

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 11

*Autor: Comisión por omisión: requisitos. Existencia: el ligero retraso mental y trastorno de personalidad de la acusada, madre de la menor, no impedía que aquélla pudiera evitar las graves lesiones y maltratos que su compañero sentimental causaba a la niña.*

Cuarto.—El segundo motivo se formula al amparo del artículo 849.1.º de enero de LECrim, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto por aplicación indebida del artículo 11 del CP, que regula la figura de la comisión por omisión, así como por inaplicación del artículo 450 del CP que tipifica el delito por omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución.

En apoyo de esta censura se alega que el artículo 11 del CP aplicado por la Sala sentenciadora, lo es desde la adjudicación a la acusada de una posición garante respecto de la menor, y ciertamente, desde el estricto punto de vista legal, tal posición no la ostenta la madre acusada, toda vez que es la Junta de Extremadura a través de sus Centros de Menores —en este caso el de Valcorchero— quien la tiene reconocida y asumida legalmente. Subraya el motivo que, como viene reconociendo la doctrina científica, debe concurrir una específica obligación legal o contractual de actuar como garante, y dicha posición tiene carácter taxativo de forma que el tenor literal del precepto no admite otras posibles fuentes que generen formal o materialmente posiciones específicas de garantía, con el fin de establecer el juicio de equivalencia entre la conducta omisiva y la causación del resultado.

Añade el recurrente que de la comisión por omisión quedan excluidas las obligaciones de naturaleza moral, de suerte que el artículo 11 CP requiere para su aplicación la verificación de una posición de garante con específicos deberes de actuar establecidos por el Ordenamiento Jurídico, situación que no asume la acusada a quien únicamente se le exige una obligación «general y natural que como madre biológica le atañe cuando recibe en su domicilio a la menor, y del incumplimiento de sus deberes respecto de la pequeña que se le confía, no puede derivarse otra responsabilidad que la de castigar su inactividad —omisión propia— en los términos prevenidos en el artículo 450 del CP, pero nunca basando dicha inactividad en una posición de garante de la que se le ha privado por conducto reglamentario».

Para la resolución de este reproche casacional debemos señalar, en primer lugar, que, efectivamente, el *factum* de la sentencia recurrida nos dice que la víctima (y otros dos hermanos menores) «se encontraban tutelados por la Junta de Extremadura e internados en el Centro de Menores de Valcorchero de Plasencia por Resolución de 2 de febrero de 2000». Este dato fáctico se corresponde con el contenido de la citada disposición administrativa que, constatando la situación de desamparo de los menores en el domicilio familiar, y con invocación de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, resuelve «asumir la Tutela Administrativa» de la víctima y sus hermanos.

Esta resolución tiene sustancial incidencia en el artículo 154 CC, que impone a los padres el deber de cuidar y velar por los hijos menores derivado de la patria potestad de aquéllos, patria potestad que es la fuente legal de dichas obligaciones y que atribuye a los padres la cualidad de garantes de la seguridad de sus hijos. Ahora bien, lo cierto es que la citada LO de Protección Jurídica del Menor, modificó, entre otros muchos, el artículo 172 CC, que establece que «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal». Y seguidamente establece que «la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria».

A la luz de estos preceptos, una primera aproximación al problema permitiría considerar que la acusada no ejercía los derechos y deberes propios de la patria potestad cuando se ejecutaron los hechos, en tanto que esa fuente de obligaciones de cuidado y vigilancia de los hijos se encontraba en suspenso por disposición legal mientras éstos se encontraban tutelados, de hecho y de derecho, por las Instituciones Públicas competentes.

Pero esto no significa que la acusada se hubiera eximido de su condición de garante al menos en aquellos períodos de tiempo en que los menores vivían en el domicilio de aquella, saliendo transitoriamente de la esfera de protección que les brindaba la Junta de Andalