antes de la consumación del hecho principal. Aduce el recurso que la gestión desleal de R. tiene lugar anticipadamente a la recepción del dinero por P., aun cuando éste lo supiese con antelación.

Este motivo también debe ser desestimado.

La consumación del delito de apropiación indebida, como exponen las SSTs 1248/2000 y 1329/2003, entre otras, tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, cuando se produce el apoderamiento de las mismas, y tratándose de la distracción de dinero o bienes, como es el caso, por no darles el destino adecuado o convenido, en la fecha en que debió darse tal destino, en función del hecho concreto, pero en cualquier caso deberá estarse al momento de la exteriorización de la intención definitiva del sujeto activo del delito de distraer los fondos, lo que en este caso sucede

cuando dicha disposición fraudulenta es irreversible por salir del dominio del autor la posibilidad de su control, es decir, según el hecho probado, cuando se transfiere a la cuenta suiza del ahora recurrente. Este conocía la existencia de la trama y consiente en ser destinatario final de los fondos distraídos, cuyo paso por las sociedades intermedias formaba parte del plan concebido y obedecía a las instrucciones dadas por el propio coacusado R. (por ello la distracción es irreversible cuando se ingresa en una cuenta ajena a la disposición, de hecho y de derecho, del mismo).

Vigesimoquinto. El cuarto motivo formalizado, también por ordinaria infracción de Ley, acusa la indebida aplicación del artículo 14.3 del Código Penal de 1973 (se consideran autores los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado) en relación con el 535 del mismo texto, «pues no cabe catalogar como necesaria la supuesta aportación del señor P. a los supuestos reputados como apropiación indebida». El acusado se limita a poner a disposición del autor una cuenta corriente en la que depositar el dinero procedente del Grupo Torras, sin que desde un plano abstracto esta participación pueda considerarse esencial.

Lo razonado hasta ahora y los hechos probados deben determinar la desestimación de este motivo. La participación del cooperador necesario deberá ser examinada a la luz del hecho concreto y no desde una perspectiva abstracta, lo esencial es determinar si en el caso enjuiciado dicha participación alcanza el grado estimado por el Tribunal de instancia (STS 2159/2002). Ello es evidente conforme al *factum*, aún cuando no hayan aflorado las razones últimas del desvío del dinero precisamente a la cuenta del ahora recurrente. Sin embargo, dentro de la elaboración del plan se cuenta con el mismo como destinatario final y ello es lo esencial y lo que justifica la naturaleza necesaria de su participación en los hechos. La cooperación necesaria, como ha declarado la Jurisprudencia, existe en aquellos casos en que concurre acuerdo previo para delinquir, elemento subjetivo que comparte con la complicidad, pero en la primera, cooperación necesaria, se convierten en autores todos los concertados para la actividad delictiva, cualquiera que sea su misión, si su colaboración contribuye objetivamente a la comisión del delito, subrayándose que lo determinante del signo diferenciador entre cooperación necesaria y complicidad radica en la eficacia, necesidad y trascendencia que la actividad haya tenido en el resultado producido. Conforme al plan del autor o autores es necesario por ello distinguir entre la eficacia de los actos realizados por unos y otros partícipes (SSTS 371/2000). En el presente caso se cuenta con el partícipe desde el momento inicial para alcanzar precisamente la finalidad perseguida por el autor que es distraer la suma desviada, lo que constituye el título de imputación aplicado por la Audiencia.

(Sentencia de 2 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 275

Comercialización de botellas de vino con falsas etiquetas de denominación de origen: concurso ideal de los delitos de 275 y el de falsedad de etiquetas en concurso medial con estafa que absorbe al delito de publicidad fraudulenta

Primero. La sentencia recurrida condenó a D. Augusto y a D. Jaime como coautores de dos delitos, uno de publicidad fraudulenta (art. 282 CP) en grado de tentativa, por el que les impuso sendas penas de tres meses de prisión que quedaron

sustituidas por otras de veinticuatro arrestos de fin de semana; y otro de utilización ilegítima de denominación de origen (art. 275), que fue sancionado con seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de toda actividad profesional relacionada con el cultivo, elaboración o comercialización del vino por el mismo tiempo, además de una multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros para cada uno.

Aparecieron en Alemania unas botellas con la denominación de origen calificada de Rioja y con los certificados correspondientes a tal denominación falsificados. Fueron remitidas a España algunas de tales botellas para su examen por expertos. Como consecuencia de tales exámenes se inspeccionaron las existencias de la empresa que las había producido y comercializado, Bodega Vega de Valdeoya, S. L., de la que eran socios únicos los mencionados condenados; y en tal diligencia se detectaron un total de 26.604 botellas de tres cuartos de litro, semejantes a las referidas, dispuestas para su comercialización, que habrían proporcionado a la citada empresa unos ingresos por valor de 7.528.338 pesetas.

Como tal sentencia absolvió de otros dos delitos, uno de estafa y otro de falsedad en documento oficial, ambos de carácter continuado, ahora recurren en casación las dos partes acusadoras, el Ministerio Fiscal por dos motivos que hemos de estimar, y la acusación particular (Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada de Rioja) por ocho, de los cuales también hay que acoger varios de los relativos a infracción de Ley del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, que merecieron el apoyo del Ministerio Fiscal.

Comenzamos examinando los dos motivos primeros del recurso de la acusación particular, en los que se denuncian errores en la apreciación de la prueba, para luego referirnos a los demás, todos amparados en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, los seis restante de tal acusación y los dos del Ministerio Fiscal, que estudiaremos unidos por ser coincidentes en lo esencial. Todo ello porque las cuestiones fácticas son lógicamente previas a las que sólo plantean temas de calificación jurídica.

Segundo. En el motivo 1.º del recurso de la acusación particular, al amparo del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, se alega error en la apreciación de la prueba que se dice acreditado por prueba documental consistente en las etiquetas adheridas a las diferentes botellas que fueron incorporadas al procedimiento –e incluso remitidas a este Tribunal Supremo– como piezas de convicción y también reproducidas en los informes periciales mediante fotografías (folios 295 a 304 y 542 a 547 de las diligencias previas) de la que se desprendería, se dice, la comisión del delito de falsedad en documento público u oficial del artículo 392 CP.

Para simplificar, vamos a decir que tiene razón la parte recurrente en cuanto alega en este motivo 1.º; pero, como bien expone el Ministerio Fiscal no es necesaria su estimación, pues los datos que se pretenden añadir al relato de hechos probados a través de esta vía del citado núm. 2.º del artículo 849, aparecen suficientemente expresados en tal relato, de modo que es obligada la condena por delito de falsedad como se razonará después.

Esas piezas de convicción nos permiten el examen directo de la prueba documental consistente en las diferentes etiquetas (tómese aquí esta palabra en sentido amplio y vulgar, luego haremos las precisiones necesarias) adheridas a las correspondientes botellas y comprobar su coincidencia con las fotografías y datos que aparecen en los dictámenes periciales mencionados. En esto hay que dar la razón a la parte querellante. Son documentos aptos para acreditar lo que aquí se nos alega: que en las botellas hay una parte, el anverso, en la que aparece la palabra Rioja, así en letras mayúsculas y grandes, otras con la expresión «denominación de origen calificada», un sello del mencionado Consejo Regulador y una referencia a la empresa embotelladora Vega de Valdeoya, S. L.; pero la constancia de estos datos, repetimos, no es necesaria.

Sabido es cómo la aplicación del artículo 849. 2.º LECrim sólo cabe cuando se trata de acreditar un error en la apreciación de la prueba con determinados requisitos. Y aquí, entre tales requisitos, falta aquí el primero y esencial de todos: no hay contradicción entre lo que documentan y acreditan estas piezas de convicción y lo que se dice en los hechos probados.

Hay que rechazar este motivo 1.º

Tercero. También hemos de desestimar el motivo 2.º del recurso de la acusación particular. Se acoge asimismo al núm. 2.º del artículo 849 LECrim, con la pretensión de que se haga constar en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida lo que, se dice, aparece acreditado en las diligencias ampliatorias acordadas unir a las actuaciones con fecha 14 de febrero de 2001, así como por unos exhortos que recogen determinadas declaraciones testificales y por unas pruebas periciales. Todo ello con referencia a aquello que motivó que hubiera de repetirse el trámite de calificaciones provisionales para incluir otros hechos relativos a más botellas de la misma clase y características de las ya referidas (las encontradas en Alemania y en la inspección de las instalaciones de la empresa) que habían sido halladas en determinados establecimientos de Cataluña y Madrid.

Sencillamente, no hay prueba documental en autos que pueda acreditar lo que aquí pretende el recurrente, pues las testificales y periciales (al menos las primeras, imprescindibles probablemente al respecto y no practicadas en el juicio oral como se reconoce en el escrito de recurso –página 7–) no puedan tener eficacia por esta vía procesal (art. 849.2.º).

Tendría que haber existido una prueba más concreta en el juicio oral para que, conforme a ella, la Audiencia Provincial pudiera haber dado como acreditados los hechos de este último episodio, lo mismo que hizo con relación a los otros dos anteriores, el de Alemania y el de la inspección en la bodega de la empresa embotelladora.

En todo caso, en este recurso extraordinario de casación, de motivos taxativamente señalados en la LECrim, ahora notablemente ampliados a partir de la vigencia de nuestra Constitución, no cabe, en contra de los acusados, otra vía de modificación de los hechos probados que ésta del artículo 849.2.º, notoriamente insuficiente para lo que aquí pretende la acusación particular.

Cuarto. Solucionadas las cuestiones de hecho, suscitadas por el cauce del artículo 849.2º LECrim, pasamos a examinar los otros seis motivos del recurso de la acusación particular que coinciden en parte con los dos formulados por el Ministerio Fiscal, todos ellos amparados en el núm. 1.º del mismo artículo 849, lo que nos obliga a cuantos intervenimos en la casación (recurrentes, recurridos y Tribunal Supremo) a respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, a partir de los cuales puede razonarse sobre los temas de aplicación del derecho (art. 884.3.º LECrim). Respeto que, en líneas generales, ha sido observado en el presente caso por las partes que aquí han venido realizando sus alegaciones y que este tribunal también ha de tener.

Quinto. 1. Así las cosas, pasamos al estudio del motivo 3.º del recurso de la acusación particular, coincidente en lo esencial con el 1.º del Ministerio Fiscal.

Ambas partes se fundan en el citado artículo 849.1.º y estiman que hubo infracción de Ley en la sentencia recurrida al haber absuelto a los dos acusados por el delito continuado de falsedad en documento público u oficial del artículo 392 en relación con el 390 CP.

Estos motivos han de estimarse en parte, pues hubo delito de falsedad, además del relativo a la utilización ilegítima de denominación de origen, tal y como razonamos a continuación.

2. No es fácil distinguir entre un concurso de normas (o concurso aparente), regulado en el artículo 8 CP, y el concurso de delitos que en nuestra Ley penal tiene las modalidades de concurso real –diversas acciones con diversos resultados delictivos (art. 73)–, concurso ideal –una sola acción que lesiona diferentes preceptos penales todos aplicables (art. 77)– y concurso medial (también regulado en el mismo art. 77), que es una clase de concurso real aunque sancionado como el ideal, por entender el legislador que esa relación de medio necesario a fin une de tal modo a los varios hechos delictivos que nos obliga a considerarlos como si de una sola acción se tratase.

Aquí el problema se plantea a propósito de si hay un concurso de normas o de delitos entre estas dos infracciones penales, la de falsedad de documento y la de utilización ilegítima de denominación de origen.

El criterio que en definitiva sirve para distinguir el concurso de delitos y el de normas radica exclusivamente en una valoración jurídica. Si el hecho no merece más pena que el castigo conforme a una de tales normas penales en juego, nos encontramos ante un concurso de normas. Si, por el contrario, es necesario aplicar conjuntamente las sanciones previstas en todas esas normas, porque la aplicación de una sola no abarca la totalidad de la ilicitud de la conducta punible, estamos en presencia de un concurso de delitos de alguna de las tres clases que acabamos de mencionar.

Criterio difícil de aplicar en la práctica en algunos casos y ello explica el error en que, en este punto, ha incurrido la sentencia de instancia que, por considerar la falsedad del documento oficial como embebida en el artículo 275 CP, se creyó obligada a aplicar sólo esta norma conforme al núm. 3.º del citado artículo 8.

3. Veamos, antes de continuar, qué ocurrió conforme a ese relato de hechos probados de la sentencia recurrida y conforme a lo que para su mejor comprensión hemos podido comprobar mediante el examen de las botellas que como piezas de convicción aparecen unidas al presente procedimiento, así como de las fotografías de los folios 275 a 304 y 542 a 547: lo autoriza el artículo 899 LECrim, según se deduce de su propio texto.

Tales botellas tienen en el anverso una etiqueta, que es la que aparece expuesta al público en los correspondientes escaparates o estanterías, donde constan los datos que ya dijimos en el fundamento de derecho 2.º de la presente resolución: RIOJA, denominación de origen calificada, un sello y la identificación de la empresa embotelladora: bodega Vega de Valdeoya SL Luego en el reverso (contraetiqueta) o en el cuello de botella (precinta) aparece el documento que sirve para certificar por el consejo regulador correspondiente sobre la calidad de la mercancía en cuanto amparada por la referida denominación de origen.

4. Entendemos que tiene razón la acusación particular cuando nos explica los hechos que acabamos de exponer y también, en parte, cuando extrae de ellos las consecuencias jurídicas correspondientes.

En efecto, con sólo lo que aparece en el anverso, sin necesitar para ello de la mencionada certificación sita en el reverso, o en el cuello, quedan cumplidos los requisitos del artículo 275. Con sólo esas etiquetas y las inferencias que de las mismas y sus circunstancias se derivan, particularmente el gran número de botellas que fueron encontradas, es claro que nos encontramos ante una intencionada utilización ilegítima de una denominación de origen representativa de una calidad determinada, legalmente protegida para distinguir los productos amparados por ella.

En realidad nadie ha discutido la existencia de este delito. Lo que aquí se cuestiona (postura de la sentencia recurrida y de los dos condenados) es si tal delito absorbe el de falsedad.

Consideramos que es preciso acudir al castigo de los dos delitos (utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad), porque de otro modo no quedaría cubierta la total ilicitud de las conductas aquí examinadas, razón por la cual nos encontramos ante un concurso de delitos, tal y como acabamos de decir.

Se ha venido considerando por la doctrina un avance la introducción de este tipo de delito específico relativo a la propiedad industrial, aunque algunos lo han criticado por entender que viola la regla de intervención mínima del derecho penal, por la que éste no debe sancionar infracciones de orden menor para las que bastaría la actuación de las autoridades administrativas (*ultima ratio*). En todo caso este delito del artículo 275 apareció en el nuevo CP y entendemos que apareció como una norma compatible con el delito de falsedad. Lo que en modo alguno ha querido el legislador es que la interpretación de una de las normas relativas a estos delitos contra la propiedad industrial pudiera conducir a una exclusión del relativo a la falsedad, como ocurriría de seguir aquí la tesis mantenida en la sentencia de instancia. El legislador quiso robustecer la protección de la propiedad industrial con la introducción de este nuevo tipo del 275, no eliminar el de falsedad. Hay en estos casos dos bienes jurídicos cada uno de ellos amparado en una norma penal diferente. Este artículo 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo de esa denominación de origen. Sin embargo, el artículo 399 ampara la confianza que el ciudadano tiene en una clase particular de documento oficial: el correspondiente certificado.

Es muy expresivo al respecto, aunque no decisivo, el argumento que en este punto nos ofrece la acusación particular que para el caso presente nos distingue, por un lado, las etiquetas que las botellas tienen en su anverso, y, por otro lado, las referidas contraetiquetas o las precintas, que son esos documentos mediante los cuales un organismo oficial, como lo es el Consejo Regulador de Denominación de Origen Calificada Rioja, certifica que esa mercancía, a la que tal documento esta adherido, responde a la calidad exigida para merecer su inclusión en la misma. Hay un algo más que merece una sanción penal añadida. Incluso tales dos documentos pueden no encontrarse a la vez en la misma mercancía.

5. Sin embargo, entendemos que no ha de aplicarse a este delito de falsedad el artículo 392 sino el 399.1 en relación con el 398. El objeto falsificado es la certificación emitida por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja, dependiente del Instituto Nacional de Denominación de Origen que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, a quien corresponde expedir tales certificados de origen y precintos de garantía, así como el cobro de los derechos correspondientes (arts. 79, 84, 87.5.ª, 90.1 c, y 98 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes).

Según el diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, certificar, en la acepción que aquí nos interesa, significa «hacer cierta una cosa por medio de instrumento público». En otro diccionario, el de María Moliner, se dice que es «declarar cierta una cosa, particularmente, hacerlo así un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial».

Certificación o certificado es el documento en el que ese funcionario certifica. Los documentos aquí imitados responden a la perfección a este concepto, en cuanto emitidos por un órgano de la Administración Pública en relación con un servicio de interés general como lo es el relativo a la protección de estas denominaciones de origen. Son desde luego documentos oficiales, pero a efectos penales pertenecen a una determinada clase, los certificados o certificaciones que el legislador ha venido sancionando con penas más leves, lo que tenía su explicación en el CP anterior (arts. 311 a 313) por referirse a certificados de enfermedad, lesión, méritos, servicios, buena conducta, pobreza o de otras circunstancias análogas, pero posiblemente no ahora, si

tenemos en cuenta los amplios términos en que aparecen redactados estos arts. 398 y 399 CP actual (véase la Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002, fundamento de derecho 6.º). Ha de aplicarse el artículo 399 al haber sido cometido por un particular.

Así pues, estos hechos han de sancionarse como utilización ilegítima de denominación de origen y como falsedad de certificado, en concurso ideal, porque nos hallamos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones: hay que aplicar el artículo 77.

Luego razonaremos sobre la inexistencia de delito continuado y sobre las penas a imponer.

Hay que estimar parcialmente estos dos motivos, el 3.º de la acusación particular y el 1.º del Ministerio Fiscal.

Sexto. 1. Nos referimos a continuación al tema de la estafa y del delito del artículo 282. Aparece planteado en los motivos 4.º y 5.º del recurso de la acusación particular y en el 2.º del Ministerio Fiscal.

Al amparo asimismo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de Ley con referencia al artículo 282, que se considera mal aplicado por la Audiencia Provincial y a los 248.1, 250.1.5.º y 6.º, habiendo estimado el Ministerio Fiscal que había habido estafa cualificada en grado de tentativa, mientras que la otra parte recurrente dijo haberse consumado tal infracción penal. Ambos han pedido la condena como delito continuado. Pero a esto último nos referiremos después al examinar el motivo 7.º del recurso de la acusación particular referido específicamente a esta materia (delito continuado).

2. Vamos a examinar primero, en este fundamento de derecho 6.º, el llamado delito publicitario del artículo 282 CP y en el siguiente (fundamento de derecho 7.º) lo relativo al de estafa.

Son elementos constitutivos de tal delito del artículo 282 los siguientes:

1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente –persona jurídica como titular de tal condición– requiere la aplicación de la regla del artículo 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.

2.º El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

3.º La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;
b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el artículo 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuridicidad del hecho.

4.º Este artículo 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. «Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores» quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos

pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.

5.º Por último, es necesario que concorra el dolo, como elemento constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual.

Conviene añadir que quizá sea posible su comisión en grado de tentativa (así condenó la sentencia recurrida), no así sancionar los actos preparatorios consistentes en conspiración, proposición o provocación, que en el CP actual han de estar expresamente tipificados (arts. 17 y 18) y no lo están con relación a esta infracción. La dificultad radicaría aquí, como siempre, en distinguir el inicio de la ejecución, punible como tentativa, respecto de los actos preparatorios no punibles.

3. Parece que en el caso presente siempre habría de faltar el elemento cuarto antes referido, que establece un límite para estos delitos, mediante el cual excluye aquellos casos en que no existe posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Ahora bien, aun en el supuesto de que realmente hubieran concurrido los requisitos exigidos en el artículo 282, nunca habría habido aquí este delito de publicidad falsa, simplemente porque habría quedado absorbido por el delito de estafa por el que hay que condenar como veremos en el fundamento de derecho siguiente. Nos referimos a este caso concreto en que, como luego veremos la falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida. Se lesionaría el principio «non bis in idem» si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del artículo 282. Otra cosa podría ocurrir cuando para configurar ese engaño, esencial en la estafa, hubieran concurrido otros elementos diferentes a esa publicidad falsa y aptos para provocar el error en la persona que realiza el acto de disposición perjudicial para él o para otra persona (art. 248.1).

Así pues, la concurrencia del delito de estafa, conforme exponemos a continuación, obliga a aplicar el núm. 3.º del artículo 8 CP, en cualquier caso, es decir, aunque considerásemos que efectivamente habrían concurrido todos los elementos del delito del artículo 282. Conforme a tal artículo 8.3.º han de sancionarse estos hechos sólo con la aplicación de esas normas correspondientes al delito de estafa.

El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción.

Así pues, en cualquier caso no hubo aquí delito del artículo 282.

Séptimo. Pasamos ahora a referirnos al delito de estafa para afirmar su existencia en el caso presente en calidad de delito consumado. Dejamos para después las cuestiones relativas al delito continuado (fundamentos de derecho 8.º y 9.º de la presente resolución) y a las penas a imponer (fundamento de derecho 10.º).

A) Veamos en primer lugar cuáles son los elementos de la estafa ordinaria como infracción criminal conforme a la definición que nos ofrece el artículo 248.1, así como su aplicación al caso presente:

1.º Ha de existir un engaño, es decir, una actividad falaz dirigida a producir un error en el sujeto pasivo, lo que constituye el requisito primero y fundamental para esta infracción. Nadie ha puesto en duda su concurrencia aquí, consistente en esa conducta falsaria de aparentar una denominación de origen y una calidad de vino que no existían. Esto lo reconoce la propia sentencia recurrida (fundamento de derecho 6.º, página 27). Es el mismo engaño que formaba parte del delito del artículo 282 por el que la Audiencia Provincial condenó, como acabamos de decir.

2.º Este engaño ha de ser bastante para provocar el error del sujeto pasivo. También concurrió aquí este requisito, pues no cabe pensar que la persona que contratara con la sociedad vendedora, respecto de una mercancía con denominación de origen y de unas características determinadas y en consecuencia a un precio concreto, lo hubiera hecho en tales condiciones de haber conocido la mencionada falsedad. Por la forma en que se preparó el etiquetado de las botellas, ampliamente explicado en los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que el engaño era apto para confundir a los sucesivos adquirentes en la cadena del mercado. Había una evidente apariencia de verdad en tal etiquetado falso.

3.º Este engaño bastante ha de producir un error en el sujeto pasivo. Es el reverso de los elementos que acabamos de examinar, el engaño bastante visto en el efecto que produce en la persona que contrata con el sujeto activo, en este caso la persona que compró la mercancía falsificada para distribuirla en Alemania.

4.º Tal sujeto pasivo ha de realizar un acto de disposición, aquí el pago del precio de vino vendido.

5.º Acto de disposición en perjuicio del disponente o de otra persona. En este punto radica el error de la sentencia recurrida, que sirvió de fundamento para absolver por estafa y condenar sólo por el delito del artículo 282, cuando nos dice que no quedó acreditado perjuicio alguno en el patrimonio concreto de ningún consumidor (sentencia recurrida págs. 29 a 32). En esto se apoyó el Ministerio Fiscal para calificar el delito como tentativa. Pero sí existió perjuicio en la persona o personas de quienes adquirieron la mercancía falsificada de manos de la empresa vendedora. Luego razonaremos sobre este tema.

6.º Y en cuanto a los elementos subjetivos del injusto, existió el dolo o actuación con el conocimiento de la concurrencia de esos otros cinco requisitos que acabamos de relacionar y, además, todo este comportamiento estuvo presidido por esa especial intención exigida para esta clase de delito, el ánimo de lucro en sus autores. Ninguna duda existe ni se ha planteado sobre la concurrencia de estos dos elementos de orden subjetivo. Incluso se produjo un lucro efectivo por la inferior calidad de la mercancía (hechos probados, págs. 7 y 8 de la sentencia recurrida).

B) Así pues, concurren en el caso presente todos los elementos que acabamos de enumerar.

Veamos aquí un problema concreto que viene suscitado por la sentencia recurrida al absolver por delito de estafa en base a una argumentación que no cabe aceptar.

No conocemos la identidad del sujeto pasivo del engaño, esto es, la persona o personas que contrataron desde Alemania con la empresa vendedora Bodega Vega de Valdeoya, S. L. para la importación de las botellas de vino falsificadas. Sabemos que tal contratación existió, pues así lo dice la sentencia recurrida en sus hechos probados cuando nos habla de la comercialización del vino en Alemania (pág. 2), habiéndose detectado allí en unos supermercados las tan repetidas falsedades y habiéndose remitido a España por una empresa alemana contratada al efecto cinco botellas halladas en esos supermercados situados en Munich y Colonia (sentencia recurrida, págs. 3 y 4).

Aunque no sea conocida la identidad o identidades de estas empresas importadoras, ello no puede afectar a la realidad del delito. Sean quienes fueran estos compra-

dores, lo cierto es que existieron. Estos son los sujetos pasivos y los iniciales perjudicados, al haber recibido una mercancía con denominación de origen falsificada y de inferior calidad. Puede que, como se afirma en el escrito de recurso (págs. 16 y 17), tales importadores lo fueran los tres supermercados que aparecen designados en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 3), aunque lo más probable es que el importador o importadores iniciales distribuyeran el vino a dichos supermercados o a algún otro intermediario. En todo caso, acreditada la comercialización en Alemania, es evidente que alguien o alguna empresa tuvo que existir para adquirir la mencionada mercancía de manos de la referida sociedad exportadora española. Éste es, repetimos, el sujeto pasivo del engaño, el que por error realizó actos de disposición en su propio perjuicio al haber pagado un precio que era el propio de un producto con una prestigiosa denominación de origen y haber recibido a cambio otro en la que tal denominación había sido falsificada. En este momento ya quedó consumado el delito de estafa, aunque luego pudieran existir otros perjudicados diferentes, los referidos supermercados o los consumidores.

C) Dos cosas hemos de decir con relación a la cuantía de estos hechos constitutivos de estafa consumada:

1.ª No conocemos cuál fuera el valor de tal defraudación, por lo que no cabe aplicar la agravación del núm. 6.º del artículo 250.1. Si hemos de condenar por delito consumado, hay que excluir de tal cuantía el valor de la mercancía que fue encontrada en las bodegas de la empresa vendedora cuando fue inspeccionada el 20 de diciembre de 1999 (sentencia recurrida, hechos probados, págs. 4 a 6). Y tampoco puede incluirse aquí el valor de lo defraudado en aquellas otras operaciones practicadas, se dice, con empresas de Cataluña y Madrid a que antes nos hemos referido al examinar el motivo 2.º del recurso de la acusación particular, en razón a que tales operaciones no fueron consideradas como hechos probados en la resolución de instancia.

2.ª En todo caso hemos de entender que la cuantía de lo defraudado, con relación a esas ventas hechas para Alemania, excede de 50.000 ptas., que es la cantidad que ha de rebasarse para que el hecho pueda castigarse como delito, y no como falta, por lo dispuesto en los artículos 249 y 623.4 CP. Este tipo de operaciones comerciales de exportación a un país extranjero siempre se hacen en cuantías importantes, de modo que no cabe concebir que alguna pudiera haberse hecho de modo que el menor valor de la mercancía no rebasara esas 50.000 ptas.

Ha de sancionarse, por tanto, este delito consumado de estafa conforme a lo dispuesto en los artículos 248.1 y 249 CP.

D) Hay que decir aquí que tampoco ha de aplicarse la agravación 5.ª del artículo 250.1 CP pretendida por la acusación particular al afirmar que el vino es una de las señas de identidad de La Rioja y forma parte de su patrimonio histórico y cultural. No podemos apreciar esta agravación simplemente porque nada consta al respecto en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del cual hay que partir siempre cuando el recurso de casación se funda en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, como aquí ocurre. No basta con afirmar este hecho, es necesario aportar pruebas al respecto para que el tribunal de instancia pueda considerarlo acreditado y así hacerlo constar en su relato de lo ocurrido. En casación sólo es posible añadir algo a los hechos probados de la sentencia recurrida por la vía del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, cuando hay un documento (o informe pericial) apto para acreditar la realidad de un error en la apreciación de la prueba. Esto no se ha alegado en el caso presente.

E) Hubo, además, otro hecho delictivo constitutivo también de estafa, si bien en grado de tentativa, que ha de integrarse, con el consumado que acabamos de examinar, en un único delito continuado. A ello nos referiremos después.

Hay que estimar este motivo 2.º del Ministerio Fiscal y los 4.º y 5.º del recurso de la acusación particular.

Octavo. 1. En el motivo 6.º del escrito de este recurso de la acusación particular, también por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del artículo 74 por no haberse aplicado al caso, respecto de los tres delitos por los que se acusó y en definitiva se condena, la figura del delito continuado.

2. Veamos qué nos dice el artículo 74.1 CP.

Para que haya un delito continuado ha de existir, en primer lugar, una pluralidad de acciones u omisiones punibles, es decir, dos o más infracciones penales.

Tal pluralidad se considera un solo delito o falta porque existen dos notas que así justifican:

a) Infracción de un mismo precepto penal o de preceptos de igual o semejante naturaleza.

b) Haberse realizado tales infracciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

La misma norma penal prevé la pena a imponer: la que corresponde a la infracción más grave en su mitad superior, norma no aplicable a las infracciones contra el patrimonio que tienen su regulación específica en el artículo 74.2, según conocida doctrina de esta sala que luego explicaremos.

3. Entendemos que en el caso presente, conforme lo deducimos del relato de hechos probados, no hubo delito continuado ni en la falsedad ni en la utilización ilegítima de denominación de origen, aunque sí en la estafa.

Veámoslo:

A) Con relación al delito de falsedad, nada hay que nos obligue a afirmar que fueron varias las acciones por las que se crearon las contraetiquetas y precintas falsas con su consiguiente adhesión a las botellas de vino. Es muy posible que todas se hicieran a través de una misma acción punible, aunque ésta se prolongara durante las horas o días que fueran necesarias para realizar los correspondientes trabajos de imitación de los certificados originales expedidos en tan importante número de 26.604 (sentencia recurrida, pág. 5) y su adhesión a las correspondientes botellas.

No se sabe dónde ni cuándo se hicieron esos trabajos de simulación falsaria y nada nos pudo decir al respecto la sentencia recurrida en su relato de hechos probados. Por tanto, en aplicación del principio «in dubio pro reo», como esta es la solución que más favorece a los condenados, hemos de entender que hubo una sola acción de falsedad de certificados constitutiva de un único delito.

B) Respecto del delito del artículo 275, la acción que tal norma sanciona es la utilización ilegítima e intencionada en el tráfico económico de una denominación de origen o de una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas.

Entendemos que existió un solo delito, aunque hayan sido muchas las veces en que se utilizó la denominación de origen y sea, como aquí, importante el número de botellas de vino en que se hizo constar esa denominación a la que no se tenía derecho.

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal. Así ocurre con el delito del artículo 368 CP cuando nos habla de «actos de cultivo, elaboración o tráfico» en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el artículo 325,

al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. En este delito que estamos examinando (art. 275) se habla de quien «utilice en el tráfico económico una denominación de origen...». Esta expresión «utilice en el tráfico económico» tiene ese concepto global que acabamos de decir, de modo que una utilización repetida de esa denominación de origen no constituye un delito continuado.

C) Sin embargo, en referencia al delito de estafa sí existió un delito continuado, pues, además de ese delito consumado al que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior, hubo otro en grado de tentativa, y los dos quedan integrados en uno solo por aplicación de la parte primera del artículo 74.1 en cuanto que nos ofrece un concepto de esta especial figura delictiva (delito continuado) al que acabamos de referirnos en el apartado 2 de este mismo fundamento de derecho.

Pero, por su complejidad, este tema exige un capítulo aparte, para poner de relieve el tratamiento jurídico de ese segundo episodio que aparece en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (páginas 4, 5 y 6).

Noveno. 1. En síntesis, los hechos de este segundo episodio ocurrieron así:

Como consecuencia del examen aquí en España de las cinco botellas enviadas desde Alemania con falso etiquetado de denominación de origen, se practicó una diligencia administrativa en las instalaciones industriales de la referida empresa Bodegas Vega de Valdeoya, S. L., practicada por dos veedores oficiales del consejo regulador en presencia de uno de los dos acusados, D. Augusto, que dio como resultado el hallazgo de 26.604 botellas de tres cuartos de litro, en tres partidas de vino diferentes, una de rosado en las que aparecían falsificadas las precintas y otras dos de vino tinto de marcas diferentes en las que la falsedad de la certificación de la denominación de origen estaba en las contraetiquetas.

Todas se hallaban ya introducidas en sus correspondientes cajas y, de haberse vendido por la mencionada empresa, ésta habría obtenido unos ingresos de 7.528.338 ptas. La sentencia recurrida nos detalla en qué consistieron las referidas falsificaciones, lo que no interesa aquí reproducir. Sólo queremos ahora resaltar que sobre el resultado de esta inspección administrativa nadie ha realizado alegación alguna.

2. Examinemos ahora por qué afirmamos que estos hechos, aisladamente considerados, constituyen un delito de estafa cualificada del artículo 250.1.6.º cometida en grado de tentativa:

A) En cuanto a la calificación de estos hechos como estafa nos remitimos a lo dicho en nuestro anterior fundamento de derecho 7.º, con una sola salvedad, pues, tratándose de operaciones de venta por un valor de más de siete millones de pesetas, es claro que hay que estimar aplicable la agravación específica por el valor de la defraudación del citado artículo 250.1.6.º

Aunque no es lo mismo el valor de la defraudación que el precio de venta, hay que entender que, en todo caso, aquél habría alcanzado una cifra de más de cuatro millones de pesetas, suficiente para aplicar en todo caso esta norma penal.

B) Razonamos ahora sobre la calificación como tentativa:

a) De la definición que nos ofrece el artículo 17.1 CP podemos deducir qué son tres los elementos exigidos para que exista tentativa respecto de un delito:

1.º Voluntad del autor de realizar ese delito. Debe concurrir, lo mismo que en el delito consumado, el dolo (cabe también el eventual) y los demás elementos subjetivos del tipo concreto de que se trate.

2.º Que se haya dado principio a su ejecución directamente por hechos exteriores.

3.º Que el resultado delictivo no se haya producido por causas independientes del comportamiento del sujeto activo.

No cabe duda alguna acerca de la concurrencia en el caso presente de tales elementos 1.º y 3.º

La tenencia de ese número de botellas, más de 26.000, en una empresa destinada a la producción y venta del vino, no puede tener otra explicación que la intención de vender con falsedad en la calidad y en la denominación de origen, y esto es una estafa.

Por otro lado, es evidente también que la no consumación del delito se produjo como consecuencia de la referida inspección administrativa contra la referida empresa, algo totalmente ajeno a la voluntad del autor.

También concurrió el elemento 2.º como exponemos a continuación.

b) Se da principio a la ejecución del delito cuando se ha iniciado una actividad que, sin necesidad de otros pasos intermedios esenciales, habría de alcanzar el resultado delictivo pretendido, todo ello teniendo en cuenta cómo hubiera planeado el hecho el sujeto activo (el plan del autor), criterio válido al respecto, al menos, para estos delitos de acción (no de omisión) y de autoría directa (no mediata).

Tal principio de la ejecución pone ya en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal que es lo que constituye el fundamento de la punición de estos actos de tentativa de delito.

Si no se ha producido ese inicio de la ejecución y hay una voluntad de delinquir manifestada en actos exteriores, nos encontramos ante los denominados actos preparatorios, generalmente impunes.

La dificultad radica precisamente en distinguir en la práctica estos actos preparatorios de aquellos otros que son ya principio de la ejecución. Para su solución hay que estar a la estructura del tipo de delito de que se trate y considerar sus diferentes elementos constitutivos. Hay principio de ejecución cuando hay principio de realización en cualquiera de esos elementos constitutivos. Ya entonces aparece ese peligro más o menos inminente para el bien jurídico protegido.

En el caso de delito de estafa el elemento esencial y, desde luego, el primero en el tiempo, es el requisito del engaño. Entendemos que comienza a ejecutarse el engaño, no por la realización de algunas de las falsedades que hayan de constituirlo, sino cuando se inicia el contacto del sujeto activo con el sujeto pasivo con la perspectiva ya del negocio concreto de que se trate, de modo que, de continuar ese contacto, habría de producirse la consumación del hecho con el consiguiente error y acto de disposición.

En este caso que estamos examinando la mencionada falsedad y toda la actuación de fabricación de las etiquetas y de su colocación en tales botellas habrían de considerarse actos de preparación (no impunes en el caso, como luego veremos). La ejecución del engaño (y de la estafa) comienza cuando se han iniciado los trámites para la venta mediante los primeros contactos con el comprador.

Estimamos que hay una prueba de indicios para poder afirmar que en el caso presente ya habían existido esos contactos, en base a los siguientes hechos básicos plenamente acreditados (art. 386.1 LEC):

1.º Haberse encontrado ya botellas similares en unos supermercados de Alemania en fechas anteriores al mencionado registro administrativo.

2.º El tan repetido gran número de botellas falsificadas, más de 26.000, en su etiquetado y en su calidad.

3.º El hallarse todas ellas ya introducidas en sus respectivas cajas.

Todo indica que nos encontramos ante una empresa en funcionamiento con pedidos pendientes de cumplimentar, lo que habría de hacerse por medio de la distribución de esas botellas ya preparadas al efecto, una empresa que ya ha distribuido botellas falsificadas y tiene ya concertadas otras entregas con la misma clase de mercancía. Tales hechos indiciarios evidencian que esas botellas preparadas para su salida de los locales de la empresa son mercancías cuya venta ya está concertada en un tipo de negocio en el que es frecuente la existencia de unos mismos clientes a quienes se remiten envíos periódicos de los mismos productos.

Entendemos que entre aquellos hechos básicos y este hecho consecuencia existe un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», tal y como nos exige el citado artículo 386.1 LEC, que se refiere a las llamadas presunciones judiciales equivalente en el proceso civil a la que nosotros venimos conociendo como prueba de indicios o indirecta en el proceso penal.

Por tanto, nos hallamos ante una tentativa de delito de estafa en cuanto al mencionado hallazgo de tales 26.604 botellas de vino falsificadas.

Pero conviene dejar dicho aquí que, en todo caso, si hubiéramos considerado que la ejecución aún no había comenzado, siempre nos encontraríamos ante un caso de conspiración para la comisión de ese delito. La conspiración es un caso de acto preparatorio que no es impune cuando la Ley expresamente prevé su sanción, lo mismo que ocurre con la proposición y la provocación (arts. 17 y 18 CP). Todos ellos son actos, todavía no ejecutivos, consistentes en la comunicación a otras personas del propósito de delinquir que el legislador, por razones de política criminal, considera preciso sancionar penalmente sólo con relación a determinadas infracciones. Así lo hace expresamente con referencia al delito de estafa y a otros de contenido patrimonial en el artículo 269 CP. Además en esta norma se prevé sancionar con la pena inferior en uno o dos grados, lo mismo que el 62 dispone para la tentativa. Concurren aquí los elementos exigidos por el mencionado artículo 17.1: 1.º un concierto de dos o más personas, en este caso los dos socios acusados; 2.º una resolución conjunta de los dos para ejecutarlo.

3. Veamos ahora lo relativo al delito continuado de estafa aquí concurrente:

A) Están presentes los elementos exigidos en el artículo 74.1 ya referidos. Hay una pluralidad de acciones penales (en cuanto que pluralidad hay cuando existen dos) que obedecen a un plan preconcebido –así lo revela la semejanza entre las falsedades de las botellas halladas en Alemania y aquellas otras que se encontraron aquí en España en el registro practicado en los locales de la empresa vendedora– y que violan el mismo precepto penal (los artículos definidores del delito de estafa).

B) En cuanto a la pena que corresponde por tratarse de delito continuado, es conocida ya la doctrina de esta sala, proclamada con reiteración en los últimos años (sentencias de 23 de diciembre de 1998, 17 de marzo de 1999, 28 de julio de 1999, 11 de octubre de 1999, 9 de mayo de 2000, 19 de junio de 2000, 7 de mayo de 2002 y 7 de junio de 2002, entre otras muchas), por la que venimos diciendo que el apartado 2 del artículo 74 impone unas reglas específicas para los delitos continuados referidos a infracciones contra el patrimonio, que excluyen la aplicación de la norma general de agravación obligatoria contenida en el apartado 1 del mismo artículo por la que ha de imponerse la sanción correspondiente a la infracción más grave de todas las concurrentes en su mitad superior. La primera de las dos reglas contenidas en tal apartado 2 manda tener en cuenta «el perjuicio total causado» a los efectos de determinación de la pena en estos delitos continuados contra el patrimonio. «Perjuicio total causado», leemos en tal norma, con lo cual en los casos en que, como aquí ocurrió, una de las dos infracciones no alcanzó el grado de la consumación, es decir, no pro-

dujo perjuicio alguno, la cuantía de este delito no puede sumarse a la del que sí quedó consumado.

Así pues, en este caso en que la continuidad delictiva quedó conformada por (a) una infracción consumada en la cual el perjuicio fue de algo más de 50.000 ptas. y (b) otra intentada por el beneficio que pudieran haber reportado a la empresa vendedora los 7.528.338 ptas., valor para la empresa embotelladora de esas 26.604 botellas, solo cabe tener en cuenta, para condenar por un delito consumado de carácter continuado y de contenido patrimonial, la primera de esas dos cuantías (a).

Décimo. 1. En el motivo 7.º, también con amparo en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del artículo 275 (en relación con el 274), 392, 248 (en relación con el 250.1.5.º, 77 y 74), todo ello en relación con la penas a imponer a cada uno de los dos acusados.

Nos corresponde aquí determinar cuáles han de ser estas penas, habida cuenta de lo que ya ha quedado concretado en los fundamentos de derecho que acabamos de examinar.

Son los dos acusados responsables como coautores de los delitos siguientes:

- Uno de uso ilegítimo de denominación de origen del artículo 275 que en cuanto a la pena se remite al anterior 274.
- Otro de falsedad de certificados del 399.
- Y otro más de estafa continuada y consumada del artículo 248.1 penado en el 249.

Aquellos dos primeros en concurso ideal entre sí y ambos, al propio tiempo, en concurso medial con el de estafa, porque aquéllos fueron medio necesario para la comisión de éste, teniendo en cuenta la forma concreta en que todos ellos se produjeron.

Así pues, hay que aplicar, por un lado, la norma del artículo 77 que regula las penas en los casos de concurso ideal o medial y, además, al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes, también la regla 1.ª del artículo 66 que nos permite recorrer toda la extensión de las penas correspondientes y nos manda tener en consideración, para la individualización de las sanciones, las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

2. A los fines de lo dispuesto en el citado artículo 77, veamos primero qué penas han de corresponder para cada uno de los referidos delitos considerados separadamente.

A) En cuanto al del artículo 275, como no ha habido recurso alguno sobre la aplicación que de esta norma se hizo en la instancia, habría de respetarse la pena allí impuesta, que fue la mínima permitida en tal norma, la de 6 meses de prisión y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros.

B) Y con relación a los otros dos delitos por los que la sentencia recurrida absolvió y hay que condenar, hemos de seguir, para el delito de falsedad esos dos criterios ordenados por el legislador en el artículo 66.1.ª –repetimos: (a) las circunstancias personales del delincuente y (b) la mayor o menor gravedad del hecho– y para el de estafa los específicos del artículo 249:

B') Respecto del delito de falsedad, estimamos que tales dos criterios nos lleven a unas penas elevadas dentro de su levedad:

- (a) porque se trata de personas titulares de una sociedad limitada relacionada con la distribución de vinos con denominación de origen de Rioja y como tales tenían especiales deberes de respeto a esas normas por su calidad de explotadores de ese negocio y porque también su empresa estaba amparada en los derechos y deberes que de tal denominación de origen se derivaban;

– (b) por el importante número de botellas de vino a las que se adhirieron los falsos certificados que garantizaban su calidad por la conocida procedencia geográfica, al menos 26.604, algunas ya comercializadas en Alemania y la mayoría preparadas para su salida al mercado.

La pena del artículo 399 (multa de 3 a 6 meses) habríamos de imponerla en el máximo legal permitido (6 meses) con la misma cuota diaria de 6 euros antes referida.

B'') Y con relación a la estafa, ha de castigarse con pena sólo de prisión en una extensión que va de seis meses a cuatro años. Aquí, como acabamos de decir, nos impone el legislador (art. 249) unos criterios específicos para la graduación de tal pena que aplicamos en la forma siguiente:

– (a) en cuanto al importe de lo defraudado, ya hemos dicho que sólo quedó probado (en beneficio de los reos) el envío de una partida de exportación a Alemania cuya cuantía no conocemos y que hemos fijado en aquella que sirve al menos para dejar un beneficio que excede de 50.000 ptas.;

– (b) en el caso no cabe hablar de quebranto económico importante para los perjudicados, los vinateros de La Rioja, pues éste no ha quedado acreditado y puede que no llegara a existir ninguno, habida cuenta de que partimos de que únicamente hubo un envío a Alemania, aparte de la pequeña cantidad de 76,53 euros reconocida como indemnización a favor del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja por la exacción parafiscal dejada de cobrar por los certificados que le fueron falsificados;

– (c) en cuanto a las relaciones entre el perjudicado y el defraudador, merecen una consideración en pro de una mayor gravedad del hecho, habida cuenta de la fidelidad debida por estos empresarios a sus compañeros de la tierra del vino de Rioja, particularmente si valoramos el que los dos acusados tenían su empresa también acogida a los beneficios de la referida denominación de origen;

– (d) respecto de los medios empleados por los defraudadores para cometer esta estafa, hay que considerar que éstos fueron importantes, el uso de una imprenta no identificada para las falsificaciones y las propias instalaciones de su empresa para preparar las botellas remitidas a Alemania;

– (e) con referencia a otras circunstancias relevantes para la individualización de la pena, hemos de tener en cuenta que había preparadas para enviarlas a los mercados esas 26.604 botellas de tres cuartos de litro, siendo el valor total de esta mercancía el de 7.528.338 ptas. (hechos probados de la sentencia recurrida, pág. 8).

Por tanto, de tales cinco criterios, tres de ellos son favorables a la imposición de una pena grave, que habría de ser la de dos años y nueve meses cuando el máximo a imponer es el de cuatro, como ya se ha dicho.

3. Quedan así establecidas las penas a imponer de sancionarse por separado los mencionados tres delitos: 6 meses de prisión y 6 meses de multa (art. 274), otra multa de 6 meses (art. 399) y 2 años y 9 meses de prisión (art. 248 y 249).

Total, 3 años y 3 meses de prisión y multa de 12 meses a razón de 6 euros diarios.

Hay que estimar que, de todas las sanciones previstas para tales delitos, la más grave es la que dispone el artículo 249, de 6 meses a 4 años de prisión, teniendo en consideración la más aflictiva de todas las previstas, que es sin duda la privativa de libertad. Por tanto, conforme a lo dispuesto para el concurso ideal (delitos de los arts. 275 y 399) como para el medial (estos dos delitos como medio necesario para el continuado de estafa del 248 y 249), no cabe penar por separado. Hay que aplicar en su mitad superior la del 249 (art. 77.2), que abarca desde los dos años y tres meses a los cuatro años de prisión.

Como se trata de la integración en una sola pena de las correspondientes a los tres delitos mencionados, y además en los tres hay razones para afirmar su gravedad –la

que acabamos de exponer en el apartado 2—, acordamos castigar, dentro de esa mitad superior, con tres años de prisión.

(Sentencia de 19 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 325

Inexistencia de delito ecológico en vertidos nocivos al río, al desconocerse en la causa el cauce receptor y su caudal, lo que impide constatar la existencia de peligrosidad

Único. El Ministerio Fiscal, único recurrente, alega un solo motivo de casación al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por inaplicación del artículo 347 bis, 1.º y 2.º, del Código Penal de 1973.

La Sala de instancia en su sentencia, contra la que se alza el recurrente, entendió que dicho artículo 347 bis que tipifica el delito contra el medio ambiente exige la concurrencia de estos elementos o requisitos: *a)* una conducta consistente en provocar o realizar emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas; *b)* que dicha conducta suponga una contravención de las Leyes o reglamentos protectores del medio ambiente; y *c)* que dicha conducta ponga en peligro grave la salud de las personas, o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Pues bien, en el Fundamento Segundo de Derecho se razona que si bien en el supuesto enjuiciado se aprecia la existencia de los dos primeros elementos del tipo, no se puede decir lo mismo en cuanto al tercero, debido a que la constatación de este requisito obliga a las partes acusadoras a probar que la conducta del imputado ha resultado peligrosa para el equilibrio ecológico «del espacio en el que se materializan los efectos de ese comportamiento», por lo que en el caso como el presente de vertidos en acuíferos terrestres, la concurrencia de este tercer requisito exige determinar de la forma más precisa posible «las características del vertido» (composición, caudal y duración), «características del medio receptor» (composición antes y después del vertido y el caudal) y «condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido».

Según continua razonando la sentencia, sólo se acreditó la composición de «dos» vertidos, y además de forma muy imprecisa, sin que conste demostrado dato alguno que permita inferir en qué medida afectaron tales vertidos al medio receptor y cómo influyó en las condiciones de vida allí existente. Ha de tenerse en cuenta también que no se practicó prueba alguna que hubiera permitido conocer cuáles pudieran ser las características de ese vertido en cuanto a su duración y caudal ni tampoco existen datos que permitan saber de que forma pudieron repercutir en la composición de las aguas del río.

Frente a ello el recurrente considera que existen vertidos y que éstos, según su composición química que se recoge en los hechos probados y los niveles de contaminación que producen, contravienen los límites máximos permitidos en la normativa vigente y, en concreto, en los Anexos del Reglamento de Dominio Hidráulico de 11 de abril de 1986. Añade que aunque la sentencia indica que no se conocen ni el caudal ni las características de los cauces que van a parar los vertidos, es lo cierto que existen fijados legalmente unos límites en las sustancias que los componen para ser autorizados por la Administración que son los que se especifican en las tres Tablas del Anexo referido,

«límites que no están fijados de forma arbitraria, sino que se ha de entender que si se sobrepasan los mismos existe un riesgo para el hábitat del cauce de que se trate».

En realidad, el propio recurrente viene a reconocer, en principio, que el caudal y sus características podrían ser relevantes ya que estamos en presencia de «un delito de riesgo concreto y no abstracto». Sin embargo, lo que se puede deducir del conjunto de su argumentación es que el principal apoyo que sustenta su impugnación es entender, en definitiva, que este tipo delictivo tiene las características de un delito de peligro abstracto en el más puro sentido de la palabra, pues si la Sala de instancia no dio por probado que se hubiera producido daño al caudal dadas las características de éste y de la frecuencia de los vertidos, la pretensión del recurrente caería en el vacío si no se entendiera de que los vertidos por sí solos y dadas sus características habría producido un peligro abstracto en sentido estricto.

En el tratamiento de este problema, la más reciente jurisprudencia (véase, entre otras, la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2003) ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigentes, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *stricto sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo.

Esto último es precisamente en lo que se sustenta la sentencia recurrida para llegar a una solución absolutoria, pues si bien los vertidos eran realmente peligrosos y nocivos, no quedó suficientemente probado que lo fueran dadas las características del río receptor y de su caudal. Entendemos que esa prueba (o falta de prueba) ha sido valorada correctamente por la Sala de instancia por haberse hecho dentro de la lógica y de las normas de la experiencia, según la competencia que para ello le otorga el artículo 741 de la LECrim que tiene su raíz y razón de ser en un principio tan importante como es el de inmediatez.

Por lo expuesto, se deberá desestimar el único motivo.

(Sentencia de 25 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 368

En los casos de los delitos graves, como el narcotráfico, no es aplicable el principio de «insignificancia». Pero para castigar una conducta de tráfico, se necesita que se cause un daño a la salud pública, lo cual se produce en todos los casos en que se transmite a una persona, una sustancia tóxica en cantidad bastante para integrar una dosis psicoactiva, esto es, que supone una afectación a las funciones físicas o químicas de una persona. Heroína: 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos

Primero. La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección primera, dictó sentencia por la que se absuelve al acusado G. O. de un delito contra la salud pública,

bajo el argumento de que «la cantidad de droga vendida es tan insignificante, que no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona», citando algunas resoluciones de esta Sala Casacional en ese sentido.

Frente a tal sentencia absolutoria, formaliza el Ministerio fiscal recurso de casación, con un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el artículo 849-1.º de la LECrim, denunciando la indebida (in)aplicación del artículo 368 del Código Penal.

En los hechos probados de la Sentencia de instancia se relata que el acusado, G.O., vendió a una persona «una bolsita con una sustancia marrón identificada tras el correspondiente análisis como heroína, que pesaba 0,060 gramos con una riqueza del 27,7% en heroína base», añadiendo que «la droga incautada alcanza un valor de 1.000 pts.»

Segundo. La cuestión que plantea la sentencia recurrida y el recurso del Ministerio fiscal, se refiere a lo que se denomina en la doctrina y en la jurisprudencia, como el principio de la insignificancia en el tráfico de drogas, cuando el sujeto activo del hecho enjuiciado ha vendido una pequeña o ínfima cantidad de sustancia estupefaciente introducida en la papelina objeto de transacción.

La Sentencia de 21 de junio de 2003, mantiene –en la relación con el tema objeto de autos– la siguiente doctrina, que repetimos ahora: desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del artículo 368 Código Penal, la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuridicidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma –se sostenía– carece de legitimación para corregir al legislador. Dicho con otras palabras: la teoría de la antijuridicidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijuridicidad formal. Sólo en formulaciones posteriores la teoría de la antijuridicidad material fue concebida como el fundamento que permitiría dar lugar a un principio general de la justificación o, dicho de otra manera, fundamentar una causa suprallegal de justificación. Es en este sentido que se admitieron por una opinión doctrinaria minoritaria principios suprallegales de justificación, como el principio de la ponderación de bienes, el del mayor beneficio que perjuicio, el del medio justo para la realización de un fin justo, etc.

Todo ello demuestra –continúa diciendo la Sentencia que seguimos– que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera *de lege ferenda*, un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Tercero. Esta cuestión fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003, en el que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos científicamente considerados como exentos de cualquier afectación a la salud de las personas.

Mediante comunicación del pasado día 13 de enero de 2004, se han ofrecido éstos por el Servicio de Información Toxicológica de tal Instituto, sobre dosis de abuso habitual, consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva, considerándose que, por el momento, no es necesario llevar este tema a una próxima Sala General. Pues bien, para el caso de la heroína, que es el que nos corresponde ahora enjuiciar, tales datos ofrecen que la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos. Estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona.

En el caso, la heroína bruta transmitida lo fue en cantidad de 0,060 gramos, con una riqueza en principio activo del 27,7 por 100, que arroja en consecuencia la cantidad de 0,01662 gramos, o bien, 16,62 miligramos, que se sitúan, por consiguiente, muy por encima del expresado umbral toxicológico, por lo que el recurso debe ser estimado, al referirse única y exclusivamente sobre la incidencia en la antijuridicidad de la norma, que ha de traducirse en parámetros objetivos de afectación a la salud pública, en los términos indicados.

(Sentencia de 19 de enero de 2004)

Idem respecto a las anfetaminas: 10 miligramos

Segundo. También por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, denuncia la falta de acreditación del destino al tráfico de la sustancias intervenida dada la escasa cantidad de la sustancia intervenida, 36 gramos de anfetamina con una riqueza del 5 por ciento, mezclado con cafeína y piracetan, que arroja una cantidad de 1,8 gramos de sustancia tóxica expresada en su total de pureza en anfetamina «lo que resulta contrario a las máximas de experiencia la deducción del destino a su distribución entre terceras personas».

El motivo se desestima. La cantidad intervenida es relevante a la hora de fundamentar una inferencia sobre el destino al tráfico. Ciertamente la pureza de la sustancia tóxica es baja pero ello no permite deducir la insignificancia de lo intervenido, sino solamente la baja pureza de la sustancia intervenida, pues su naturaleza de sustancia tóxica aparece afirmada por la pericial practicada. La experiencia, contrariamente a lo afirmado por el recurrente en el recurso, informa que ordinariamente la sustancia tóxica aparece mezclada con diversas sustancias para reducir sus efectos y para ampliar los efectos económicos, además de la imposibilidad de un consumo de sustancia absolutamente pura en sustancia tóxica.

Los estudios farmacológicos indican que, referido al sulfato de anfetamina, la dosis mínima psicoactiva es de 10 miligramos cantidad que es superada con creces por lo intervenido, aun reducido, caso de que fuera posible para el consumo, a su expresión al cien por cien de la pureza. Consecuentemente el motivo se desestima.

(Sentencia de 21 de enero de 2004)

Necesidad de conocer la composición de las sustancias tóxicas, en el tráfico de drogas

Único. El acusado formaliza un solo motivo, que canaliza por la vía del artículo 849.2.º de la LECrim por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. En su opinión, el hecho probado, en lo relativo a su adición a la heroína durante más de doce años, no es suficientemente completo. Pide que se integre el relato, con referencias que considera sustanciales, para la estimación de una eximente incompleta, aunque admite que esta cuestión no se ha planteado en la instancia. No obstante y partiendo del contenido del hecho probado, se abre la vía para examinar, si de su contenido, se desprende la existencia de los elementos constitutivos del delito contra la salud pública por el que ha sido condenado.

2. El relato fáctico, es el único soporte admisible, para fundamentar una calificación jurídica. El acusado, sólo puede intentar una modificación que satisfaga sus posibilidades de defensa, cuando conoce, con seguridad, taxatividad y certeza, cuáles son los hechos que se le imputan.

En síntesis, se acusa al recurrente de haber vendido a una persona, por mil pesetas, dos pastillas de una sustancia que «tras el oportuno análisis del Servicio de Restricción Estupefacientes resultó ser metadona». Este es el escueto relato que está huérfano de cualquier otra precisión. No conocemos la composición y el peso de dichas pastillas, elemento esencial para dilucidar, si efectivamente ha existido un delito contra la salud pública, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido.

3. No se discute que la metadona, que se comercializa bajo el fármaco conocido como «metasedin», es una sustancia estupefaciente que necesita inexcusablemente una dispensación mediante receta específica y restringida. En principio, por tanto, nos encontramos ante una sustancia que está integrada en el tipo básico del artículo 368 del Código Penal y, no hay duda que sobre la misma, se ha realizado un acto de tráfico, como es su venta a una tercera persona.

A partir del reconocimiento de esta circunstancia, todo son incógnitas, que no nos permiten determinar, con la precisión exigida al derecho punitivo, si las dos pastillas de metadona contenían dosis suficientes para determinar un grave riesgo para la salud pública.

4. El «metasedin» tiene, como ya hemos dicho, la consideración de estupefaciente, si bien su composición varía según las diferentes dosis con las que se presenta en el mercado. Las variantes de composición son numerosas y van desde el metasedin de cinco miligramos hasta el de cuarenta miligramos. La dosis media para que surta efecto es la de 60 a 120 miligramos por día. En su fórmula se contiene metadona (clorhidrato) (DCI), lactosa, almidón de maíz, povidano y extracto de magnesio. Resulta, por tanto imprescindible, conocer los porcentajes de dichas sustancias que se encontraron en las dos pastillas analizadas y reflejarlo, de forma clara y taxativa, en el hecho probado, sin que sea tarea de la casación rellenar estas carencias en contra del reo, provocándole una indudable indefensión.

La metadona, que es el principio activo del «metasedin», es un analgésico central de potencia equivalente a la morfina, pero que presenta una menor acción represora del centro respiratorio. Asimismo produce una mucho menor acción euforizante, tolerancia y dependencia y síndrome de abstinencia, que los opiáceos.

5. Su incidencia sobre la salud pública en general y sobre el individuo en particular, depende, por tanto, de la proporción del principio activo, que se contenga en cada pastilla, ya que según las diferentes modalidades en las que se comercializa su composición o contenido será diferente. No sabemos, ni el peso ni el porcentaje, por lo que difícilmente podemos afirmar que se ha lesionado el bien jurídico protegido. Llamamos de nuevo la atención, sobre la necesidad de que el relato fáctico integre, sin necesidad de complementos dispersos por la fundamentación jurídica y de difícil y caprichosa identificación, cuáles son los elementos básicos que la sala sentenciadora considera probados. Cuando se omiten aspectos esenciales, la decisión de los Tribunales debe pronunciarse o inclinarse por la opción más favorable al acusado. En este

caso, al no conocer la cantidad de principio activo, nos debemos pronunciar por estimar que no está demostrado que se afectase a la salud pública general y a la propia del potencial consumidor.

(Sentencia de 30 de enero de 2004)

Tráfico de drogas: Bien jurídico protegido. Conductas atípicas: cantidad ínfima: existencia; sustancias diversas: proposición de venta portando una pastilla de MDMA, sin precisión de su composición concreta que impide conocer si se han sobrepasado las dosis mínimas psicoactivas

Único. El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud. El Tribunal de instancia declara probado que ofreció droga en venta a dos agentes de policía de paisano «portando una pastilla de MDMA y 0,089 gramos de resina de cannabis, así como 170 euros producto de ventas anteriores».

En la fundamentación jurídica afirma que existe prueba indiciaria de que el acusado había estado traficando en horas anteriores, y que tales indicios consisten en la hora en que ocurren los hechos y en la tenencia de dinero oculto en los zapatos.

Contra la sentencia interpone recurso de casación que, con deficiente técnica casacional, formaliza en dos motivos. En el primero, sin apoyo legal expreso, entiende que se ha dejado de aplicar indebidamente la atenuante 21.2.ª, pues de la actuación del recurrente se desprende su adicción a las drogas, su deseo de salir del estado de necesidad en que se encontraba, y la nimiedad de la cantidad de droga, lo que, según afirma, indica que no había ánimo de lucro. En el segundo motivo menciona la existencia de error de hecho, pero, sin designar documento alguno, se limita a señalar que da por reproducidos los argumentos del motivo anterior.

Sin perjuicio de lo que después se dirá, las escasas argumentaciones contenidas en el desarrollo del recurso no pueden ser atendidas. No consta que la atenuante a la que se refiere ahora fuera oportunamente propuesta, pues según la sentencia, en la instancia alegó la atipicidad de los hechos por tratarse de sustancias destinadas al propio consumo, y la insignificancia de las sustancias aprehendidas, por lo que la conducta carecería de antijuridicidad material. Tampoco consta que se practicara prueba alguna sobre la intensidad, duración temporal u otros aspectos de la adicción, teniendo en cuenta que la atenuante cuya aplicación pretende tiene su base en la existencia de una grave adicción relacionada causalmente con el delito.

Por otro lado, nada tiene que ver con la atenuación el deseo de abandonar un estado de necesidad, cuyas características, intensidad y efectos no se han precisado; ni tampoco la cantidad mayor o menor de sustancia estupefaciente que se posea con finalidad de tráfico.

Sin embargo, no puede dejar de considerarse, tal como menciona el recurrente, que efectivamente las cantidades de droga que tenía en su poder y que ofreció en venta son notoriamente escasas, lo cual puede tener relevancia a efectos de calificación.

La jurisprudencia de esta Sala se ha preocupado de analizar la tipicidad de la conducta en los supuestos en los que, acreditada una sola operación de venta de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 368 del Código Penal, se ha apreciado la transmisión de una escasa cantidad. La solución no ha sido unánime, valorándose las características del supuesto de hecho concreto. Así se han considerado

atípicos supuestos de consumo compartido cuando concurren una serie de circunstancias que la jurisprudencia ha precisado.

El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal la que precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito.

El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias, psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición. Al tiempo, considera delictivas, en razón del riesgo que crean, apreciado con carácter general, las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines. Tales conductas son típicas, en cuanto cumplen los requisitos de la descripción contenida en el artículo 368, y son antijurídicas, en cuanto crean el riesgo no permitido.

El adelantamiento de las barreras de protección hace que el delito quede consumado con la mera tenencia de las sustancias prohibidas con finalidad de tráfico. Esta intención, como elemento interno perteneciente a la conciencia del sujeto, es difícilmente demostrable a través de prueba directa, siendo lo habitual recurrir a una inferencia para acreditar su existencia, que entre otros datos se apoya en la cantidad, naturaleza y preparación de la sustancia. Cuando se trata de cantidades muy pequeñas resulta difícil afirmar el destino al tráfico si solamente se dispone de ese dato, y en esos casos es determinante la prueba de la realización de una operación de tráfico, que resulta una eficaz demostración de la intención con la que la droga era poseída. Bien entendido que aunque la venta sea un acto de tráfico, y por lo tanto típico, la tenencia inmediatamente anterior, en cuanto se caracteriza por la disposición al tráfico, también lo es. Por lo tanto, el riesgo para la salud pública o, desde otra perspectiva, el incumplimiento de la norma, se produce ya con la tenencia anterior a la venta y se prolonga con la efectiva ejecución de ésta.

Por otro lado, la venta ilícita de sustancias de esta clase, considerada como acto independiente, supone sin duda un acto de favorecimiento, en cuanto implica en sí mismo la difusión de la droga desde los traficantes a los consumidores, bien directamente o bien a través de otros traficantes, por lo que ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia transmitida. Aunque la venta o donación suponga la efectiva concreción del último eslabón de la cadena del tráfico, la difusión ya se ha producido al consumarse la entrega por parte de quien destina la droga que posee, no a su propio consumo, sino al tráfico oneroso o gratuito con terceros.

Esta clase de conducta no es irrelevante desde la óptica de la protección de la salud pública, ni tampoco desde la perspectiva del cumplimiento de la norma penal. Como se decía en la STS de 21 de junio de 2003, «desde el punto de vista de la anti-

juridicidad material lo que se requiere es que el hecho no solo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico». En delitos como el de tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico. En conductas consistentes en la venta de drogas a terceros, tal riesgo es evidente aunque la cantidad sea escasa, pues no debe olvidarse a estos efectos que el consumidor se mantiene en el consumo ilegal mediante actos ilícitos de adquisición a terceros vendedores, y que la iniciación en el consumo, con sus perniciosos efectos a corto, medio y largo plazo, se produce habitualmente a través del consumo inicial de pequeñas cantidades de droga, que sirven como principio de la adicción y que resulta favorecido, promovido o facilitado por estos actos de venta de pequeñas cantidades.

Un acto de esta clase solo podrá dar lugar a otras consideraciones cuando la sustancia transmitida no sea idónea para crear el riesgo prohibido, es decir, cuando desde el principio pueda excluirse todo peligro, lo que ocurrirá cuando carezca de toda virtualidad para producir los efectos propios de la droga de que se trate. Ello puede deberse a que la sustancia transmitida no es una de las prohibidas sino otra sustancia diferente. En los casos en los que se aprecie la presencia del principio activo en la sustancia transmitida, la conducta será típica, pues no es posible excluir radicalmente la producción de aquellos efectos nocivos.

Lo contrario ocurrirá, sin embargo, en aquellos casos en los que la cantidad de principio activo apreciable en la única sustancia transmitida sea tan insignificante que no alcance las dosis mínimas psicoactivas, según han sido establecidas con criterios científicos, y que han sido precisadas por el Instituto de Toxicología, pues entonces no será apreciable la existencia de un riesgo para el bien jurídico. Es por ello que en estos casos es importante que haya podido precisarse la riqueza de la sustancia intervenida a través de las pruebas pertinentes y que así lo refleje la sentencia.

En el caso actual, el acusado tenía en su poder una pastilla de MDMA, cuyo peso y composición no se expresa. Ante esta falta de datos, no puede aceptarse la argumentación contenida en la sentencia al decir que «nada nos indica que la pastilla que poseía el acusado no fuera de las que normalmente circula en el mercado clandestino», pues ese es precisamente un dato que no puede presumirse en su contra, sino que debe quedar debidamente acreditado por las pruebas aportadas por la acusación. Siendo así, no se puede considerar suficiente la mención a una sola pastilla de MDMA sin precisión de su composición concreta para considerar que se han sobrepasado las dosis mínimas psicoactivas.

En cuanto al cannabis ocupado en su poder, la cantidad establecida en el referido informe del Instituto de Toxicología, sitúa la dosis mínima psicoactiva en 10 miligramos de principio activo, por lo que la cantidad que el acusado ofreció en venta, de pequeña cuantía en cuanto que tenía un peso total de 0,089 gramos, no consta que contuviera una cantidad de THC superior a la dosis antes dicha, lo que impide considerar su conducta como relevante a los efectos de creación del riesgo prohibido por la norma.

Por otro lado, no puede aceptarse la afirmación de la sentencia relativa a la realización de actos anteriores de tráfico, pues realiza una inferencia excesivamente abierta al deducirlo de la hora, de la zona y del dinero que escondía en sus zapatos, sin que existan otros datos que pudieran resultar de interés cuya valoración conjunta condujera de forma natural a aquella conclusión.

(Sentencia de 16 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 386

Delito de falsificación de moneda. Tenencia para su expendición y distribución y adquisición a sabiendas de su falsedad con el fin de ponerla en circulación. Alcance de uno y otro inciso del artículo 386.2 CP. Individualización de la pena después de la rebaja en un sólo grado, atendiendo el valor de la moneda falsa y al grado de connivencia con los autores mencionados en el párrafo primero del artículo citado. Cuando un tipo penal establece la posibilidad de degradación punitiva en un grado, es preciso, posteriormente, la individualización dentro del mismo, sin que quepa imponerla en la mitad superior cuando falta justificación al respecto

Primero. El motivo inicial se ampara en el artículo 849.1 LECrim para denunciar la infracción del artículo 66, en relación con el 386.2, ambos del Código Penal de 1995, en su versión originaria (han sido modificados ambos, respectivamente, por las Leyes Orgánicas 11 y 15/2003), «ya que la sentencia no razona suficientemente la rebaja en un solo grado de la pena».

El motivo, que tiene el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En el fundamento de derecho undécimo razona el Tribunal de instancia, al hilo de los artículos 66 y 386.2 citados, que impone «las penas de siete años de prisión y multa de cien mil euros a cada uno de los acusados, atendido el valor de la moneda falsa y el grado de connivencia con los introductores de dicha moneda». La pena asignada al tipo calificado, primer inciso del párrafo 2.º del artículo 386, tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución en connivencia con los autores del párrafo 1.º, es la inferior en uno o dos grados a la señalada en el párrafo primero (que abarca desde los ocho a los doce años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda) para los que fabriquen, introduzcan o expendan o distribuyan moneda falsa en connivencia con los dos primeros, luego la Audiencia ha asignado al acusado la pena inferior en grado que va desde los cuatro a los ocho años, ha fijado siete, teniendo en cuenta el valor de la moneda falsa y el grado de connivencia a que se refiere el precepto mencionado más arriba. Teniendo en cuenta el valor mencionado, que se deduce directamente del *factum* en cuanto consigna los billetes falsos intervenidos al acusado tanto en el registro del vehículo como en el almacén, e igualmente el grado de connivencia con el que resulta ser, según el propio relato histórico, introductor de dicha moneda (la obtiene a través de un intermediario, el coacusado H., que, a su vez, la recibe del primer eslabón de la cadena descrita, D.), la degradación de la pena en un sólo escalón no es arbitraria y está justificada. Ahora bien, como subraya el Ministerio Fiscal, una vez decidida la rebaja en un sólo grado es preciso *ex* artículo 66.1 CP la individualización de la pena dentro del mismo, que abarca desde los cuatro a los ocho años, y es aquí donde la Audiencia omite cualquier justificación para imponerla en su mitad superior, es decir, en la cuantía de siete años, pues también es cierto que cuando se desciende un sólo grado es preciso aplicar dentro del marco punitivo correspondiente el artículo 66 citado. Al objeto de evitar mayores dilaciones (devolución de la sentencia a la Audiencia para completar la motivación), a falta de la exposición por el Tribunal de instancia de otras circunstancias distintas a las ya tenidas en cuenta para la rebaja de un grado, que evidentemente no pueden volver a considerarse, sin que tampoco con independencia de lo anterior se constaten otros hechos relevantes atinentes a las circunstancias personales del delincuente y a la

mayor o menor gravedad del hecho, procederá la imposición de la pena en su mínimo legal.

Segundo. También al amparo del artículo 849.1 LECrim el siguiente motivo denuncia la aplicación indebida del artículo 386.2 CP, «al calificar los hechos enjuiciados como delito de adquisición y tenencia de moneda falsa para su expendición, distribución y puesta en circulación», sin que ello se deduzca de los hechos probados. Se sostiene que en éstos en ningún momento se constata que el recurrente conociera la falsedad de los billetes en el momento inicial de su adquisición, limitándose a señalar el *factum* que «conocía su inautenticidad»; igualmente, que el hecho de trasladar los billetes y guardarlos en el maletero no implica que dicha tenencia esté ordenada o dirigida para su expendición o distribución; por último, que la sentencia no contiene razonamiento alguno acerca de cuál de los dos incisos del párrafo 2.º del artículo 386 ha sido aplicado al caso.

El complejo precepto constituido por el artículo 386 CP, concretamente, sus párrafos segundo y tercero, tienen en cuenta el conocimiento que tenga el autor del delito del carácter falso de la moneda cuando obtiene la posesión de la misma, de forma que si desconocía la falsedad será aplicable el párrafo tercero del artículo 386 y si la conocía sería aplicable el segundo inciso del párrafo segundo, es decir, la adquisición de moneda, sabiéndola falsa, con el fin de ponerla en circulación. Pero este párrafo tiene un primer inciso que castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución siempre que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Como ha señalado la STS 1154/2002, los elementos que integran este tipo penal son los siguientes: el hecho objetivo de la tenencia de moneda falsa; la consciente adquisición de la posesión de dicha moneda en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores; y un propósito posterior, elemento subjetivo, integrado por el destino último de lo poseído, que es su expendición o distribución, sin que sea preciso que ello haya llegado a realizarse (se adelanta la barrera de protección castigándose la tentativa). El inciso segundo, que criminaliza la adquisición de moneda falsa, se diferencia del primero, que indudablemente es el aplicado por la Audiencia, aún cuando suscite confusión el fundamento jurídico octavo, en que no exige la tenencia, es posible cometer el delito sin alcanzar la posesión inmediata de la moneda, ni connivencia con los autores, es decir, se trata de un supuesto de conducta autónoma y no de participación en el plan de aquéllos, mientras que el inciso primero, la tenencia en connivencia preordenada a su expendición o su distribución, abarca los casos comprendidos en las acciones mencionadas realizados por personas integradas en niveles inferiores respecto de los autores del párrafo primero, luego el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa y de su distribución o expendición como consecuencia del plan trazado por los autores, que se revela en su grado de connivencia con los mismos, en suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores.

Pues bien, si nos atenemos al hecho probado, intangible en un motivo como el presente, el acusado con el propósito de vender a un tercero los billetes inauténticos de cien dólares americanos que portaba «y de los que conocía su inautenticidad», realizó la acción descrita, siendo detenido en posesión de dichos billetes. En el registro del almacén llevado a cabo posteriormente le fueron ocupados además 1.634 billetes inauténticos de valor facial cada uno de 10.000 pesetas. Más adelante se afirma en el *factum* que sabía que los billetes que le fueron ocupados eran inauténticos y los tenía con el propósito de introducirlos en el mercado y distribuirlos a terceros adquirentes, y a tal efecto le fueron entregados los billetes inauténticos de cien

dólares por el coacusado H., que actuaba como intermediario del también coacusado D., de donde se deduce el elemento objetivo de la connivencia con los introductores de dichos billetes y su conciencia de la falsedad de los mismos, que se infiere nítidamente de los hechos probados.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 390

Agente de bolsa que en libros de operaciones al contado, en lugar del nombre de su representado hace constar el de una empresa suya ya extinta. Norma penal en blanco y retroactividad de las normas penales favorables

Octavo. Examinamos aquí el motivo 6.º de este recurso de D. Carlos también fundado en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, lo que nos obliga a todos a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, como ya se ha dicho.

En este motivo 6.º se denuncia otra vez aplicación indebida del artículo 302 CP anterior, que se corresponde con el 390 CP ahora en vigor.

Se dice aquí que se condenó por «un delito de falsedad en documento mercantil cometido por funcionario público», sin tener en cuenta que los libros registros, en los que se anotaron las operaciones de la cuenta X a nombre de Nalvi S. A., no constituyen un documento público, sino un libro propio de un comerciante.

También ha de rechazarse y para un estudio debidamente sistematizado de las cuestiones de legalidad aquí planteadas vamos a referirnos por separado a cada uno de los elementos constitutivos de este delito del artículo 302 CP anterior que, por lo que aquí nos interesa, coincide con el 390 CP ahora vigente.

1.º Sujeto activo ha de ser un funcionario público, condición que concurría en D. Carlos cuando estos hechos ocurrieron. Había accedido al cuerpo de Agentes de Cambio y Bolsa y se encontraba ejerciendo como tal cuando ocurrieron los hechos por los que se le condenó: 1986 a 1988.

No encontramos ante lo que la doctrina llama un delito especial, esto es, que únicamente puede cometerse, en su calidad de autor en sentido estricto, por personas que reúnan una o unas determinadas cualidades que se exigen en la norma penal. Los demás autores en sentido amplio, los del actual artículo 28 (inductores y cooperadores necesarios), así como los cómplices (art. 29), pueden ser condenados por este mismo delito especial, en sus respectivas participaciones, aunque es frecuente (no obligado) que en estos casos se les aprecie una circunstancia atenuante analógica al amparo del núm. 6.º del artículo 21 CP. En el caso presente, si el Sr. Rogelio hubiera sido condenado, tendría que haberlo sido por este artículo 302 (CP anterior), con o sin la mencionada atenuante; y no por el del artículo 303, en aplicación de la doctrina denominada de la unidad del título de imputación reiteradamente aplicada en esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Hay que añadir aquí que la categoría de autor mediano —específicamente introducido en el CP actual (art. 28), pero aplicable bajo el CP anterior (art. 14) en cuanto absorbida en el amplio concepto de autor— responde a la noción de autor en sentido estricto a la que acabamos de referirnos.

Respecto de este primer elemento ninguna cuestión se plantea en el presente recurso.

2.º Tal funcionario público ha de actuar «abusando de su oficio», nos dice el artículo 302, expresión similar a la de «en el ejercicio de sus funciones» utilizada en el vigente artículo 390.

También concurre aquí, pues D. Carlos viene condenado porque tenía organizado en su despacho, para favorecer a un amigo, un sistema de ocultación respecto del nombre de este señor en los diferentes ejemplares de uno de los libros que obligatoriamente tenía que llevar en el ejercicio de sus funciones.

3.º El objeto de este delito ha de ser un documento. No dice el artículo 302, ni tampoco el 390 CP actual, documento público. En principio, porque así lo consiente el texto de estas normas penales, cualquier clase de documento podría ser el objeto de este delito, aunque lo ordinario habrá de ser, precisamente por tener que ser el sujeto activo un funcionario público con abuso de su oficio, que esta actividad delictiva recaiga sobre un documento público u oficial. Recordamos aquí las dificultades que hay para distinguir entre estas dos clases de documentos. En cierta manera lo oficial también es público. Pero esta cuestión aquí no interesa. Ahora sólo hemos de decir que el tan repetido libro de operaciones al contado, en el que con falsedad se hizo constar el nombre de la empresa Nalvi S. A., responde de modo indudable al concepto de documento por vez primera introducido en nuestra Ley penal en el artículo 26 del código actual.

Por lo demás, y para salir al paso de lo alegado explícitamente en el encabezamiento y posterior desarrollo de este motivo 6.º, conviene dejar dicho que estos libros de operaciones bursátiles son documentos públicos u oficiales, en cuanto confeccionados por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Como lo son al propio tiempo las actuaciones de intervención realizadas en las correspondientes pólizas por estos funcionarios en las que, en el caso presente, no hubo falsedad alguna. Advertimos aquí que D. Carlos ocultó la identidad de su amigo hasta donde pudo hacerlo sin arriesgarse en exceso (juicio equivocado, como luego quedó de manifiesto). Quizá hubiera sido demasiado atrevido falsificar también el nombre en las pólizas.

No cabe duda alguna en lo que acabamos de exponer por lo dispuesto en los artículos 1.216 CC, 93 del Código de Comercio y 596 LEC anterior, ahora sustituido por el 317 de la nueva Ley Procesal Civil, aparte de las normas específicas propias de estas profesiones y operaciones de bolsa.

4.º El último de los elementos objetivos de este delito consiste en que se produzca alguna falsedad de las previstas expresamente por el legislador, alguna de las nueve enumeradas en el artículo 302 o alguna de las cuatro recogidas en el vigente artículo 390, equivalentes en lo sustancial, aquella más concreta por la que responde quizá mejor al principio de legalidad penal en su aspecto de *lex certa* o taxatividad (exigencia de la máxima concreción posible en la definición legal en beneficio del ciudadano al que va dirigido: principio de legalidad penal –art. 25 CE–). Y esta última más sintética obedeciendo quizá a una mejor técnica desde el punto de vista gramatical o de la doctrina penal. Estima esta Sala del Tribunal Supremo que nos encontramos ante un caso que encaja perfectamente dentro del núm. 2.º del artículo 302 (así lo calificó el Ministerio Fiscal y también la acusación popular y asimismo la sentencia recurrida aunque todos añadieran algún otro número más: cuestión irrelevante), norma más específica que la del núm. 4.º Ciertamente, en ese hacer constar en los libros registro el nombre de Nalvi S. A., en lugar del verdadero adquirente, Pedro Antonio (el que aparecía con verdad en las pólizas), se estaba suponiendo en un acto la intervención de una persona que no la había tenido, categoría más concreta que la

del núm. 4.º (faltar a la verdad en la narración de los hechos). Concurso de normas a resolver en beneficio de la más específica: artículo 8.1.º CP actual, donde también por vez primera en nuestro CP se regula esta materia.

En este cuarto elemento objetivo encaja lo que hemos dicho antes, al examinar el motivo 5.º a propósito de la relevancia del dato falsificado. Si este dato se refiere a un elemento del documento que, aunque no sea adecuado a la realidad, carece de importancia en orden a la eficacia que ese documento está llamado a producir en el ámbito concreto al que por su naturaleza y contenido se encuentra destinado, entonces estaríamos ante un hecho formalmente típico, pero no antijurídico, porque carecería de aptitud para lesionar el bien jurídico protegido, en este caso la confianza que en el mundo del derecho se deduce de la eficacia probatoria que tienen estos documentos públicos u oficiales confeccionados con la intervención de un funcionario en el ejercicio de su cargo, aunque de hecho no hubiera éste tenido intervención personal en los hechos por haber actuado a través de sus empleados. Luego insistiremos en este tema al examinar el motivo 8.º

5.º Este delito del artículo 302, y lo mismo el del 390 actual, define una figura de infracción dolosa. Conviene dejar claro que aquí el dolo es el único elemento subjetivo del injusto previsto en estas dos normas penales. El llamado con frecuencia, incluso por esta Sala, dolo falsario es sólo una modalidad del dolo que ha de existir en todos los delitos dolosos. Precisamente por no exigirse ningún conocimiento o voluntad o intención especial es por lo que es posible construir una figura legal de delito imprudente con los mismos elementos objetivos que este delito doloso. Como aquí ha querido hacerlo el legislador en el CP actual cuando en su artículo 391 tipifica la misma conducta prevista en el 390, pero para los casos en que se comete mediante imprudencia grave. A este tema hemos de referirnos también después al examinar el motivo 8.º

Por ahora sólo decimos que, tal y como están contruidos los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que nos hallamos ante una modalidad dolosa de este delito de falsedad documental cometida por funcionario público. Actuó D. Carlos con manifiesta intención de favorecer a su amigo, lo que es incompatible con la imprudencia como forma de comisión de esta infracción penal.

Noveno. 1. En el motivo 7.º, por la misma vía del artículo 849.1.º, se plantea otra cuestión puramente legal. Se dice que fue mal aplicado aquí el tan repetido artículo 302 CP anterior porque este precepto penal es una norma en blanco para cuya operatividad han de tenerse en cuenta otras de carácter administrativo.

No es necesario profundizar aquí en el concepto de Ley penal en blanco, que existe cuando una norma penal necesita para su aplicación ser integrada por normas propias de otro orden jurisdiccional (administrativo, civil, mercantil o laboral).

Basta decir aquí que el problema que la doctrina viene examinando a propósito de la retroactividad de la Ley penal más favorable en relación con estas Leyes penales en blanco aquí no se plantea.

Nos dice el recurrente que, como la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 deroga ciertas disposiciones administrativas anteriores, ello debe afectar a la conducta que observó en su día D. Carlos, calificada entonces como delictiva, pero no ahora tras la vigencia de estas nuevas normas reguladoras de nuevo en muy importantes aspectos de la profesión de los agentes de bolsa que primero quedaron integrados en un cuerpo único con los corredores de comercio y finalmente todos en el cuerpo de notarios, con las correspondientes consecuencias en cuanto a la manera de operar en materia de contratación bursátil.

No tiene razón el recurrente, y ello de modo evidente:

A) La retroactividad de la Ley penal más favorable que, como vemos, es el argumento utilizado aquí por el recurrente, ha de operar –para producir efectos absolutorios, que son los aquí pretendidos– únicamente cuando una determinada conducta que aparece castigada en la Ley deja de ser punible porque una modificación legal la despenaliza. Esto en modo alguno ha ocurrido aquí. Hacer constar con falsedad un dato relevante por parte de un funcionario, en un documento público u oficial, como lo es el libro oficial de operaciones al contado practicadas en bolsa, era delito antes de la citada Ley de Mercado de Valores y lo es después de ésta. Incluso en el supuesto de que este libro hubiera desaparecido para ser sustituido por otro, incluso si la desaparición se hubiera producido sin sustitución alguna, también subsistiría como punible aquella conducta que fue objeto de sanción en la sentencia recurrida. Queda claro este argumento si pensamos que aún existen esos libros de operaciones al contado, custodiados en el Colegio de Corredores de Comercio donde fueron examinados por los peritos que detectaron las falsedades objeto del presente procedimiento (folio 238 del tomo I) y que todavía cabe certificar de su contenido conforme a lo dispuesto en el antes citado artículo 228 del Reglamento aprobado por Decreto 1506/1967 de 30 de junio y demás normas aplicables ahora a la función notarial que desempeñan en este momento con mayor amplitud los antiguos Agentes de Cambio y Bolsa tras las modificaciones legales antes indicadas y a las que nos referiremos al examinar el motivo 10.º

B) También es claro que el nuevo modo de actuar en la contratación bursátil y las consiguientes modificaciones en la manera de llevarse los libros por parte de los agentes de bolsa –consecuencia de la informatización del sistema– no pueden tener como resultado la pretendida despenalización. El que, por ejemplo, no se requiera la presencia física del contratante a efectos de su identificación por el agente o notario no afecta para nada a la forma en que se cometieron las infracciones penales por las que viene condenado D. Carlos: repetidas a lo largo de 108 operaciones diferentes durante unos tres años y todas incluidas en un solo delito continuado en un claro beneficio para el reo. Ningún problema de identificación podía existir en estas circunstancias, máxime siendo el contratante amigo del funcionario mediador.

2. Pero es que, incluso en el caso extremo antes aludido, esto es, si hubieran desaparecido del sistema de contratación bursátil esos libros de operaciones al contado en los que se realizaron las infracciones de falsedad de documentos, tampoco podríamos dar la razón al recurrente conforme se plantea este problema en la doctrina de los últimos años.

Hay que profundizar en la naturaleza y razón de ser de este precepto por el que nuestro CP tradicionalmente viene concediendo eficacia retroactiva a las modificaciones legales que son favorables al acusado o condenado penal (art. 2.2 CP actual y 24 CP anterior), para llegar a la conclusión de que no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal siempre ha de aplicarse cuando pueda ser beneficioso para el reo.

Tradicionalmente el Derecho Penal de los últimos siglos vino negando tal aplicación retroactiva. Pero después, en línea con las tesis humanitarias que han informado esa rama del derecho, se predicó la doctrina contraria, la cual, en todo caso, no cabe aplicar de modo indiscriminado, pues hay que distinguir casos y casos.

Para concretar tal distinción la doctrina ha venido utilizando dos criterios:

1.º Diferenciar los casos en que verdaderamente está justificada esa retroacción en beneficio del reo porque el legislador ha valorado de modo diferente la conducta antes punible que, por tal cambio, queda despenalizada, respecto de aquellos otros en

que tal despenalización se produce por razones de cambio en las circunstancias del hecho, que sería lo ocurrido en el caso presente, en que, subsistiendo el criterio del legislador de considerar punibles las falsedades como las aquí examinadas, se habría producido una nueva situación fáctica al haberse suprimido los libros de operaciones al contado o al llevarse éstos de modo diferente como consecuencia de la adaptación del sistema de contratación bursátil a las exigencias de la informatización. Nos parece razonable entender que en estos últimos casos no ha de tener lugar esa retroactividad.

2.º El otro criterio de diferenciación es el que tiene en cuenta si la modificación de la norma extrapenal afecta o no al núcleo del comportamiento delictivo, en este caso si esa supresión del mencionado libro o su nueva regulación tiene algo que ver con el núcleo de la conducta falsaria por la que se condenó. Nos parece evidente que tampoco este segundo criterio puede propiciar un pronunciamiento absolutorio por la pretendida retroactividad.

Hay que rechazar también este motivo 7.º

(Sentencia de 23 de abril de 2004)

Inspector de hacienda que falsifica actas de inspección: el hecho de que se les atribuya el carácter de documentos predecisorios o simples propuestas para una posterior liquidación tributaria, no les priva del carácter de documento oficial

Segundo.—En el correspondiente ordinal y por la vía del artículo 849.1º LECrim se alega la aplicación indebida del artículo 390.1.4.º del Código, falsedad documental en su modalidad de «faltar a la verdad en la narración de los hechos».

La queja se proyecta desde una doble perspectiva o fundamentación.

a) Las actas que fueron extendidas no pueden tener la consideración de documentos a efectos delictivos.

b) No se falta a la verdad en la narración de los hechos cuando se consignan consecuencias o conclusiones que son ciertas conforme a los hechos de las que se derivan; ni tampoco se falta a la verdad por la ausencia de constatación de algunas diligencias.

1. El primer apartado se desvirtúa por las propias razones que el recurrente aporta. Nos dice que el documento sólo tendrá tal consideración en la medida en que comporte una liquidación tributaria, ya que sólo en tal caso puede entrar en el tráfico jurídico. Interpretación personal que en modo alguno puede ser asumida.

Invoca también la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2000 en la que se dice: «que las actas de la inspección no tienen otra naturaleza que la de documento público (quizá sea más correcto caracterizarlo de “oficial”) emanado de funcionario competente con las solemnidades requeridas por la Ley (art. 1.216 CC), de forma que las obligaciones tributarias no nacen de ellos, sino de los actos administrativos de gestión tributaria o liquidaciones que de las mismas dimana».

Menciona asimismo, en apoyo de la tesis que sostiene, la exposición de motivos del Reglamento General de la Inspección de Tributos, que en su apartado IV señala: «el acta se concibe así como un documento que se caracteriza por cuanto va a suponer necesariamente un acto administrativo cuyo contenido consiste en una liquidación tributaria. Supone ello que el acta, como forma escrituraria de expresión de unos hechos, es efectivamente un documento; además así lo dicen expresamente, tanto el artículo 145.3 LG Tributaria como el artículo 62.1 del Reglamento General de la Inspección de Tributos».

2. Como hemos podido apreciar, los propios argumentos del recurrente atribuyen a las actas levantadas por los inspectores el carácter de documentos, indudablemente, de naturaleza oficial.

El hecho de que se les atribuya el carácter de documentos predecisorios o simples propuestas para una posterior liquidación tributaria no les priva del carácter de documento oficial en cuanto se «hallan confeccionados por el funcionario público competente, dentro de las atribuciones de su cargo y con las pertinentes formalidades legales, y, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos en el ámbito administrativo (oficial)». No hace falta que el efecto sea el propio de una liquidación, desde el momento que para efectuar ésta se tienen o se pueden tener en consideración las actas de inspección, que surten efectos ilustrativos sobre el órgano que ha de resolver, y en razón a tal funcionalidad su contenido se le supone real y auténtico; de ahí que sirvan de soporte y fundamento para una posterior resolución.

El dato mismo de su anulación, producida en el caso de autos, nos indica que, declarándolos así, se les privó de todos sus efectos, en particular, el de constituir elementos informativos a tener en cuenta al adoptar la resolución pertinente.

3. Tampoco la segunda objeción puede prosperar. Se dice que las actas redactadas por el acusado no faltan a la verdad en sus consecuencias, por cuanto son plenamente coherentes con los antecedentes consignados en ellas que, de ser inexactos, merecerían el calificativo de una irregularidad formal.

El argumento parte de un presupuesto falso, cual es, que nos hallamos ante simples irregularidades formales, cuando la naturaleza procesal del motivo (infracción de Ley) obliga a la plena sumisión a la resultancia probatoria.

De los términos del *factum* se desprende no una irregularidad formal, sino una consciente y deliberada alteración de la realidad (por cierto, llamativa y escandalosa) al dejar de consignar unos datos de relevancia tributaria, que el inspector de sobra sabía que era preciso constatar. Su omisión, según hechos probados, podía constituir delito, y para su ocultación solicitó una dádiva de 60 millones, que el obligado tributario, coacusado en el proceso, entregó en su momento al inspector.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 392

El acusado encarga la fabricación de corbatas, exactamente iguales a la muestra que proporciona, siendo confeccionadas en la República de China, al punto de copiarse la etiqueta de tales corbatas, en donde figuraba el NIF de su fabricante original y la mención «Corbatas Barcelona». Concepto de dolo falsario. No cabe imprudencia: el acusado es un publicista, al que se le supone conocedor de su actividad comercial. La etiqueta de una corbata es un documento, a efectos del artículo 26 del Código Penal. Límites entre la falsedad documental común y la específica del artículo 274 del Código Penal

Primero.—La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, condenó a Abelardo como autor de un delito de falsedad documental, junto a otros pronunciamientos que no son objeto de recurso de casación, que se formaliza por tal acusado en

la instancia, cuyos dos primeros motivos se viabilizan por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de lo autorizado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegando como infringidos el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española), y en segundo lugar, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de nuestra Carta Magna), pero no derivado de un vacío probatorio, sino de que «no se ha desvirtuado la tesis de defensa de que mi mandante obró, en el peor de los casos, de modo gravemente imprudente».

Este planteamiento sostiene, por consiguiente, un déficit explicativo en la sentencia dictada por la Sala sentenciadora que puede ser estudiado conjuntamente con el primer motivo, que reclama la falta de motivación de aquella en tanto «no se expresan las razones por las que se entiende que mi mandante obró precisamente con dolo de cometer una falsedad».

El dolo falsario requiere el conocimiento en el agente que altera conscientemente la verdad por medio de una mutación o suposición documental, y ataca también la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban.

El relato fáctico expresa que el recurrente, Abelardo, encargó a una empresa (en la que trabajaba un familiar suyo) que se confeccionaran 27.000 corbatas idénticas a la que suministró como muestra (para ser utilizada en una campaña publicitaria para una colonia), y tal corbata de muestra había sido comercializada con anterioridad por la empresa GANDOLPHI, S. L., al punto que en la etiqueta de la misma constaba su NIF B60180419, y la mención «Corbatas Barcelona»; tal identificación fiscal se correspondía en efecto con la de la empresa GANDOLPHI, S. L. Las corbatas se hicieron finalmente en la República de China, y enviadas a la entidad publicitaria de Abelardo (COTYASTOR, S. A.) que las incluyó en un lote de estuches junto a la colonia «Cobalt», siendo vendidos en distintos establecimientos comerciales en una campaña de Navidad.

Aunque el Tribunal sentenciador no pormenoriza el razonamiento para llegar a la atribución de tal dolo falsario en el acusado, es lo cierto que éste es evidente, pues de tal relato se desprende el inequívoco convencimiento del publicista de la utilización para el modelo que habría de servir para la confección masiva de corbatas, de una que correspondía a una firma que las comercializaba, como se prueba con su marca o signo distintivo («Corbatas Barcelona», salvo lo que después diremos), y su NIF, correspondiente a la entidad GANDOLPHI, S. L. En definitiva, resulta notorio que quien solicita la realización de un producto a un fabricante con la aportación de un ejemplar que se encuentra comercializado en el mercado (por un tercero) conoce que se producirá una falsificación del modelo suministrado. Aquí no cabe imprudencia en quien es comercial de una empresa dedicada precisamente a la publicidad. En el *factum* consta que el acusado era «product manager» del departamento de marketing de COTYASTOR, S. A. Alegar, pues, desconocimiento o ignorancia de tal acción antijurídica está totalmente fuera de lugar: la acción de crear un producto de manera que induzca a error sobre su fabricante aporta un evidente dolo falsario.

Ambos motivos carecen de fundamento y tienen que ser desestimados.

Segundo. El tercer motivo del recurso, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.2 del Código Penal, bajo el argumento de que «la falsedad producida por el confeccionista chino no tuvo efectos en el tráfico jurídico-económico, con lo que no lesionó el bien jurídico específico del delito de falsedades documentales».

El motivo tiene que ser desestimado. Es evidente que la colocación (por encargo del recurrente) de la etiqueta en una corbata con un número de NIF ajeno a su fabri-

cante, y perteneciente al perjudicado por el delito, entra de lleno en el tráfico mercantil, pues no solamente altera la verdad, sino que incide directamente en la confianza del mercado, en el sentido de que lo que expresan las etiquetas de los productos comercializados corresponden en efecto a quien verdaderamente ha fabricado un producto. Y decir, por otro lado, que tal simulación no se ha producido porque tales etiquetas (en el reverso de las corbatas) no eran visibles con anterioridad a la adquisición del lote (colonia y corbata) es igualmente rechazable, porque la falsedad existe desde el momento en que se incorpora como etiqueta una mención falsa de fabricación, aunque se encuentre alojada en un lugar no visible exteriormente. Es más, bajo este argumento cualquier falsificación de una etiqueta sería impune porque ordinariamente las etiquetas de las prendas de vestir, y de otros artículos, se ubican en lugares no visibles exteriormente.

Hay dos cuestiones que debemos tratar en este motivo, aun cuando una de ellas no se haya planteado directamente por el recurrente. La primera, que el concepto de documento que se incorpora al artículo 26 del Código Penal es suficientemente amplio para alojar en él la consideración de una corbata, como «documento». A los efectos de este Código —dice tal precepto— se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La etiqueta de una corbata, en efecto, es un soporte material que incorpora datos con relevancia jurídica: NIF y marca.

La segunda cuestión es la calificación como delito de falsedad documental común, y no del más específico tipo que se describe hoy en el artículo 274 del Código Penal, que castiga al que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado, teniendo en cuenta que las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de dicho artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no consta la inscripción de «Corbatas Barcelona» como signo distintivo (en razón de su mención genérica relativa a una localidad), se recondujo la calificación jurídica a la acogida finalmente por la Sala sentenciadora que se derivaba de la consignación falsa de la mención del NIF de la empresa que efectivamente comercializaba legalmente tales corbatas. Sin duda tal mención falsa, reproducida en las etiquetas de las corbatas imitadas, tiene relevancia jurídica para integrar el tipo de falsedad documental por el que ha sido condenado el recurrente. En efecto, dicho número identifica al fabricante, tiene relevancia fiscal, y constituye en definitiva un dato también relevante para la alteración de la verdad, cuya protección se lleva a cabo por el precepto penal que ha sido infringido por el recurrente. A través de tal número pueden encauzarse las reclamaciones que el consumidor considere pertinentes respecto a la calidad del producto adquirido.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 13 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 404

Prevaricación de Presidente de Comunidad Autónoma: doctrina general

Tercero.—Este motivo se plantea con sede procesal en el artículo 849.2.º de la LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba y referido al delito de prevaricación por el que fue condenado el recurrente.

[...]

Resumiendo la doctrina jurisprudencial que ha interpretado, tanto el artículo 358 del anterior Código Penal como el 404 del vigente, podemos indicar lo que sigue:

1.º El bien jurídico protegido por las normas es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando cualquier descrédito de la misma que pudiera dañar la confianza que los ciudadanos han de tener en ella, con sujeción a los valores que nuestra Constitución establece en este orden de cosas y que tienen su reflejo principal en sus artículos 103 y 106, el primero estableciendo la obligación de la Administración de servir con efectividad a los intereses generales y el segundo indicando su pleno sometimiento al principio de legalidad.

2.º Al tratarse del delito de prevaricación de lo que se ha dado en llamar un «delito especial propio», los elementos objetivos de la «autoría» están determinados por la calidad de funcionario público del agente comisor, calidad que como antes hemos indicado está definida en el artículo 119 del Código de 1973 y en el 24.2 del Código vigente. A esta calidad hay que añadir la de que el funcionario que dicta el acto administrativo prevaricador ha de tener facultades «decisorias» dentro de su ámbito competencial.

3.º En cuanto a lo que ha de entenderse por «resolución», se ha de tener por tal cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido «decisorio» que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

4.º Respecto al requisito de la injusticia o arbitrariedad, el acto (elemento fáctico y a la vez normativo del tipo) se puede referir bien a la carencia de los elementos formales o procedimentales legalmente exigibles para la producción del acto administrativo o bien a su propio contenido sustancial. En este orden de cosas no basta, sin embargo, que ese acto o resolución sea simplemente ilegal o no conforme a Derecho (ello puede subsanarse mediante los correspondientes recursos), sino que, además, ha de existir o apreciarse una notoria e indiscutible contradicción con el ordenamiento jurídico que suponga un «plus» de antijuridicidad.

5.º Finalmente es necesario que exista un dolo muy concreto en la actividad delictiva, dolo que se traduce en la exigencia de que el agente comisor dicte la resolución arbitraria «a sabiendas» de su injusticia. Este aspecto subjetivo de la intencionalidad debe tener su verdadera dimensión en cada caso concreto, pues no es lo mismo que el hecho sea cometido por una persona lega en conocimientos jurídicos que otra que por su profesión, cargo o cualquiera otra circunstancia posea esos conocimientos, sobre todo en el ámbito administrativo.

Aplicando o trasvasando esas ideas generales al supuesto aquí enjuiciado y que se refiere al llamado asunto de la «Cartelería» (hecho segundo de la sentencia), hemos de entender que el acusado, ahora recurrente, fue autor del delito de prevaricación por el que fue condenado, dados los siguientes hechos que así resumimos:

a) En la fecha de su comisión, al igual que hemos indicado en el caso de la malversación, el acusado ostentaba el cargo de Presidente de la Diputación Regional

de Cantabria con toda la autoridad política y funcional que ello representa y que ha de concretarse en su plena competencia y capacidad decisoria para dictar actos administrativos, bien por sí directamente, bien a través de sus subordinados.

b) Hasta el 1 de junio de 1988, el Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad de la Diputación era el organismo que se ocupaba de confeccionar los carteles anunciadores de todas las obras públicas realizadas por esa entidad, aunque a costa de los contratistas que, previa inclusión de su precio en las respectivas contratas, asumían la obligación de abonarlas y retirarlas de los talleres o almacenes del mencionado Servicio y colocarlas en los lugares de las obras, siendo su precio el de 87.506 pesetas por cada cartel.

c) El Consejo de Gobierno de la Diputación, a instancia del acusado en su calidad de Presidente, con fecha 22 de junio de 1988, tomó el acuerdo de adjudicar este servicio de «cartelería» a la empresa privada «Oyprocansa» por precio de 141.306 pesetas por cartel, precio que había de abonarse a través de la cuenta denominada «Agrupación de valores independientes» en la que los contratistas de obras debían depositar su precio al mismo tiempo que la primera certificación de obras.

d) Esta adjudicación, cuya causa primera fue la amistad que unía al Presidente con el administrador único y propietario de la empresa adjudicataria, se realizó directamente sin tramitación de expediente administrativo de ninguna clase, sin previo concurso ni consulta de precios a otras empresas del ramo, es decir, sin cumplirse mínimamente las normas que la legislación administrativa exige para estos supuestos de adjudicación de obras o servicios públicos a favor de terceros particulares. Únicamente se expresó en el acuerdo que la adjudicación directa tenía como causa el conseguir «una mayor coordinación y urgencia en las instalaciones», resultado que según ha quedado perfectamente probado se sabía de antemano que no se iba a conseguir, dada la poca entidad de la empresa adjudicataria y su casi nula experiencia en el campo de la confección e instalación de este tipo de carteles.

e) En otra reunión del Consejo de Gobierno, celebrada el 9 de diciembre del mismo año 1988, se tomó el acuerdo de modificar la forma de pago para que éste fuera más rápido y favoreciera a la empresa adjudicataria en el sentido de que tal pago se haría con cargo al presupuesto de publicidad y propaganda, pero ello, igualmente, sin tramitarse expediente de clase alguna, forma de actuar que supuso la disconformidad del Interventor Delegado de Hacienda expresado en informe de 17 de enero de 1989, informe que fue ratificado por la Intervención General el día 30 del mismo mes y año, y ello debido, amén de a la falta del reglamentario expediente, al hecho de que no era posible imputar el pago a los fondos públicos, sino únicamente hacerlo con cargo a los ingresos que deberían haberse efectuado en la ya mentada cuenta de «valores independientes» cuya naturaleza contable era la de simple cuenta de depósitos, sin que pudiera tener déficit de clase alguna. Sin embargo, por mor del adelanto del pago a la empresa adjudicataria antes de obtener los ingresos de los contratistas, esa cuenta presentó poco después un saldo negativo de 95.967.403 pesetas, según comunicó el Interventor Delegado al Interventor General, constituyendo el total de los pagos efectuados a favor de «Oyprocansa» desde la adjudicación inicial hasta la llegada de un nuevo Gobierno a la Diputación en diciembre de 1.990, el de 246.457.527 pesetas, habiendo producido, además, los persistentes saldos negativos unos costes de financiación de 8.827.593 pesetas.

f) Finalmente, ha de destacarse que el acusado-recurrente es Abogado en ejercicio, fue en cierta época Alcalde del Ayuntamiento de Santander y durante el tiempo de comisión de los hechos descritos y enjuiciados, según se ha dicho, Presidente de la Diputación Regional de Cantabria. Ello significa que era perfecto conocedor de las normas administrativas, tanto las generales del Estado como las referentes a la Comu-

nidad Autónoma, que regulan las adjudicaciones de las obras públicas, lo que demuestra que su falta de observancia en el caso concreto demuestra que los llevó a cabo (u ordenó que se llevasen) a plena conciencia, es decir, «a sabiendas».

Por lo expuesto, el tercer motivo ha de rechazarse.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

Alcalde que resuelve injustamente sobre derribo de edificio dentro del conjunto histórico, pero no singularmente protegido: inexistencia de delito contra el patrimonio y sí del de prevaricación administrativa

Primero.—Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a D. Alexander y a D. Romeo como autores, respectivamente, de los delitos relativos al patrimonio histórico de los artículos 321 y 322.2 CP vigente. En enero de 1997, el primero, constructor que había comprado una finca con una casa antigua, situada en el barrio de Alceda, en el municipio de Corvera de Toranzo (Cantabria), dentro del perímetro declarado conjunto histórico artístico por decreto del Gobierno de la Comunidad de Cantabria, procedió a su demolición para construir allí 24 viviendas, previa obtención de licencia para movimiento de tierras, concedida por el segundo en calidad de alcalde de tal municipio.

Dichos dos condenados recurren ahora en casación por tres y cinco motivos, respectivamente.

Tal y como razonamos a continuación hay que estimar totalmente el recurso de D. Alexander con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, y parcialmente el de D. Romeo para condenarle por el delito ordinario de prevaricación del artículo 404 que tiene asignada menos pena que el de prevaricación específica del citado 322.2.

Recurso de D. Alexander:

Segundo.— 1. Vamos a referirnos a su motivo 3.º, pues la absolución, que de su estimación se deriva, nos excusa del examen de los otros dos.

Este motivo 3.º se ampara en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim con denuncia de aplicación indebida del referido artículo 321 CP que dice así: «Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años».

Según tal definición son elementos constitutivos de este delito los siguientes:

1.º Una acción de derribo o alteración grave. La expresión derribo es de fácil comprensión y probablemente plantee pocos problemas. No ocurre lo mismo con la de alteración grave, pues delimitar tal gravedad es una cuestión de valoración difícil de precisar. Tres cosas hemos de decir aquí: a) Ha de ser cuantitativamente importante. b) Ha de ser cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que, caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta. c) Cuando tal gravedad no exista, se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica. Aunque lo más adecuado con tal sistemática —y sobre todo con la pena más importante de las previstas, la de prisión, que paradójicamente es más grave en el artículo 323 en cuanto a su duración mínima—, quizá tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador.

2.º Tal derribo o alteración grave ha de recaer sobre algún edificio, conforme tal concepto aparece definido en nuestro diccionario oficial: «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.».

3.º Este edificio tiene que ser «singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental».

Nos encontramos ante una norma en blanco en cuanto este elemento normativo del tipo. La doctrina entiende que el precepto administrativo a tener aquí en cuenta es el artículo 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico, que dice así: «Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 (véase su disposición adicional segunda) o mediante Real Decreto de forma individualizada». En todo caso, esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: «histórico, artístico, cultural o monumental».

4.º Ha de concurrir dolo, es decir, ha de actuarse con el conocimiento de que concurren en el hecho los elementos objetivos de la infracción penal que acabamos de examinar, elemento común a todos los delitos de carácter doloso. La conducta que estamos examinando, si fuere cometida mediante imprudencia grave, también sería constitutiva de delito por lo dispuesto en el artículo 324 CP.

Por último, hay que añadir aquí lo siguiente:

A) Nos encontramos ante un delito de resultado en el que la producción de un daño concreto (destrucción o alteración grave de un edificio) es necesario para la consumación del delito, lo que permite su punición en casos de tentativa, cuando ya la ejecución hubiera comenzado. No así en los casos de conspiración, proposición o provocación, al no existir al respecto previsión legal concreta (arts. 17.3 y 18.2 CP).

B) No nos encontramos ante un delito especial, es decir, la norma penal del 321, no exige cualidad alguna en el sujeto activo para cometer este delito, a diferencia de lo previsto para el del 322 al que luego nos referiremos, por lo que no se plantea problema alguno al respecto en los casos de participación de otras personas en concepto de coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

C) Es posible la comisión por omisión si concurren los requisitos del artículo 11 CP.

D) Es aplicable la atenuación específica del artículo 340 que prevé de modo preceptivo la sanción del delito con las penas inferiores en grado cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

2. A la hora de aplicar la doctrina expuesta al hecho que estamos examinando, no cabe duda alguna acerca de que concurren los requisitos que acabamos de enumerar como 1.º, 2.º y 4.º Ciertamente, D. Alexander destruyó un edificio y ello de forma dolosa con un dolo directo de primer grado.

Sin embargo, a diferencia de lo que considera la sentencia recurrida (fundamento de Derecho 3.º.1), nosotros entendemos que falta en el caso el elemento 3.º: no nos encontramos ante un edificio «singularmente protegido» por alguna de esas razones expresadas en este artículo 321 CP con los adjetivos «histórico, artístico, cultural o monumental».

Veámoslo:

Este artículo 321, al recoger en su texto la expresión referida, está definiendo un elemento normativo del tipo que, como acabamos de decir, confiere a este artículo el

carácter de norma penal en blanco, para cuya integración hemos de acudir al ya citado artículo 9.1 de la Ley 16/1985, sobre patrimonio histórico español.

Hay una coincidencia muy significativa en los términos utilizados en la norma penal («edificios singularmente protegidos») y en la Ley administrativa («singular protección y tutela»), coincidencia que nos conduce a afirmar que ese artículo 9.1 es el que ha de considerarse como el integrador de esa norma en blanco del artículo 321 CP.

Y este artículo 9.1 nos dice que para alcanzar ese carácter de «singular protección» los bienes integrantes del patrimonio histórico español han de ser declarados de interés cultural. Y a tal declaración puede llegarse por dos caminos: por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada, previo el trámite del correspondiente expediente administrativo.

Estimamos que la referencia a «esta Ley» ha de relacionarse con lo que nos dice su disposición adicional segunda que se concreta en tres decretos: el de 22 de abril de 1949 (que se refiere a los castillos), el 571/1963 (regulador de los escudos, emblemas, cruces de término y similares) y el 449/1973 (que protege los hórreos o cabazos antiguos de Galicia o Asturias). Ninguno tiene nada que ver con el hecho que estamos examinando.

Y la expresión «mediante real decreto de forma individualizada» nos conduce a la necesidad de que haya una disposición administrativa que de modo concreto declare a un determinado objeto como bien de interés cultural. También es aquí muy revelador el uso de la palabra «individualizada». Hablar de singular (con referencia a los bienes) o de individualizada (con referencia a la declaración por decreto) es algo contrario a la expresión conjunto histórico, aunque los edificios incluidos en éste sean también bienes de interés cultural (art. 14.2 de tal Ley 16/1985). Estos conjuntos históricos aparecen definidos en el artículo 15.3 como agrupación de bienes inmuebles o como núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior.

Cuando, como en el caso presente, nos hallamos ante un conjunto histórico, es claro que estamos ante una pluralidad de elementos, «tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o interiores...», según podemos leer al respecto en el artículo 21.1 de la misma Ley 16/1985.

La sentencia recurrida alude a la disposición transitoria primera de esta Ley 16/1985 como apoyo para su argumentación de que un edificio incluido en el perímetro del conjunto histórico ha de tener la consideración de singularmente protegido.

Esta disposición adicional primera no cambia los términos en que venimos aquí razonando. Se refiere a «los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España», para decirnos que pasan a tener la consideración y a denominarse bienes de interés cultural. Pero nada dice de esa singularidad exigida en la figura de delito que estamos examinando. Todos son bienes de interés cultural, los edificios singularmente protegidos (art. 321) y los que forman parte del inventario referido. Sin embargo, no todos los que se consideran protegidos como de interés cultural pueden tener esa nota de singularidad. No olvidemos que el artículo 321, además de referirse a edificios y al interés histórico, artístico, cultural o monumental, nos dice «singularmente protegidos» y lo que hace la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho 3.º.1 es simplemente condenar como si tal singularidad no fuera un elemento del tipo, con lo cual, a nuestro juicio, está haciendo una interpretación extensiva o analógica contraria al reo respecto de una norma penal, lo que constituye una vulneración del principio de legalidad penal ahora incorporado a nuestra Constitución en su artículo 25.1.

Ciertamente, la inclusión de un edificio en la declaración de conjunto histórico artístico hecho por Decreto 34/1985 del Gobierno de Cantabria no convierte a cada uno de los edificios comprendidos dentro del perímetro definido en la propia norma

jurídica en «singularmente protegido». El propio artículo 9 y siguientes de la citada Ley 16/1985 regulan el expediente administrativo a seguir para esa declaración de singular protección que habrá de terminar por medio de ese decreto que ha de declarar de forma individualizada un determinado bien como de interés cultural. En el caso presente falta este elemento objetivo del delito y, en consecuencia, fue mal aplicado al caso el artículo 321 CP.

3. Hemos de añadir aquí que no cabe aplicar tampoco al caso el artículo 323 CP, norma que, por su objeto, es de mayor ámbito que la del artículo 321, pues, por lo que aquí nos interesa, castiga los daños causados en «bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» (el querellante también acusó por este delito –folio 972, tomo VI–). Es decir, aquí no se exige el requisito requerido de la singular protección.

Los hechos probados de la sentencia recurrida, de los cuales necesariamente hemos de partir para resolver este motivo de casación planteado por la vía del núm. 1.º del artículo 849 (art. 884.3.º LECrim), sólo nos dicen al respecto que el edificio derribado por orden de D. Alexander, además de hallarse dentro del perímetro de conjunto histórico artístico de Alceda, era «una casa montañesa de construcción antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido». Entendemos que éstos no son datos suficientes para que podamos afirmar como presupuesto fáctico de una condena penal que nos encontramos ante un bien «de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» conforme lo exige este artículo 323. Ni siquiera se precisa la fecha de la antigüedad ni se concreta ninguna fotografía de la construcción derribada. Tampoco aparece ningún informe pericial que podría haberse efectuado al respecto con aportación de datos complementarios que nos ilustraran acerca del valor cultural de estas casas montañesas.

Hay que estimar este motivo 3.º del recurso de D. Alexander, con la consiguiente absolución de éste en la sentencia que se dicta a continuación de la presente.

[...]

Quinto.–Vamos a tratar aquí unidos sobre los motivos 1.º, 2.º y 3.º de este recurso, todos ellos amparados en el núm. 1.º del mismo artículo 849 LECrim en los cuales se alega infracción de Ley por aplicación indebida al presente caso del artículo 322.2 CP.

Hemos de pronunciarnos en los términos siguientes: 1.º No hubo efectivamente tal delito del artículo 322.2 CP. 2.º Pero existió el de prevaricación de autoridad pública del artículo 404.

Veámoslo:

A) El delito del artículo 322.2 se refiere a un caso particular de prevaricación de autoridad o funcionario, agravado por la materia específica a la que se refiere: la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Así se deduce de la relación que este artículo 322.2 tiene con el 322.1 y con el 321, así como con la denominación del capítulo II del título XVI del libro II del CP del que forman parte estas normas: «De los delitos sobre el patrimonio histórico».

El artículo 322.2 sanciona específicamente «a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Esta expresión, «su concesión», hace referencia tácita al párrafo anterior al que expresamente alude en cuanto a la determinación de la pena. Por ello ha de entenderse que esa concesión ha de ser la de autorización para «proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos» como dice el artículo 322.1.

Y, a su vez, esta norma del 322.1 hace referencia tácita al 321 que nos dice la razón de ser de esa singular protección, que radica, como ya hemos dicho, en su «interés histórico, artístico, cultural o monumental». Figuras de delito, todas éstas, comprendidas en un mismo capítulo denominado «de los delitos sobre el patrimonio histórico».

Así las cosas, basta con referirnos a lo que hemos dicho en esa misma resolución en su fundamento de Derecho 2.º, a propósito del motivo 3.º del recurso de D. Alexander, para que quede fundamentada la primera de las dos aseveraciones antes expuestas: en el caso presente no existió este delito de prevaricación cualificada, porque el edificio que se destruyó por orden de dicho D. Alexander no era un edificio singularmente protegido. Nos remitimos a lo dicho en el mencionado fundamento de Derecho 2.º de esta sentencia.

Que este artículo 322.2 es un delito cualificado respecto de la prevaricación ordinaria relativa a funcionario administrativo del artículo 404 no ofrece duda alguna, no sólo porque así se deduce de la estructura de estos tipos delictivos conforme aparecen definidos en el propio código, sino por la expresa referencia que el 322 hace a la pena del 404 cuando sanciona con la misma de ésta más la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Por tanto, acusar de aquél implica acusar por éste.

B) Pasamos a examinar la segunda de las dos aseveraciones referidas: hay aquí un delito de prevaricación ordinaria del artículo 404 CP actual que se corresponde con el paralelo 358 CP anterior.

Ante todo hemos de poner de manifiesto que con esta condena, que pasamos a razonar a continuación, no se presenta problema alguno en cuanto al necesario respeto del principio acusatorio: 1.º Porque se acusó expresamente por el Ministerio Fiscal y por la acusación popular, Unión Cantabra de Corvera de Toranzo, por el artículo 322.2 y también por el 404, como podemos comprobar examinando sus respectivos escritos de calificación provisional (folios 959 y 972, tomo VI, de las diligencias previas), elevados en este punto concreto a conclusiones definitivas en el acto del juicio oral (folios 924 y 925 del tomo II del rollo de la Audiencia Provincial). 2.º Porque, como acabamos de decir, en todo caso la acusación por el 322.2 implica acusar por el delito homogéneo y más leve del 404, dada la existencia entre ellos de una relación de género (el delito del 404) a especie (el del 322.2).

Veamos ahora cuáles son los elementos de este delito del artículo 404 y luego cómo concurren todos en el caso presente:

a) Del texto de estas dos normas penales deducimos que son tres los elementos que se requieren para la existencia de este delito genérico de prevaricación administrativa:

1.º La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el artículo 24 CP. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma penal, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices).

2.º Que haya una resolución injusta en asunto administrativo, en términos del artículo 358 CP 73, o arbitraria, conforme nos dice el 404 CP 95, con lo que nos recuerda el inciso final del artículo 9.3 CE que prohíbe «la arbitrariedad de los poderes públicos».

Hay que decir aquí, una vez más, algo que esta Sala viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación administrativa como para la judicial: no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del Derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. Son equivalentes, pues, las respectivas expresiones de los citados artículo 358 CP anterior y 404 CP actual, «resolución injusta» o «resolución arbitraria», respectivamente.

También es muy reiterada la doctrina de esta Sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto.

3.º El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos «a sabiendas», que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

Véanse, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 19 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2001, 17 de mayo de 2002 y 5 de marzo de 2003.

b) Hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida para examinar si estos elementos concurren en el caso presente, dado que estos tres motivos se encuentran acogidos al artículo 849.1.º LECrim (art. 884.3.º de esta Ley procesal). Tal relato nos vincula a todos, recurrentes, recurridos y al propio Tribunal que ha de resolver el recurso:

1.º Ninguna duda se ha planteado en cuanto a la concurrencia del citado elemento primero. El alcalde, aunque lo sea de un pueblo pequeño y de pocos medios, como reiteradamente alega el recurrente, es autoridad en los términos definidos en el citado artículo 24.1 CP, en cuanto que, por sí solo y también como miembro de la corporación local que preside, tiene mando y jurisdicción propia cuando actúa, como aquí ocurrió, en el ejercicio de sus funciones.

2.º Entendemos que en la concesión de la licencia por el alcalde a D. Alexander existió una injusticia que excede de la mera ilegalidad y tiene la gravedad necesaria para que merecidamente podamos hablar aquí de resolución arbitraria.

Podemos leer en los hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 6) el párrafo siguiente:

«Con la finalidad antes descrita, Alexander solicitó el 15 de enero de 1997 una licencia para movimiento de tierras, licencia que le fue concedida por el acusado Romeo, sabedor de la intención del constructor de derribar la casa, pese a la advertencia de la Secretaria del Ayuntamiento, Valentina, también mayor de edad y sin antecedentes penales, de que era preciso un previo informe técnico.»

Nos encontramos ante una licencia concedida para el inicio de unas obras que habrían de desembocar en el derribo de una casa montañesa de construcción antigua compuesta de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido, enclavada dentro del perímetro del conjunto histórico artístico de Alceda para

luego construir allí al menos 24 viviendas, según podemos leer en el párrafo anterior al que acabamos de transcribir.

Como hemos dicho antes, el derribo del edificio no cabe en el tipo de delito del artículo 321 (ni la concesión de licencia en el art. 322.2), porque no hubo una declaración individualizada de edificio de singular protección; pero esa «casa montañesa de construcción antigua» formaba parte del sitio de Alceda que, precisamente por la existencia de una pluralidad de construcciones de estas características, junto con otras más nobles, que parece sí habían sido específicamente declarados como edificios singularmente protegidos, constituían todas ellas el conjunto histórico que había sido declarado como tal en el Decreto 34/1985 por el Consejo de Gobierno de Cantabria publicado en el boletín oficial correspondiente que aparece al folio 12 de las diligencias previas (tomo I).

La concesión por el alcalde de una licencia para el inicio de unas obras que habrían de desembocar en el derribo de tal edificio antiguo enclavado en ese conjunto histórico artístico constituye este elemento objetivo del tipo de prevaricación administrativa del actual artículo 404 CP. Ciertamente tal autoridad municipal dictó una resolución arbitraria.

3.º Y tal resolución arbitraria fue dictada «a sabiendas de su injusticia», es decir, hubo conocimiento por parte del alcalde de que estaba actuando del modo que acabamos de exponer, singularmente revelador de ese dolo directo expresamente exigido en el tipo de delito del artículo 404 mediante la expresión que acabamos de entrecomillar.

Lo explica hasta la saciedad la sentencia recurrida cuando nos razona sobre el doble conocimiento que tenía el alcalde al respecto:

1.º Conocimiento de esa declaración de conjunto histórico de ese lugar de Alceda en cuyo perímetro de hallaba esta casa montañesa, conocimiento que la sentencia recurrida deduce de la celebración de un pleno municipal del 13 de agosto de 1991 (folios 181 y siguientes del mismo tomo I de las diligencias previas) en el que aparece (folio 183) que D. Romeo, que presidía el acto, expuso a los concejales «los inconvenientes que supone a los habitantes de este municipio que desean construir en la zona declarada monumento histórico-artístico del pueblo de Alceda, por ello propone a la corporación el iniciar los trámites pertinentes para la recalificación de estos terrenos». Sobre la prueba de este conocimiento, a fin de no extendernos más, nos remitimos a lo que dice la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho 2.º (pág. 10).

2.º Conocimiento por parte del alcalde de que las obras cuyo inicio autorizaba mediante la licencia a la que nos estamos refiriendo tenía por fin el derribo de la casa antigua que el constructor D. Alexander había adquirido para construir en tal lugar 24 viviendas al menos. La realidad de este conocimiento la infiere la Audiencia Provincial de varios hechos que se detallan en sus páginas 12 y 13, como lo fueron la exposición del proyecto de edificación de esas 24 viviendas en los locales del propio ayuntamiento y que dicho constructor hubiera consultado con el alcalde la ficha urbanística de la finca. A tales páginas 12 y 13 nos remitimos.

Por otro lado, este conocimiento que tenía el alcalde de la voluntad de derribar el edificio por parte del constructor quedó, además, de manifiesto por las alteraciones en los documentos del expediente municipal seguido para la concesión de esa licencia que se hicieron por orden de D. Romeo, añadiendo en ocasiones distintas, a la expresión inicial de «movimiento de tierras» objeto de la licencia, las de «y derribo» o «y derribo del muro», añadido que quedó documentado en el propio expediente (véanse los folios 75 y ss., 94 y ss., 110 y ss. –tomo I– y 297 y ss. –tomo II–) y que sirvió para que el Ministerio Fiscal y la acusación particular pidieran condenar por

delito de falsedad del artículo 390, el más gravemente penado de todos aquellos por los que se acusó, y respecto del cual hubo pronunciamiento absolutorio por entender la Audiencia Provincial que «el añadido discutido, aun cuando suponga alteración del documento inicial, no hace sino responder a la verdad de la licencia, pues ya se ha razonado con reiteración que Romeo conocía que se iba a derribar la casa y con tal finalidad concedió la licencia» (pág. 21 de la sentencia recurrida).

Por lo demás, en cuanto a la concurrencia de estos requisitos constitutivos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404, nos remitimos a lo que ampliamente razona al respecto la sentencia recurrida, con la salvedad ya indicada: hay que excluir todo lo que haga referencia a ese requisito de la singular protección exigido por los artículos 321 y 322 y que constituye la diferencia específica entre la prevaricación del 322.2 y la genérica del 404. Eliminado este requisito de la singular protección, nos queda esta última norma penal de aplicación al caso presente.

En conclusión, hay que estimar parcialmente estos tres motivos primeros del recurso formulado por el alcalde para absolverle del delito de prevaricación especial del artículo 322.2 y condenarle por el de prevaricación genérica del 404.

(Sentencia de 25 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 408

Dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos: existencia: inspector de hacienda corrupto: no es excusa una hipotética prescripción de la deuda tributaria

Octavo.—Por infracción de Ley y al amparo del artículo 849.1.º LECrim considera aplicado indebidamente el artículo 408 del Código Penal, en relación al 130.5.º y 131.1.º del mismo texto legal y 289.1 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, estos tres últimos por inaplicación (motivo octavo).

La protesta la hace bascular el censurante en dos direcciones:

- No puede castigarse por el delito de omisión del deber de perseguir delitos, referente al ejercicio tributario de 1991, por haber prescrito.
- Tampoco puede condenarse por esa misma omisión, en relación al ejercicio de 1992, por contravenir el principio acusatorio.

Este último aspecto impugnativo constituye reproducción de lo ya resuelto en el motivo primero, al cual nos remitimos.

1. Ateniéndonos exclusivamente al ejercicio de 1991, y respetando en toda su integridad, sentido y significación el relato de hechos probados, como es preceptivo, hemos de dar por sentado que la inspección de Metro-3 se inició el 21 de julio de 1997, comunicando a la empresa que la misma alcanzaría a los ejercicios de 1991 a 1995. En dicho cometido el recurrente recabó diversos expedientes de devolución de solicitudes efectuadas por empresas vinculadas al grupo Metro-3. La resultancia probatoria también pone de manifiesto las múltiples visitas a la empresa y reclamación de documentación efectuadas entre julio de 1997 y junio de 1998 (hecho séptimo).

En la página 12 de la sentencia se reflejan los datos relativos a los ejercicios de 1991 y 1992, con informes periciales sobre importantísimas minusvaloraciones, aptas para integrar un delito contra la Hacienda pública, circunstancias que no podían pasar desapercibidas al inspector fiscal, ahora impugnante.

Todo ello, unido a las actuaciones interruptivas producidas en el desarrollo de las funciones inspectoras, ha llevado al Tribunal de origen a afirmar que el Sr. Aurelio llegó a la «conclusión inequívoca» de que el acusado Raúl había cometido uno o más delitos contra la Hacienda pública.

2. Se pretende ahora, a la vista de las anteriores consideraciones, establecer una prescripción inexistente.

Si el recurrente tenía la completa seguridad de que existía tal delito y así se lo mostró al contribuyente, y éste, que poseía competentes asesores, no entendió otra cosa, no puede ahora argumentar sobre una teórica prescripción.

De haber existido posibilidades de tener tales hechos por prescritos no hubiera sido preciso alterar las actas, ni el empresario, coacusado Sr. Raúl, hubiera aceptado la entrega de 60 millones de pesetas.

Lo hasta ahora dicho no empece que en una hipotética persecución de tal delito fiscal el proceso pudiera terminar en una sentencia absolutoria.

Lo que aquí se castiga es no perseguir unos hechos que poseen clara apariencia delictiva, sin que conste de forma patente o inconcusa la posible prescripción de los mismos. Ese solo hecho obliga a promover la persecución de las conductas indiciariamente delictivas, con independencia del resultado final del hipotético proceso, que no cuenta en el artículo 408 CP a la hora de delimitar el ámbito de ilicitud o reproche penal por parte del legislador.

El artículo 408 no se ha infringido.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 413

Sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos: existencia: inspector de hacienda que oculta y sustrae documentación tributaria para encubrir delito fiscal ajeno

Decimotercero.—El motivo señalado en el mismo número se formula por infracción de Ley del artículo 849.1.º LECrim, estimándose infringido el artículo 413 del Código, en relación al 24 del mismo cuerpo legal.

La incorrecta aplicación del precepto se produce, en opinión del recurrente, por dos razones:

1) el sujeto activo del delito (impugnante), a efectos penales y según la definición del artículo 24 CP, no era funcionario público en el momento de la comisión de los hechos que la sentencia combatida considera constitutivos del delito de infidelidad en la custodia de documentos.

2) dicho recurrente no tenía tampoco, en ese momento, obligación de custodiar alguna, precisamente por el cese en el desempeño de sus funciones.

1. El cauce procesal elegido impone el más absoluto respeto a *factum*. En él se especifican esos dos momentos ejecutivos en la comisión del delito en cuestión, en cuya descripción típica se engloban, con carácter alternativo e indistinto, diversas conductas nucleares, representadas por los verbos sustraer, destruir, inutilizar u ocultar.

Como precisamos en el anterior fundamento, existía una primera fase, en la que siendo funcionario en activo el censurante extrae los documentos de los expedientes y los guarda con los demás efectos personales en su armario («ocultación»), a las que

sigue otra posterior en la que ya, suspendido como funcionario en el ejercicio de su cometido, saca o manda sacar del organismo oficial sus efectos, papeles y documentos personales, y hace propios los que extrajo de los expedientes a pesar de corresponder su titularidad al Estado, dado el carácter oficial de los mismos («sustracción»).

2. Partiendo de tales presupuestos fácticos, como lo impone procesalmente el carácter del motivo (infracción de Ley), la queja del recurrente carece de sentido.

Los actos verificados en la primera fase (ocultar) lo fueron cuando era funcionario el recurrente; y los demás fueron derivados o consecuencia de tal situación.

El artículo 24 del Código Penal caracteriza al funcionario por participar en el ejercicio de funciones públicas, ejercicio, que como muy bien apunta el Fiscal, no desaparece hasta la producción del cese o baja funcional, circunstancia que no se da en el caso de autos, al tratarse de una simple suspensión de funciones.

Pero todavía más. Aun en el caso de que hubiera cesado en sus funciones, sobre el funcionario pesa la obligación, dimanante del carácter funcional que ostentó, de restituir todo lo recibido de la administración, como legítima propietaria que es de aquellas cosas que puso a su disposición o que poseía el funcionario por razón de su cargo.

3. Por lo demás, no es ocioso recordar la amplitud conceptual de la conducta típica de «ocultar» (art. 413 CP), en los términos en que ha venido siendo interpretada por esta Sala. Ocultar sería equivalente a guardar o no entregar, o incluso dilatar indefinidamente la presencia del documento, impidiendo que alcance los fines que correspondan a su contenido y destino.

Con el simple apartamiento del lugar donde deben hallarse los documentos en cuestión, de modo que sea desconocido su paradero para quienes tengan legítimo acceso a los mismos, se tendría por realizada la conducta delictiva de «ocultar».

No es aceptable el argumento de que rebuscando en los armarios del funcionario suspendido podrían haber sido hallados los documentos, ya que tal armario no estaba cerrado con llaves.

Los efectos, papeles o documentos personales no podían ni debían ser legítimamente escudriñados por terceras personas, sobre todo si no se sospechaba que allí pudieran existir documentos oficiales, pertenecientes a Hacienda, que encubrían la comisión de delitos.

La situación hubiera sido diferente si, conocida la sustracción, se sospechase que su autor hubiera sido el recurrente. En tal tesitura es razonable que el propio organismo oficial indagase, con auxilio de la autoridad judicial, si necesario fuera, para su hallazgo o localización.

4. Tampoco puede ser acogido el argumento exculpativo, según el cual el acusado recurrente no ordenó extraer de Hacienda tales documentos, sino que una vez guardados en cajas los que se consideraron de carácter personal fue requerido para que se los llevase, lo que hizo a través de su primo, a quien encomendó recogerlos.

La circunstancia es indiferente, ya que cualquiera que fuera el origen de la extracción el acusado recibió e hizo propios (sustracción) los documentos oficiales que pertenecían al Fisco.

En síntesis, podemos afirmar que el recurrente ostentaba la condición de funcionario público que le atribuye el artículo 24 del Código Penal y en tal calidad ocultó ciertos documentos que se hallaban bajo su custodia; pero una vez se vieron interrumpidas sus funciones, consecuencia de la destitución de su puesto de trabajo, el funcionario infiel debió restituirlos, como consecuencia lógica de su nueva situación, cosa que no hizo. El cese en las funciones no excluye la existencia de obligaciones residuales inherentes al carácter funcional desempeñado previamente.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 432

Delito continuado de malversación de caudales en concurso ideal con falsedad documental: Alcalde y concejal que se apropian de las subvenciones destinadas a la realización de obras, falseando el origen de la solicitud y firmando certificación falsa; delimitación con delito de fraude de subvenciones

Cuarto. El motivo tercero, por la vía del artículo 849-1.º LECrim denuncia como indebidamente inaplicados los artículos 432 y 435-1.º del Código Penal. A través de este motivo el Ministerio Fiscal postula la existencia de dos delitos de malversación de caudales públicos, uno imputable al Alcalde y otro al Concejal.

Realmente, la determinación de la naturaleza de los fondos solicitados por los absueltos en la instancia y concedidos por la Diputación de Lugo constituye el núcleo del tema a decidir, por las consecuencias que se derivan de la respuesta que se da a esta cuestión.

La fundamentación de la sentencia sometida al presente control casacional provoca una no pequeña perplejidad en esta Sala Casacional, en la medida que a lo largo de ella, no se escatiman censuras al proceder de los inculpadados, llegándose incluso a solicitar en el F. séptimo, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4-2.º del Código Penal, que por parte del Gobierno se adopten las modificaciones necesarias en relación al delito fraude de subvenciones para evitar la impunidad de situaciones como la analizada «en las que bajo la figura jurídica de la subvención, se ampara una verdadera situación de estafa en la que el sujeto, que al fin goza de la situación de confianza del propio concedente de la subvención, obtiene un lucro, ya personal ya sea por el destino arbitrario de los fondos subvencionados que percibe», pero inexplicablemente fue la propia Sala sentenciadora la que aceptó la tesis de la subvención –que se beneficia de la condición objetiva de punibilidad de ser superior a diez millones de ptas.– cuando el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales mantenidas en este aspecto en las definitivas, –folios 1837 y siguientes y acta del Plenario–, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de malversación del artículo 432 y 435 del Código Penal con aplicación del artículo 77, todos del Código Penal, calificación que aceptó en este aspecto la Acusación Particular –folios 1885 y acta del juicio oral–.

Desde esta calificación común de las acusaciones pública y particular, (ejercitada por la Diputación de Lugo), resulta, cuando menos paradójica, las críticas vertidas en la fundamentación de la sentencia, en la medida que esta, de manera escueta se decanta por el delito de fraude de subvenciones y no por el delito de malversación en base al principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal, lo que supone adoptar una decisión pero no argumentar el porqué de la elección.

La calificación dada en la sentencia recurrida a los hechos enjuiciados de fraude de subvenciones del artículo 308, tiene la trascendente consecuencia de que al no alcanzar la cantidad de diez millones de ptas. –requisito o condición objetiva de punibilidad–, la conducta queda extramuros del Código Penal.

El argumento y la decisión de la instancia no son admisibles, y ya se anuncia la prosperabilidad del recurso del Ministerio Fiscal.

No cuestionamos que el sujeto activo del delito de fraude de subvenciones, pueda también serlo un funcionario público o autoridad, aunque de ordinario se trate de un beneficiario particular.

En sede doctrinal ha sido un debate abierto la posibilidad de que un funcionario público o autoridad puede ser sujeto activo de este delito, es decir, destinatario de la subvención. Así un sector doctrinal estima que puede serlo sólo un particular en la medida que particular es el beneficiario de la subvención por cuanto la subvención supone una transmisión de fondos del sector público al privado, no siendo posible que la Administración pública sea víctima y sujeto activo del delito, a lo que se añade que las finalidades públicas se atienden con fondos públicos y que cualquier desviación en esta materia daría lugar al delito de malversación de fondos públicos a ello puede añadirse el argumento sistemático de que el delito de fraude de subvenciones se encuentra en el título XIV del Código Penal que recoge delitos cuyo sujeto activo sólo puede ser el particular como ocurre en el más característico –delito fiscal– y que no está previsto en ningún caso las penas de inhabilitación, que sería obligada en los delitos cometidos por funcionarios.

Otro sector doctrinal, partiendo de la literalidad del precepto, estima que sujeto activo del mismo puede ser, indistintamente, el particular o el funcionario público. La propia sentencia recurrida cita el artículo 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Tributaria –Ley 31/1990, de 27 de diciembre–, que extendió el concepto de subvención a la disposición de fondos públicos para fomentar una actividad de utilidad o interés social. Tal posición ha quedado consagrada en la reciente Ley General de subvenciones –Ley 38/2003, de 17 de diciembre, cuyo artículo 2 declara que «se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de la Ley, a favor de personas públicas y privadas».

Así pues, podemos concluir esta cuestión afirmando que en relación al delito de fraude de subvenciones del artículo 308, cuyo antecedente se encontraba en el artículo 350 del Código Penal de 1973 introducido en la reforma de 1985, y que patentiza el interés del legislador por proteger la Hacienda Pública, no sólo desde la perspectiva de los ingresos vía delito fiscal sino también desde la vertiente de los gastos públicos, puede ser cometido por funcionarios y autoridades públicas. El tema tiene menos trascendencia de la que aparenta pues en todo caso, la concesión de una subvención a personas públicas, no lo es *intuitu personae* al funcionario o autoridad que la recibe, sino que será la persona pública que actúa a través de aquél, el verdadero beneficiario y esta sufriría el perjuicio de que el «formal» receptor de la subvención le dedicase a su particular enriquecimiento, en cuyo caso, ya lo adelantamos, se estaría, también, en un supuesto de malversación.

Así relativizado el problema, en el presente caso debemos determinar la real calificación jurídica de las llamadas y calificadas «subvenciones» solicitadas y obtenidas por las personas absueltas en la instancia.

La reflexión de esta Sala Casacional, debe partir, como no podía ser de otra manera dado el cauce casacional utilizado en este motivo por el Ministerio Fiscal, desde el máximo respeto a los hechos probados.

Estos hechos probados contienen las siguientes y trascendentales afirmaciones:

1. Antonio A. A., Alcalde del Concello de P. B. solicitó como representante vecinal de dos comunidades distintas de vecinos, un total de cuatro subvenciones.
2. Tales «Comunidades Vecinales» carecen de toda regulación y control.
3. El mismo Antonio A. A. informó como Alcalde las solicitudes de subvención, que él mismo había solicitado como representante de las expresadas Comunidades Vecinales.
4. Asimismo firmó las correspondientes certificaciones relativas a haberse efectuado las obras para las que se solicitaron las obras (la subvención era abonada por la Diputación de Lugo tras la acreditación de su realización).

5. Las obras en cuestión ya se encontraban ejecutadas con cargo a otras partidas municipales o a otras subvenciones obtenidas con anterioridad.

6. Este dato era conocido por Antonio A. A. dada su condición de Alcalde del Concello.

7. Cobradas las cuatro subvenciones, por un total de 5.900.000 ptas., estas fueron ingresadas en la cuenta particular de Antonio A. A.

8. Las facturas presentadas por éste para justificar la realización de las obras objeto de subvención, no se corresponden con ellas.

9. No se ha podido concretar el destino dado por Antonio A. A. al importe de las subvenciones cobrado e ingresado en su cuenta particular.

10. Utilizando el mismo *modus operandi*, Manuel C. L., Concejel de dicho Concello solicitó y obtuvo dos subvenciones para lo que también contó con la firma de Antonio A. A.

11. Cobradas las dos subvenciones por Manuel C. L. por un importe de 2.950.000 ptas., presentó unas facturas para acreditar los pagos realizados por él, cuya veracidad no se ha demostrado.

De este escenario fáctico fluye de forma natural y jurídica la conclusión de no estar en realidad en presencia de un fraude de subvenciones. No es preciso acudir a la doctrina del levantamiento del velo porque este es transparente y deja ver toda la operación urdida por los absueltos.

Antonio A. A. y Manuel C. L., Alcalde y Concejel, respectivamente, del Concello de P. B., primero dan vida a un ente ficticio que es la comunidad de vecinos, después piden en su nombre una subvención, la que es informada por el Alcalde como es preceptivo, seguidamente presentan el certificado de la realización de las obras como presidente de la Comunidad de Vecinos tras lo que se produce el cobro de la subvención que es ingresada en la cuenta particular de ellos sin poder presentar facturas acreditativas de que ellos ya habían abonado la obra. Todavía la panoplia de roles se incrementa en el caso de Manuel C. L., que como se acredita al folio 1.869 de las actuaciones –Tomo VIII– que será objeto de un más detenido estudio al analizar el motivo decimotercero del recurso del Ministerio Fiscal– comparece en el acta de recepción definitiva en representación, también, de la constructora-adjudicataria.

La estrategia de escenificar la petición y obtención de una subvención que se incorpora al patrimonio de los solicitantes no puede ocultar la realidad de una malversación de fondos públicos del artículo 432-1.º en relación con el artículo 435-1.º, como se solicita por el Ministerio Fiscal.

Se está ante la modalidad básica del delito de malversación de acuerdo con el vigente Código Penal que fue el solicitado por el Ministerio Fiscal que es más beneficioso que el anterior Código Penal, dado el sistema de pena prevista en base a la escala de caudales defraudados. Los autores de la acción imputada son Antonio A. A. y Manuel C. L., Alcalde y Concejel, respectivamente del Concello de P. B., los que valiéndose del ardid de una pretendida subvención, han recibido unos fondos de la Diputación de Lugo, de indudable naturaleza pública los que no aplicaron a los fines previstos, y en la medida que ingresaron su importe en sus cuentas particulares, cabe, en base a estos hechos-base totalmente acreditados en la instancia, llegar al hecho consecuencia constituido por la afirmación de que se apropiaron en su beneficio del importe de lo percibido, lo que constituye la doveta que cierra el arco argumental, que inexplicablemente deja abierto la sentencia de instancia. Se trata de la conclusión de un juicio de inferencia totalmente acorde con las máximas de experiencia y reglas de la lógica, por lo que constituye una afirmación fundada y motivada, razonada y razonable, y por tanto, nada arbitraria.

No es que el funcionario o autoridad pública y tanto el Alcalde como el Concejal tienen tal condición –entre otras SSTS de 1 de febrero de 1995 y de 11 de noviembre de 1998– induzca, coadyuve o colabore con el solicitante o perceptor último de los beneficios solicitados, es que son ellos mismos quienes actuando con la ficción de la «comunidad vecinal» solicitan la subvención, la informan, certifican la obra y cobran su importe que luego incorporan a su patrimonio sin haber acreditado ningún pago adelantado que luego les debiera ser reembolsado, de suerte que resultó, en el caso presente, totalmente decisivo el apoyo desde el interior del entramado en el que se va a dar respuesta a la petición de subvención.

En efecto, acabamos de referirnos a la condición de autoridad o funcionario público de ambos absueltos en la instancia, lo que coincide con la descripción del sujeto activo en este tipo penal. El objeto, constituido en este caso por caudales o efectos públicos es igualmente claro, como también lo es el título competencial en virtud del cual, aquellos los tenían a su cargo –en tal sentido STS de 19 de octubre de 2001, de 1 de diciembre de 2000 y de 16 de mayo de 2002–, la acción estuvo constituida por la acción de incorporación definitiva a su patrimonio –*animus rem sibi habendi*– STS de 19 de junio de 2001–, lo que lo distingue del *animus utendi* propio de los delitos previstos en los arts. 433 y 434 del Código Penal, en concreto este último, que constituye una novedad en el vigente Código Penal responde a la necesidad de poner coto al aprovechamiento privado de los bienes que integran la infraestructura de la Administración Pública, pero excluyendo de dicho aprovechamiento la intención apropiatoria definitiva. En el presente caso existió un concluyente propósito depredatorio.

Finalmente, el bien jurídico lesionado, estuvo constituido tanto por el perjuicio patrimonial que sufrió la Administración –en este caso la Provincial–, como por la lesión de la función pública en la correcta gestión de los recursos públicos y en la satisfacción de los intereses penales, todo ello con reflejo en el artículo 103 de la CE. No se está ante un delito sin víctima, por más que esta carezca de la corporeidad que tienen las personas físicas.

En el F. segundo de la sentencia se llega a afirmar con la significativa cita de la película «la tentación vive arriba», que tal proceder vendría a tener su conexión y sintonía en la entidad concedente de las subvenciones. Concretamente se afirma que «se ha venido a acreditar que la situación en la que se conceden estas pretendidas subvenciones por parte de la Diputación Provincial no es propia de un Estado Social y Democrático de Derecho» Evidentemente esta es una cuestión que queda extramuros del recurso del Ministerio Fiscal, pero es lo cierto que el fragmento de actividad analizado permite afirmar sin ambigüedad que no se está ante un supuesto de fraude de subvenciones, sino de una clara malversación de fondos públicos y a la misma conclusión se llegaría, como ya se ha dicho, aunque se sostuviera la realidad de la subvención, en la medida que el beneficiario final –la comunidad de vecinos– no lo fue, al quedar incorporada la subvención al patrimonio de los solicitantes. Es una constante de la actividad judicial en el orden penal que la verdad judicial es con frecuencia una verdad fragmentaria –STS de 2 de abril de 2003–, en relación a toda la secuencia ocurrida, porque la actividad probatoria de cargo suele retener determinadas acciones o comportamientos y no otros, pero esta situación no debe impedir ni atenuar las responsabilidades que se acrediten de los comportamientos analizados.

Por eso, resulta tanto más llamativa la tesis que se sostiene en la sentencia recurrida de fraude de subvenciones –las que se califican como «pretendidas subvenciones» como acabamos de ver–, tesis que fue, significativamente la alegada por las defensas, y que de consolidarse, produciría en planteamientos como el expuesto el efecto perverso de permitir la impunidad del delito de malversación de fondos públi-

cos por importe inferior a diez millones de ptas. Un vaciamiento de este tipo penal que sería toda una invitación a los que desempeñan una función pública de conseguir el propio enriquecimiento a costa de fondos públicos, eso sí, por importe inferior a diez millones de ptas. lo que garantizaría la inactividad del sistema de justicia penal, y sólo la posible responsabilidad administrativa, menos grave, más difusa y mucho menos estigmatizante.

Obviamente este planteamiento se encuentra en las antípodas del cuadro de principios a los que debe acomodar su actuación la Administración Pública contenido en el citado artículo 103 CE, que se refiere a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad y eficacia, todo ellos de indudable aplicación a la Administración Local, cuya autonomía, consagrada en el artículo 140 se refiere a su funcionamiento, pero desde la vigencia de aquellos principios.

Como se decía en la STS de 17 de julio de 2002, en relación a otro delito, pero también incluido dentro del Título XIX –Delitos contra la Administración Pública– denominador común de todas las conductas allí descritas, es el daño constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerle porque como custodios de la legalidad son los primeros obligados a respetarlo, y esta quiebra puede producir devastadores efectos en los ciudadanos «pues nada consolida más el Estado de Derecho, que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley»

La calificación que se postula de la acción enjuiciada, de malversación de fondos públicos del artículo 432 del vigente Código podría presentar una objeción sólo aparente que no real, de índole procesal que es preciso afrontar y despejar.

Según el artículo 1.1.º letra i de la LO del Tribunal del Jurado, a él le corresponde el enjuiciamiento del delito de malversación de fondos públicos. Esta cuestión no se suscita en esta sede casacional, sino que fue la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular –folios 1838 y 1885– solicitando la apertura del juicio oral –tras la subsanación de un error inicial–, para ante la Audiencia Provincial de Lugo –folio 1906–, lo que así se acordó por proveído de 21 de enero de 2002.

La decisión fue totalmente correcta y en ningún momento ha existido controversia alguna ya que existen otros delitos conexos, como son los de falsedad documental, a los que en su momento nos referiremos, que de acuerdo con las normas de conexidad del artículo 5 LOTJ atraen la competencia de la totalidad del asunto al tribunal de la Audiencia Provincial.

Poco importa que no se conozca el destino concreto final del dinero, cuando está acreditado que lo incorporaron a su patrimonio particular y que las documentales ofrecidas no acreditaron, a juicio del Tribunal sentenciador, que se pudiera tener por probado un pago adelantado por ellos de las obras objeto de la subvención, que justificaría un derecho de reembolso.

Se está, en conclusión ante la figura delictiva del artículo 432-1.º del Código Penal en relación con el artículo 435-1.º, delito que está en la modalidad de delito continuado, y por tanto con aplicación del artículo 74 del Código Penal, bien que con distinta intensidad, ya que el cometido por Antonio A. A., se desarrolló a través de las cuatro «subvenciones» que solicitó, informó, certificó y cobró, en tanto que la malversación de Manuel C. L. lo fue en las dos subvenciones recogidas en el segundo apartado de los hechos probados, lo que tendrá su incidencia en la individualización judicial de la pena.

Hemos optado por el tipo básico del artículo 432 de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal, atendiendo al importe de lo malversado –cinco millones novecientos mil ptas. y dos millones novecientos cincuenta mil ptas.– no se estiman tales cantidades de especial gravedad ni tampoco se ha probado un grave daño o entorpecimiento público.

Sexto. Pasamos seguidamente al estudio conjunto de los motivos séptimo y octavo, referidos a las falsedades documentales efectuadas en esta ocasión por el acusado, y también absuelto en la instancia, Manuel C. L., Concejal del repetido Concello.

Se trata de dos motivos idénticos a los acabados de estudiar, sólo que referidos al Concejal citado. Al respecto se dice en el *factum* que «de otra parte y utilizando el mismo *modus operandi*, el también acusado Manuel C. L. obtuvo –entre otras– las siguientes subvenciones».

La identidad de *modus operandi* supone que el acusado tras conformar unas supuestas Comunidades Vecinales, en nombre de ellas solicitó la subvención, nada se dice en el *factum* respecto si las informó en el Ayuntamiento, como miembro de la Comisión de Gobierno, pero a los folios 475 y siguientes consta testimonio del acta de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 19 de septiembre de 1994 en el que consta que el acusado formaba parte de la misma. Significativamente se comprueba en este control casacional que en dicha Comisión de Gobierno no se adoptó ningún acuerdo sobre construcción de un palco de música y cierre de polideportivo en la Comunidad Vecinal de Cereixa, por lo que se faltó a la verdad cuando en el certificado remitido a la Diputación de Lugo obrante al folio 792 se dice que en dicha Comisión de Gobierno se acordó la construcción de dicho palco y cierre de polideportivo en Cereixa. Dicho certificado aparece firmado por el Alcalde, cuando es lo cierto que dicho acuerdo no fue adoptado. También al folio 489 existe el acta de otra sesión de la Comisión de Gobierno de 15 de febrero de 1995 en la que consta que, como miembro de la Comisión, se encontraba Manuel C. L.

Además, firmó la certificaciones acreditativas de la finalización de las obras correspondiente con el examen de los folios 793 y siguientes, y en relación a la segunda de las «subvenciones» en la que intervino, al folio 916 se acredita su participación en la Comisión de Gobierno en la que se aprobó la petición y firmó la certificación de la realización de las obras.

La condición del acusado como Presidente de la Comunidad de vecinos de Cereixa –expediente de subvención del año 1994–, consta acreditada al folio 779, y al folio 906, idéntica condición en relación a la subvención del año 1996 (servicios y duchas en polideportivo). Se está en presencia de diversas falsedades documentales efectuadas por autoridad o funcionario público, ya que su intervención lo fué en concepto de Concejal y dentro del marco de sus competencias.

Al igual que decíamos en el anterior Fundamento Jurídico, se está en falsedades documentales continuadas –art. 390.1, 2.º y 4.º, en relación con el art. 74–, que son instrumentales del delito de malversación estudiado en el Fundamento Jurídico segundo y cuya penalidad debe efectuarse según las reglas del artículo 77 del Código Penal de las que es autor Manuel C. L.

Procede la estimación de ambos motivos.

(Sentencia de 7 de enero de 2004)

Malversación de caudales públicos: doctrina general. Subtipo agravado por la cuantía.

Decimocuarto. El siguiente motivo, en el orden que los formula el recurrente, lo residencia en el artículo 849-1.º LECrim (corriente infracción de ley), por indebida aplicación del artículo 432-1.º y 2.º del C. Penal.

1. Dicho recurrente se extralimita de las posibilidades impugnativas del motivo abordando directamente la prueba practicada, en particular, las declaraciones de los

coimputados y testigos, siendo así que con tal proceder infringe lo dispuesto en el artículo 884-3 LECrim

Débase partir ineludiblemente de los términos que se describen en el *factum* en donde se contienen todos los elementos constitutivos de esta figura delictiva.

Esta Sala considera presupuestos de este delito:

a) la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP. bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.

b) una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.

d) sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción.

2. En particular, el censurante rechaza la existencia de una apropiación con ánimo de lucro y estima no concurrente la determinación material del objeto del supuesto delito.

La primera cuestión queda despejada por el análisis exhaustivo, concienzudo y riguroso que la Audiencia hace en el fundamento vigésimo, a través de 18 páginas, acerca de los actos apropiativos realizados por el recurrente que han sido debidamente probados por prueba directa (la disposición de caudales que fueron a manos de terceros), y los que hizo propios, a través del testimonio de los coimputados y otras probanzas de carácter indirecto o indiciario.

En cuanto al ánimo de lucro debe inferirse del hecho inequívoco de la sustracción de bienes ajenos con valor económico. A falta de una explicación creíble en otro sentido, es de la más elemental lógica deducir que el agente pretendía la obtención de un lucro o beneficio económico personal.

3. Respecto a la determinación del «quantum» apropiado, su precisa fijación ha sido imposible de verificar de acuerdo con las pruebas habidas y es lógico que sea así, ante la ausencia de datos suministrados por el propio acusado. Incluso es posible que ni él mismo, con rigor, pueda precisar la cantidad total sustraída.

Basándose en prueba pericial, unida a los fuertes e incontestables indicios de cargo, se pudo llegar a una aproximación de garantía, señalando la cantidad en 141 millones de pesetas, como mínimo, lo que es suficiente para realizar una adecuada subsunción jurídica, incluso para aplicar el subtipo agravado del n.º 2 del artículo 432 C.P.

Al concurrir dos elementos valorativos en la delimitación de la cualificación de especial gravedad (valor de las cantidades sustraídas y entorpecimiento producido al servicio público), esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, clarificando la influencia de uno y otro en la configuración del subtipo y la necesidad o no de que concurren ambos.

En este sentido la STS de 29 de julio de 1998, entendió que en la malversación hay que distinguir:

a) la pequeña cuantía que nunca debe tenerse por grave. A ella le sería de aplicación el subtipo privilegiado si no excede el límite de 500.000 pts. (art. 432-3.º C.P.).

b) la cuantía considerable, cien millones de pesetas, que siempre será grave. Se entiende concurra o no entorpecimiento del servicio público.

c) las cantidades intermedias, como pueden ser de 10 a 18 millones, que sería preciso combinarlas con el otro elemento normativo (perturbación del servicio) al objeto de dilucidar la aplicación o no del subtipo.

En nuestro caso, la cantidad que como mínimo se sustrajo, es suficiente para calificar el hecho como de especial gravedad.

Por todo lo expuesto el motivo deberá rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 433

Malversación cometida por Presidente de Comunidad Autónoma: subsunción de los actos dispositivos en este tipo penal

Segundo. El correlativo se ampara en el artículo 849.1.º de la LECrim por infracción de lo dispuesto en el artículo 433 del Código Penal vigente.

En defensa de esta pretensión, la parte recurrente estima con carácter inicial que la Sala sentenciadora al no haber podido encajar la conducta del acusado dentro de lo que disponía el artículo 396 del Código Penal derogado, llega aquí a calificarla indebidamente como constitutiva de un delito de malversación del artículo 433 del vigente. Después se añade:

– Que por el envío y publicación de los «remitidos de prensa», únicamente podía haber sido condenado en base al artículo 397 del Código de 1973, en cuanto que no debe entenderse que tal envío fuese ajeno a la función pública.

– Que el contenido de esos artículos de prensa tenía un carácter institucional y no particular, de ahí que se pagasen al periódico con fondos públicos.

– Que no existió ánimo de lucro.

– Que el delito de malversación exige capacidad de disposición en sentido material y no en sentido de tener habilitación legal para ordenar el pago.

A estas cuestiones así concretadas (en el escrito de formalización se hallan totalmente dispersas), así como lo relativo al delito de malversación en general, daremos contestación del siguiente modo:

a) El acusado ostentaba el cargo de Presidente de la Diputación Regional de Cantabria al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados y, por ende, tenía la cualidad de funcionario público que exige como primer requisito el delito de malversación, y ello tanto se aplique para definir esa cualidad lo dispuesto en el artículo 119 del Código de 1973 como el artículo 24.2 del vigente, pues ambos preceptos son plenamente coincidentes en este punto, incluso en su literalidad.

b) La Sala de instancia aplicó el artículo 433 del Código Penal de 1995, no porque la actividad malversadora del acusado no encaje, según se pretende, en el antiguo artículo 396, sino porque vigente ese Código en el momento de dictar la nueva sentencia, la pena aplicable es sensiblemente más beneficiosa al reo, pasando

de la mínima de la prisión mayor (seis años y un día) que fue la impuesta en su día, a la de tres años de prisión que ha sido la impuesta ahora.

Además, de una interpretación tanto literal como lógica o finalista de ese precepto se llega a la conclusión que la actividad desarrollada por el ahora recurrente al enviar los artículos de prensa al periódico y cargar sus gastos a la entidad pública cometió el delito de malversación que en el mismo se tipifica, ya que ha quedado perfectamente probado a través de todo el proceso, y así se recoge en la narración fáctica, que esta operación la hizo el inculpado a título personal y no en defensa ni en beneficio de la Diputación. Es de resaltar también que, además de esa prueba, son los propios textos de los artículos periodísticos los que nos ponen de relieve, tanto en el fondo como en la forma, que su contenido carecía de cualquier carácter institucional al ser expresión clara de réplicas a sus particulares enemigos políticos, utilizando casi siempre expresiones desaforadas e insultantes que poco se compadecen con el talante y la forma de decir de cualquier institución pública en el ejercicio de su derecho de réplica.

c) Se cumple así el requisito principal que requiere el tipo delictivo de la malversación que se recoge en el mentado artículo 433 y que consiste en destinar a usos ajenos a la función pública los caudales pertenecientes a esta función, pues como también se ha dicho era el propio acusado el que daba las órdenes de envío así como de su abono de su precio con cargo a los presupuestos de la entidad.

d) Se completa el círculo de los elementos que requiere el tipo con el dato de que los caudales con los que se abonó el gasto, los tenía el acusado a su disposición por razón de sus funciones, como lo demuestra entre otras pruebas las declaraciones testimoniales del Jefe del Gabinete de Prensa de la Diputación, quien siempre declaró que era el Sr. H. el que, no sólo daba las órdenes del envío a la prensa, sino también del pago de las facturas. Es decir, de «facto» tenía la disponibilidad de esos caudales, pues aunque no los tuviera directamente confiados, ostentaba poderes y capacidades suficientes para su disponibilidad.

En conclusión, la actividad desarrollada por el encausado hemos de entenderla comprendida en el tipo malversador del artículo 433 del Código Penal y, por ello, la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal «a quo» fue la correcta, por ajustada a Derecho. Lo mismo cabe decir de la pena impuesta (la mínima posible de tres años) y ello por aplicación del párrafo segundo de dicho artículo al no haber reintegrado el culpable lo distraído dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso.

Se rechaza el motivo.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 443

El delito de acoso sexual funcional: doctrina general. Solicitar favores sexuales por funcionario del que depende la resolución de expediente de la víctima. Irrelevancia de que el propósito se consiga.

Segundo. El motivo que se formula en segundo lugar se funda en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 443 CP.

La doctrina considera que el tipo objetivo de la figura criminal de referencia está integrada por la conducta consistente en solicitar sexualmente, es decir realizar una

proposición de contenido sexual, que no es necesario que llegue a ejecutarse, pues entonces se aplicaría el artículo 445 CP. La persona solicitada, además, ha de tener pendiente un asunto en el que el funcionario deba intervenir como tal para resolver, informar o elevar consulta a superior.

El tipo subjetivo consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de las pretensiones del particular pendientes de su actuación profesional.

En definitiva, y como reconoce el recurrente, es preciso que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito:

- A) Que el agente del delito sea funcionario público;
- B) Que solicite sexualmente a un tercero, bastando cualquier conducta con dicho contenido, pero sin que sea necesaria su efectiva realización
- C) Que el tercero tenga pretensiones pendientes de resolución del acusado acerca de las cuales éste deba evacuar informe o elevar consulta.

Los dos primeros elementos integradores de la figura criminal de referencia, son admitidos; el primero por ser evidente, y el segundo a efectos dialécticos, por el propio recurrente, quien, en cambio, niega la concurrencia del tercero.

Así, alega que en el relato de hechos no aparece dato alguno que permita afirmar que el acusado emitió los informes o evacuó consulta alguna de apreciable influjo en la resolución final, o que de hecho la decisión de favorecer a las testigos estuviera al alcance del funcionario.

Es claro que el cauce casacional utilizado implica el respeto más absoluto a la narración que lleva a cabo el *factum* de la sentencia.

Pues bien, el relato fáctico recoge que ... durante la estancia de L. en las oficinas policiales el acusado le comunicó que como responsable máximo tenía la posibilidad de ejecutar o no la expulsión del territorio español, y que tomaría una decisión u otra según la actitud que ella adoptase hacia él, ante lo que la mujer le manifestó que estaba dispuesta a colaborar, facilitando al acusado el número de su teléfono móvil.

Tras ser puesta en libertad, L. recibió numerosas llamadas telefónicas del acusado en las que le pedía que se pasara por su despacho, prometiéndole que le iba a ayudar en los trámites que como ciudadana extranjera tenía que seguir para arreglarle su situación administrativa.

Ante la insistencia del acusado y sus promesas de ayuda, L. acudió a las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería unos días después de su puesta en libertad. El acusado la condujo a un despacho de la planta sótano fuera de servicio y con aspecto de abandonado, donde tras cerrar la puerta y persianas de las ventanas, y mientras insistía en sus promesas de favores en el expediente de expulsión, le tocó la cara, los brazos, y los pechos, llegando el acusado a bajarse los pantalones, dejando al descubierto su pene totalmente erecto, subiendo el jersey a la mujer que se quitó el sujetador y continuando los tocamientos en los senos. L. dijo al acusado que estaba dispuesta a realizar el acto sexual con él, pero en su lugar de trabajo o en un hostal pero nunca en aquella estancia, dada su suciedad. Tras lo relatado, que duró una media hora, L. abandonó las oficinas policiales, siendo acosada por el imputado mediante llamadas a su teléfono móvil, lo que motivó que la mujer abandonara por un tiempo la ciudad de Sevilla.

El día 28 de abril de 1998, previo examen de las diligencias formuladas por ella en escrito de 18 de abril de 1998, el acusado emitió el preceptivo informe en el expediente de expulsión incoado a L., proponiendo a la Subdelegación del Gobierno su expulsión del territorio español al considerarla incurso en el artículo 26.1 a y f de la antigua LO 7/85 de 1 de julio.

Acordada la expulsión por la Subdelegación del Gobierno, por resolución de 26 de junio de 1998 y comunicada dicha resolución a la Brigada de Extranjería, la misma no fue notificada personalmente a la interesada hasta el día 4 de noviembre de 1998.

Tras contraer matrimonio el día 31 de agosto de 1998 con un ciudadano español, L.R.O. solicitó a la Subdelegación del Gobierno la revocación de la orden de expulsión. A raíz de cursar dicha petición, comenzó de nuevo a recibir llamadas telefónicas del acusado, quien le pedía que fuera a verle a su despacho. L., acudió, previa citación a tal efecto, a las oficinas de la Brigada Provincial de Extranjería en los primeros días de noviembre de 1998, donde de nuevo la entrevistó el acusado, pretendiendo tocarla y realizar el acto sexual con ella, arguyendo que no había cumplido con el trato que había hecho el pasado mes de abril, a lo que la mujer se negó. El acusado, ante la actitud no colaboradora de L., le dijo a ésta, que no pararía hasta su expulsión, que su matrimonio era ficticio y que los documentos que traía eran falsos. La mujer se mantuvo en su negativa, advirtiendo al acusado que si no la dejaba marchar, gritaría, por lo que éste abrió la puerta y le permitió salir.

Tras el preceptivo informe del Grupo Operativo Dos de Extranjeros, la Subdelegación del Gobierno revocó la resolución de expulsión de L. el día 20 de noviembre de 1998.

En la madrugada del día 15 de abril de 1998, funcionarios policiales adscritos al Grupo Operativo de Extranjeros Número Dos ya mencionado, detuvieron también en el club «El Rey» de la localidad de Santiponce (Sevilla) a la súbdita colombiana Y.C.Z., respecto de la que existía pendiente de notificación y ejecución acuerdo de expulsión de España de fecha 5 de marzo del mismo año 1998.

Durante la estancia de la mujer en las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería, el acusado abordó a Y., a la que abrió la chaqueta e hizo comentarios sobre la dureza de sus pechos, al tiempo que se tocaba sus partes, haciendo además de tocarle lo senos e intentando que la mujer le tocara su pene. Mientras esto ocurría, el acusado le decía que no se preocupara por su expulsión, que él la iba a ayudar si prometía verse con él en los días siguientes.

El acusado cursó fax a la Subdelegación del Gobierno comunicando la detención de Y.C., ordenando seguidamente su ingreso en calabozos, donde se le notificó personalmente el acuerdo de expulsión, recibiendo la mujer una llamada telefónica del acusado, quien le insistía en sus promesas de ayuda si accedía a verse con él. Sin embargo, el mismo día 15 de abril, Y.C. fue efectivamente expulsada de España vía aérea.

El día 15 de junio de 1998 fue detenida la súbdita colombiana Y.K.R.R. por el Grupo Operativo Número Dos de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía. Con fecha 16-6-98 se inicia el expediente de expulsión a propuesta del acusado, que toma declaración a Y. y realiza acta de informe y comprobación de los extremos declarados y sobre alegaciones presentadas.

Mediante resolución de 16 de julio de 1998 la Subdelegación del Gobierno acordó la expulsión de la misma, la cual nunca fue notificada personalmente a la interesada, pese a que estuvo detenida a disposición del acusado los días 21 y 22 de junio de 1998.

Esta orden de expulsión fue revocada por la mencionada autoridad gubernativa el 26 de febrero de 1999 a petición de la citada ciudadana extranjera, al haber contraído matrimonio con un súbdito español el 29 de octubre de 1998.

Y.K. solicitó el 17 de mayo de 1999 la exención de visado y la concesión de tarjeta de residente, petición que le fue denegada por la Delegación de Gobierno en virtud de resolución de 14 de julio de 1999. Pese a ello, un día del verano de 1999, funcionarios del repetido Grupo Dos abordaron en la calle Sierpes de Sevilla a Y. y le solicitaron la documentación; y al no poseer ésta tarjeta de identidad alguna le trasladaron a las dependencias del Grupo, donde el acusado la recibió en su despacho, y

mientras le prometía que iba a ayudarle en todo, y le decía «tu sabes que conmigo no tienes problemas de papeles», le tocó los pechos, y le cogió de la mano que se llevó a sus genitales, dado que previamente se había desabrochado los pantalones. La situación descrita finalizó al llamar alguien a la puerta de su despacho.

Mediante resolución de 6 de junio del año 2000, y en virtud de expediente incoado a raíz de una nueva solicitud de fecha 2 de marzo del año 2000, y en el que como es preceptivo emitió informe la autoridad policial, a Y. le fue concedida la exención del visado y la concesión de tarjeta de residente.

Todas las víctimas expresaron ante la Autoridad Judicial su deseo de no formular denuncia.

El relato de hechos probados es evidente que describe una conducta que es plenamente subsumible en el delito, tanto más en cuanto tiene la consideración de continuado.

Además, la sentencia de instancia, siguiendo la doctrina de esta Sala, representada por Sentencias como las de 13 de junio de 1979, ó la de 14 de diciembre de 1992, considera que la relación de interés, para ser penalmente relevante, no tiene por qué revestir un necesario carácter formal, cifrado en instancia o pedimento atenido a la normativa y rígidos cauces de un definido procedimiento judicial o administrativo, sino que bastará la realidad de cualquier aspiración o expectativa –obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio del funcionario– en cuyo resultado pudiera ejercer apreciable influjo la favorable o adversa disposición del agente. Y que la expresión «pendientes de resolución» no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra... sino que dicha expresión quiere decir pendiente de una toma de decisión que, de hecho esté al alcance del funcionario.

Correspondientemente, los jueces *a quibus* entienden en su fundamento de derecho tercero, que el acusado se encontraba en la situación típica, debido a las siguientes consideraciones:

- Que era Jefe del Grupo Operativo en la Brigada Provincial de extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Valencia.
- Que las tres perjudicadas eran extranjeras, y cuando tuvieron contacto profesional con el acusado se encontraban en situación de ilegalidad en territorio español.
- Que a aquéllas se les incoó expediente de expulsión en el que de algún modo tuvo intervención el acusado, participando activamente en todo el proceso de tramitación de los expedientes; de modo que aunque no dependiera de él acordar directamente la expulsión, suspender o revocar la orden, sí tenía una actuación directa y discrecional en la detención y en el cumplimiento de las órdenes para notificar las resoluciones acordadas por la Delegación del Gobierno o investigar lo que se acordara para comprobar los datos de los expedientes ya iniciados.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 446

Hubo delito de prevaricación de un magistrado que en una apelación de un proceso de ejecución del artículo 131 LH dicta diversas resoluciones injustas para favorecer a un amigo suyo. Doctrina general del delito de prevaricación judicial aplicable al caso.

Primero. Planteamiento. La sentencia recurrida condenó al Ilmo. Sr. D. J.P.S., magistrado jubilado, que había sido hasta 1998 presidente de la Sección Decimo-

cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona dedicada en exclusiva al trámite de asuntos civiles, como autor de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3.º CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de 20 meses de multa con una cuota diaria de 50 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 15 años, absolviéndole del delito de tráfico de influencias por el que le había también acusado el Ministerio Fiscal.

Era amigo de un señor que atravesaba dificultades económicas e hipotecó una finca de su propiedad en garantía de una deuda de 200 millones de pesetas con emisión de 200 títulos al portador de 1 millón de pesetas cada uno, todo ello con todos los requisitos legalmente exigidos: otorgamiento de escritura pública, inscripción en el Registro de la Propiedad y comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Se hizo constar en dicha escritura que esos 200 millones de pesetas los había recibido el hipotecante de un determinado señor que podría transferirlos a terceros según su naturaleza de títulos al portador. Y unos diez meses después se hace una nueva escritura pública de rectificación de la anterior, pero que no se inscribe en el Registro de la Propiedad, en el que se hace constar que el suscriptor de esos 200 títulos nada había pagado de su valor, quedando en la posesión de los mismos dicho suscriptor en calidad de fiduciario para irlos colocando en el mercado debiendo entregar al hipotecante las cantidades que en tal concepto fuera percibiendo.

Esto ocurrió entre los años 1993 y 1994.

En marzo de 1995 se inicia proceso penal por querrela del citado hipotecante contra su fiduciario y otras personas por delitos de apropiación indebida y en tal querrela se solicita, como medida cautelar urgente, el secuestro judicial de los citados 200 títulos al portador a fin de evitar su posible transmisión a terceros de buena fe. Se acordó la citada medida cautelar y se ofició a la policía judicial para llevar a efecto el mencionado secuestro que, al parecer, nunca se realizó.

En octubre del mismo año de 1995 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Esplugues de Llobregat se acuerda admitir a trámite procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a instancia de cinco personas que alegaban ser legítimos tenedores de un total de 65 de tales 200 títulos al portador, 58 de uno de ellos y los demás repartidos entre los otros cuatro.

Unos meses después, febrero de 1996, se suspende este procedimiento de ejecución civil hasta la resolución de la mencionada causa penal, suspensión que fue recurrida y dejada sin efecto en septiembre del mismo año por considerar que, conforme al artículo 132 LH, por causa criminal sólo cabe suspender el trámite de ejecución hipotecaria cuando lo perseguido fuera un delito de falsedad del título hipotecario.

Esta resolución la dictó quien actuaba como juez sustituta en el mencionado juzgado de Esplugues de Llobregat, la cual recibió una visita de D. J.P., que se presentó como presidente de una sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, se interesó en favor de su amigo, el mencionado hipotecante, y al final hizo unos comentarios sobre la precariedad e inestabilidad en el empleo de los jueces sustitutos, lo que intranquilizó a dicha juez.

Antes, en 1995, dicho magistrado había visitado, también para interceder por su amigo, al titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona que tramitaba la mencionada causa penal en la que tal amigo actuaba como querellante y, sin embargo, había sido citado a declarar en calidad de imputado.

Precisamente correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la que presidía D. J.P., conocer de varias apelaciones planteadas contra diferentes resoluciones dictadas por el citado juzgado de Esplugues de Llobregat en el procedimiento del artículo 131 LH al que nos estamos refiriendo. Y fue en el trámite

de una de tales apelaciones, la n.º 772 de 1997, en la que actuaba como ponente el magistrado ahora recurrente, donde se dictaron las diversas resoluciones injustas por las que este señor viene ahora condenado como autor de un delito continuado de prevaricación.

La más importante de tales resoluciones fue el auto de 17 de febrero de 1998, en el cual se dejó sin efecto lo actuado en el citado procedimiento del artículo 131 LH, que se declaró nulo en su totalidad tras haber entrado a examinar las causas de adquisición de los títulos al portador garantizados con la hipoteca.

Dicho condenado, D. J.P.S., recurre ahora en casación por cinco motivos que hay que desestimar.

Segundo. 1. En el motivo 1.º, por la vía procesal del n.º 1.º del artículo 849 LECrim se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 446 CP, que en su n.º 3.º sanciona con las penas de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 10 a 20 años al juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta que no sea de las previstas en los números 1.º y 2.º del mismo artículo.

Se refiere este motivo 1.º concretamente al citado auto de 17.2.1998 que, como acabamos de decir, aparece en la sentencia recurrida, y también en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y del querellante, como la principal de todas las resoluciones injustas dictadas por el mencionado presidente de sección en calidad de ponente.

2. Dos son los elementos del delito definido en esta norma del artículo 446.3.º CP:

1.º Un elemento objetivo, consistente en que la autoridad que desempeña el poder judicial en el ejercicio de las funciones propias de su cargo dicte una «resolución injusta».

El término «injusto» o «injusta» que aparece repetido en distintos tipos del delito de prevaricación, referido tanto a resoluciones judiciales como a las administrativas, aparece cualificado con el adverbio «manifiestamente» cuando se define la prevaricación judicial en su modalidad culposa (art. 447 CP), como si el legislador en estos delitos hubiera querido exigir un menor grado de injusticia para las infracciones dolosas. Pero es lo cierto que tanto en unas como en otras este elemento objetivo se viene requiriendo por la jurisprudencia de esta sala, ya de antiguo (Sentencias de 14 de febrero de 1891 y 21 de enero de 1911), de modo extremadamente riguroso, pues sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase (judicial o administrativa) o su modalidad de comisión (dolosa o culposa), cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, cuando es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba. Y así esta sala viene con frecuencia utilizando los términos de «patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico», «tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera», y otros semejantes, que ponen de relieve que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, que tiene sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos otros de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de «intervención mínima». (Sentencias de esta Sala de

20 de abril, 10 de julio, 14 de julio, 6 de octubre, y 14 de noviembre, todas de 1995, entre otras muchas).

En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que, en uno u otro grado, son discutibles en derecho.

2.º Un elemento subjetivo, exigido con la expresión «a sabiendas», que asimismo se repite en los diversos delitos de prevaricación dolosa, que no es otra cosa que la inclusión expresa en los correspondientes tipos penales del dolo como requisito necesario en toda clase de delitos dolosos y que aquí se incluye en las respectivas definiciones legales para poner de manifiesto la necesidad de que la autoridad o funcionario autor de estas infracciones ha de actuar con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. En estos casos, el dolo, en su aspecto de conocimiento relativo a los elementos objetivos del tipo, aparece expresamente exigido en la norma penal.

Luego el artículo 446 nos dice las tres modalidades de este delito, más o menos grave según la clase de resolución de que se trate.

3. En el caso presente, concurrieron los dos requisitos referidos, con relación al n.º 3.º del citado artículo 446, ya que las diferentes resoluciones que la sentencia recurrida considerada objeto del delito de prevaricación, integradas todas en un solo delito continuado, fueron dictadas en el seno de un procedimiento civil.

Limitándonos ahora al auto de 17.2.98, objeto de este motivo 1.º, veamos cómo están presentes en esta resolución esos dos elementos:

A) Concurre ese primer elemento objetivo consistente en una resolución injusta que lo es de modo claro y evidente por ser a todas luces contraria a derecho.

Y para razonar al respecto hemos de referirnos al llamado procedimiento judicial sumario, introducido por la Ley Hipotecaria de 1909, regulado en sus arts. 129 a 135 de la LH y 225 y ss. de su reglamento, que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos delictivos aquí examinados, 1997 y 1998, y que han sido sustituidos –por lo dispuesto en la disposición final 9.ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, que ha modificado diversos artículos de la Ley Hipotecaria– por la regulación de la llamada ejecución dineraria de los arts. 571 y ss. con las especialidades de los arts. 681 y ss., todos de dicha nueva LEC, a los que remite el actual artículo 129 LH.

Conforme a dicha legislación ya derogada, que estaba en vigor cuando se produjeron los hechos constitutivos del delito continuado de prevaricación que estamos examinando, este llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH no es un proceso de cognición, en el que hay una fase de alegaciones y otra de prueba que termina con una sentencia que es la que constituye el correspondiente título ejecutivo, sino un verdadero y propio proceso de ejecución, en el que no existen esas fases de alegaciones, prueba y sentencia, sino sólo una demanda, acompañada del título a ejecutar, que tiene precisamente esa singular eficacia ejecutiva porque el legislador ha querido dotar a determinados documentos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución (arts. 1429 y ss. de la ya derogada LEC), de la posibilidad de entrar directamente en la vía de apremio sin necesitar para ello de un previo proceso de cognición. Repetimos: ese procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH es un simple proceso de ejecución, un procedimiento que sirve para transformar la finca hipotecada en dinero, que sólo tiene un trámite que podemos considerar de cognición: el examen que el juez ha de hacer de la demanda de ejecución y los documentos acompañados, de modo que, si se cumplen los requisitos exigidos al efecto, el órgano judicial habrá de admitir la demanda y mandará sustanciar este pro-

cedimiento que consiste en pasar directamente al trámite de la subasta del bien inmueble hipotecado.

Esta es la verdadera naturaleza de este procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, que no se suspenderá nada más que por las causas taxativamente determinadas en el artículo 132, de modo que todas las demás reclamaciones habrán de sustanciarse mediante el juicio declarativo que corresponda. Se pueden promover todos los incidentes que la legislación permita, pero todos han de tramitarse, no en el seno del propio proceso ejecutivo del artículo 131 LH, sino a través de ese otro juicio declarativo ordinario. Y el incidente específico de nulidad de actos judiciales, ahora regulado en los arts. 238 y ss. LOPJ, sólo podrá tener como contenido aquellas causas de nulidad, todas de orden procesal, a las que estas normas concretas se refieren. Al socaire de estos artículos de la LOPJ no cabe decidir nulidades por razones sustantivas referidas al negocio jurídico que sirvió para adquirir aquellos títulos objeto de ejecución en ese especial procedimiento hipotecario.

Pues bien, esta naturaleza del procedimiento del artículo 131 LH, en la que es unánime la doctrina procesalista y también la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocida por el propio auto de 17.2.98, objeto de este motivo 1.º (página 18 de la sentencia recurrida), es ignorada a lo largo de toda esa resolución prevaricadora que, para argumentar su declaración de nulidad del procedimiento tramitado por el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Esplugues de Llobregat, hace constantes referencias a la forma en que fueron adquiridos los títulos que se pretendía ejecutar, algo totalmente ajeno a la esencia de este procedimiento judicial sumario. Para comprobarlo basta examinar el fundamento de derecho 6.º de la misma resolución, en el que, a título de resumen de lo expuesto en los razonamientos anteriores, se adoptan unas conclusiones (págs. 23 y 24 de la sentencia recurrida, folio 486 del tomo 2 de las presentes diligencias previas) en las que se afirma la falta de legitimación activa de los ejecutantes por no ser terceros hipotecarios del artículo 34 LH al faltarles la buena fe en la adquisición y no haber existido contraprestación onerosa.

Es evidente, y esto lo sabe cualquier jurista que haya estado en contacto con estos procedimientos de la Ley Hipotecaria, que en ellos no cabe acudir a esos negocios, causa de los títulos que se ejecutan, para negar la procedencia de esta clase especial de proceso de ejecución. Ciertamente la declaración de nulidad total acordada en este auto de 17.2.98 respecto de ese procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH constituye una vulneración legal y ello de modo manifiesto, tanto que es indefendible cualquiera que sea el punto de vista que pudiera adoptarse para la interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso. Lo que el órgano judicial puede examinar en estos procedimientos, para admitir o rechazar su tramitación, son únicamente los propios títulos de crédito tal y como aparecen en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad y tal y como los poseen los ejecutantes, habida cuenta de que se trata de una hipoteca en garantía de títulos al portador (arts. 154 y 155 LH). Las cuestiones relativas a la causa de adquisición de los títulos quedan reservadas para el juicio declarativo ordinario.

Así pues, no hay duda de que concurre ese elemento objetivo necesario para el delito de prevaricación: el auto de 17.2.98 fue una resolución singularmente injusta y ello de modo evidente.

B) Asimismo concurre el elemento subjetivo recogido en la definición legal del artículo 446 CP con la expresión «a sabiendas».

Acabamos de decir que cualquier jurista que haya estado en contacto con este procedimiento del artículo 131 LH tiene que conocer ese límite inherente a la esencia de esta clase de proceso: que no cabe rechazar su tramitación por causas referidas al negocio causal por el que se adquirió el correspondiente título cuya ejecución se pre-

tende. Con más razón esto es aplicable a quien, magistrado de carrera y ya a las vísperas de su jubilación, es el presidente de una de las secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona encargadas de conocer de los asuntos civiles. Ciertamente no podemos tener duda alguna de que cuando D. J.P.S. redactó y firmó como ponente este auto de 17.2.98 lo hizo conociendo la ilegalidad de su contenido.

A tal efecto conviene poner aquí de relieve tres datos que aparecen en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, recordando ahora que estos hechos probados han de respetarse al haberse formulado este motivo 1.º de casación con fundamento en el artículo 849.1.º LECrim (art. 884.3.º de la misma ley procesal).

Tales tres datos son los siguientes:

1.º La amistad no superficial existente entre este magistrado y la persona a la que favorecía esa resolución prevaricadora, que, aunque negada por el Sr. P., apareció acreditada. Véanse las páginas 5, 32 y 33 de la sentencia recurrida.

2.º La visita que este magistrado hizo al titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona, donde se tramitaba la querrela interpuesta por este amigo del Sr. P., ante la circunstancia de que éste, el querellante, había sido citado a declarar en calidad de imputado (págs. 8 y 33 de la sentencia recurrida).

3.º Otra visita semejante, también para interesarse por su amigo, que realizó el mismo magistrado Sr. P. a la juez sustituta del Juzgado n.º 2 de Esplugues de Llobregat, en que se tramitaba el procedimiento civil del artículo 131 LH (págs. 9 y 33 de la sentencia recurrida).

Como bien dice el Ministerio Fiscal, D. J.P. tenía que haberse abstenido de conocer de este asunto en razón a la mencionada amistad, cumpliendo así el deber impuesto en el artículo 217 en relación con el n.º 8.º del 219 (ahora 219.9.º, tras la reciente modificación por LO 19/2003), ambos de la LOPJ.

Fue correctamente aplicado al caso el artículo 446.3.º CP, con relación a este auto de 19.2.98.

Hay que desestimar este motivo 1.º

(Sentencia de 28 de junio de 2004)

ARTÍCULO 526

Incendiar el vehículo con el cadáver de la persona a la que horas antes le había causado la muerte: concurso real de delitos entre homicidio y delito contra el respeto de los difuntos sin que el injusto de aquél subsuma éste.

Primero. La sentencia recurrida condenó a los jóvenes Luis Pablo, Cornelio y Juan Alberto, que a la sazón tenían 23, 20 y 19 años, como coautores de los delitos de homicidio, robo con violencia en las personas, conspiración para el tráfico de drogas, profanación de cadáveres y daños.

Para las últimas horas del día 4 de agosto de 1999 o primeras del siguiente quedaron citados con Donato los tres referidos en un descampado próximo al cementerio nuevo de la villa coruñesa de Cee.

Los dos primeros, Luis Pablo y Cornelio, vendían cocaína que les suministraba este último (Donato). La cita era para que éste les proporcionara una cantidad importante de tal clase de droga, para que aquellos la vendieran en Vitoria donde residían o

estaban tratando de buscar trabajo; pero aquellos, quejosos contra éste por haberse aprovechado de tales dos y por haberles llevado a esta clase de actividad delictiva, acordaron apoderarse de la cocaína sin pagar su importe y además matarle, para lo cual fueron a dicho lugar en el coche que conducía Juan Alberto quien conocía tales planes de sus dos compañeros y se prestó a ayudarles.

A tal lugar llegaron primero los tres referidos y luego lo hizo Donato en otro vehículo. Discutieron porque les traía menos cocaína de la acordada –tres gramos únicamente–, atacaron a Donato los otros tres a golpes y patadas, desarmaron a dicho Donato de un cuchillo de cocina con el que quiso defenderse, hasta que Luis Pablo, mientras Cornelio le sujetaba, le dio dos puñaladas en el pecho con el arma blanca que llevaba, una de las cuales le alcanzó el corazón muriendo Donato en un corto espacio de tiempo.

Después los tres acusados se fueron al pueblo de Cee donde estuvieron en un bar y allí advirtieron a unos conocidos que no dijeran que los habían visto.

Finalmente, para borrar los vestigios de su acción, regresaron todos al lugar donde había quedado el cuerpo de Donato, lo arrastraron hasta introducirlo en el coche en el que éste había llegado allí, y lo prendieron fuego con sus mecheros quedando el coche destruido y el cuerpo carbonizado.

Luis Pablo no recurrió y Cornelio y Juan Alberto lo hacen ahora en casación, el primero por ocho motivos y el segundo por seis.

[...]

Décimo. 1. Sólo nos queda por examinar el motivo 8.º del recurso de Cornelio y el de similar contenido formulado por Juan Alberto con el núm. 6.º, en los cuales, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 526 CP.

Los dos recurrentes nos dicen que tal delito no existió en el caso presente, pues estuvo ausente el elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, exigido en tal artículo 526.

Por ello –se dice en los escritos de estos recursos– a lo sumo debiera haberse condenado sólo por el delito de homicidio en el que habría quedado absorbida la ilicitud propia de la incineración del cadáver de Donato.

Dado que estos dos motivos se encuentran acogidos al núm. 1.º del artículo 849 LECrim, para solucionar el problema de calificación jurídica que aquí se plantea hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3.º de tal Ley procesal).

2. Tal artículo 526 CP 95, coincidente en este punto con el artículo 340 CP 73, en lo que aquí nos interesa aparece redactado en los términos siguientes: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, (...) profanare un cadáver (...) será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

Dos son los elementos de tal delito según el propio texto que acabamos de transcribir:

1.º Ha de existir un acto de profanación de cadáver, como lo fue sin duda el hecho de incendiar el coche por parte de los tres procesados con el cuerpo muerto de Donato que antes habían arrastrado para introducirlo dentro de tal vehículo, quedando calcinados el coche y el cadáver. Tal aparece afirmado en los hechos que nos narra la sentencia de instancia y sobre este extremo nada se ha cuestionado.

2.º Tal acto de profanación de cadáveres ha de hacerse «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». A propósito de este elemento del delito es donde se plantean los problemas en estos dos motivos.

Conviene partir para solucionarlos de la redacción objetiva que con referencia a esta clase de delito nos ofrece el texto del artículo 526, a diferencia de lo que en este mismo artículo, en su apartado final se hace con relación a otra figura delictiva, donde expresamente se utiliza una redacción claramente subjetiva: a propósito del delito de daños en las urnas funerarias, panteones, etc., se exige «ánimo de ultraje».

Como consecuencia de esa redacción objetiva la mayor parte de la doctrina viene entendiendo que ha de excluirse que, en el tipo de delito que estamos examinando, se exija un elemento subjetivo del injusto a agregar al dolo que ha de existir en toda clase de delitos dolosos.

Esta sala entiende que esta falta de respeto es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Decir simplemente como definición de delito «el que (...) profanare un cadáver o sus cenizas» podría permitir que actos de importancia menor quedaran sancionados como delito máxime cuando ha desaparecido la falta del anterior artículo 577. Estos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la citada falta del artículo 577. Reconocemos que es difícil determinar el alcance y los propósitos del legislador para dar un contenido concreto a este elemento del delito. Pero estimamos que no hay razón alguna para que haya de tener ese alcance de elemento subjetivo del tipo a agregar al dolo siempre necesario.

Hay que considerar que, como elemento subjetivo, sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». Nada se dice al redactar este texto de «ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de», «con el conocimiento de», etc. que es como generalmente en nuestro CP se viene configurando este específico elemento subjetivo del injusto.

3. Y aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa hay que entender que aquí concurrieron esos dos elementos objetivos (profanación más falta de respeto) y que los tres autores del hecho del incendio del coche con el cadáver dentro en ese momento sabían que estaban profanando un cadáver y que con ese acto concreto de profanación también estaban faltando al respeto debido a la memoria de los muertos. Y ello aunque la finalidad última en las intenciones de cada uno de los tres autores del hecho fuera la de hacer desaparecer las huellas del homicidio que en aquella otra ocasión anterior habían cometido en esa misma madrugada del 5 de agosto de 1999. Tal intención última impidió la concurrencia del llamado dolo directo de primer grado, pero no que estuviera presente el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

4. Y en cuanto a la pretendida absorción en el previo delito de homicidio por la mencionada finalidad última, hemos de decir que nos encontramos ante un caso más en que hay que resolver la cuestión de si nos hallamos en un concurso de normas o de delitos. Problema difícil de solucionar, como ya hemos dicho en otras ocasiones, al que ha de aplicarse un criterio tan impreciso como es el de la valoración de la ilicitud del hecho: si la total ilicitud del comportamiento a examinar queda abarcada con una sola de las sanciones previstas por el legislador para uno de los tipos de delito en juego, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por alguna de las reglas del actual artículo 8 CP, en este caso la de su núm. 3.º; pero si es necesario

aplicar todas las sanciones previstas en los diferentes artículos del Código Penal para abarcar esa total antijuridicidad, entonces nos hallamos ante un concurso de delitos, real, ideal o medial, según las circunstancias del caso.

Entendemos que nos encontramos aquí ante un concurso de delitos, y para comprenderlo así basta con poner de manifiesto lo que nos dice la sentencia recurrida en el apartado C) de su fundamento de derecho décimo.

Con este texto la Audiencia Provincial está exponiendo con otras palabras este criterio que acabamos de explicar: no basta condenar sólo por el homicidio, pues si así lo hiciéramos quedaría impune una acción que la Ley prevé como delictiva. Es claro que los delitos de homicidio, asesinato, aborto, etc. pueden cometerse sin necesidad de realizar algo tan despreciativo con el cadáver de un ser humano, como lo que hicieron en el caso presente los tres homicidas. Habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del artículo 8.3.º CP), pero no en éste, por las circunstancias que lo rodearon: entre otras relativas a lo deleznable del hecho (incendio con resultado de carbonización), el dato de que transcurrió un tiempo desde el homicidio hasta el incendio del coche con el cadáver de la víctima, varias horas al parecer, revelador de que el propósito de cometer el nuevo delito apareció con posterioridad a la consumación del anterior, un elemento más a considerar para que tengamos que apreciar la independencia de ambas acciones criminales.

Por otro lado, esa diferencia temporal impide que pudiera apreciarse la existencia de un concurso ideal. No hay un solo hecho constitutivo de dos infracciones (art. 77 CP), sino dos hechos diferentes. Tampoco cabe hablar de un delito medio necesario para cometer otro (inciso 2.º del mismo art. 77.1), pues la relación entre ambos es la de ocultación, que es la que habría determinado la concurrencia de un delito de encubrimiento –absorbido por lo dispuesto en el citado art. 8.3.º CP– del artículo 451.2.º si hubiera de aplicarse el referido concurso de normas. Los hechos presentes exceden del mero encubrimiento del citado artículo 451.2.º por tratarse de un hecho delictivo con tipificación independiente por referirse a un bien jurídico diferente del protegido en el delito de homicidio: el respeto debido a la memoria de los muertos, distinto del que se encarna en el relativo a la vida de una persona.

En conclusión, nos hallamos claramente ante acciones diferentes que constituyen un delito de homicidio y otro de profanación de cadáveres.

Fue bien aplicado al caso el artículo 526 CP.

(Sentencia de 20 de enero de 2004)

ARTÍCULO 564

El arma subfusil semiautomático, CETME, es plenamente encajable en el artículo 564.1.2.º del CP, en relación con el artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, por lo que es arma de fuego larga y no arma de guerra si su posibilidad de hacer fuego automático o ametrallador se encontraba anulada. Animus posidendi.

Segundo. Se formula el motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 138 CP, en relación con los arts. 16.1 y 62 CP y 564.1.º y 2.º del mismo texto legal.

[...]

En cuanto al delito de tenencia ilícita de armas no cabe duda que la posesión y empleo de un subfusil semiautomático (su posibilidad de hacer fuego automático o ametrallador, se encontraba anulada) CETME, calibre 9 mm. Parabellum, es plenamente encajable en el artículo 564.1,2.º del CP, en relación con artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/93 de 29 de enero, en cuanto que es arma de fuego larga (y no arma de guerra, dada la supresión de sus facultades de hacer fuego automático) y que se carecía de licencia o permiso necesario para ello.

Esta Sala ciertamente se ha pronunciado sobre la tenencia eventual de armas de fuego y en concreto sobre el *animus possidendi*. Así, la Sentencia de 14 de junio de 1991, recordada por la de 14 de mayo de 2003, declara que la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma, de suerte que la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas, es elemento normativo afectante más bien a la antijuricidad; exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el *animus possidendi*, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma.

Pues bien, aplicados los anteriores conceptos al caso, con respecto a la tenencia del subfusil, resulta también el elemento subjetivo o *animus possidendi* propio, que de ningún modo aparece descartado por el relato fáctico, que destaca su empleo para hacer fuego con él; habiendo constatado, por otra parte, la prueba practicada, a través de las declaraciones del testigo Rafael que vio dos veces el arma en la casa, incluso al día siguiente de los hechos, antes de llevar a a Julio al hospital.

Séptimo. El primero de los motivos invocados se ampara en infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 138 CP, en relación con los arts. 16.1 y 62 CP y 564.1.º y 2.º del mismo texto legal, y del artículo 564.1.º y 2.º CP.

En cuanto al delito de tenencia ilícita de armas es incontestable que el subfusil es un arma de fuego cuya posesión es encajable en el artículo 564.1,2.º del CP, en relación con artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/93 de 29 de enero, en cuanto que es arma de fuego larga (y no arma de guerra, dada la supresión de sus facultades de hacer fuego automático) y que tanto la recurrente como sus compañeros carecían de licencia o permiso necesario para ello.

La recurrente pone su énfasis en que no dispuso de arma alguna; que cogió el subfusil a sabiendas de que estaba descargado y por ello tal instrumento no puede reputarse como arma a los efectos jurídico penales.

Sin embargo, la objeción no puede ser atendida, tanto porque el mismo *factum* rechaza la pretendida ignorancia de aquella respecto de su descarga, al decir que la acusada, sin que conste que tuviese conocimiento de si el arma se hallaba cargada o no, cogió el subfusil y, con intención de causar la muerte a Julio, accionó el disparador sin que hubiese detonación, como porque la doctrina de esta Sala ha precisado (SSTS 10 de abril de 1986, 6 de marzo de 1992, 29 de mayo de 1993) que para estimar inútil un arma ha de estar en tal forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en

condiciones de efectuarlo. Y que la aptitud para el disparo se debe apreciar en forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma.

En el caso es evidente, pues, que aunque en el momento de intentar la acusada su disparo, el subfusil no llevara colocado el cargador con que ser alimentado de munición, por ello no queda privado de su condición de arma a los efectos jurídico-penales.

(Sentencia de 4 de junio de 2004).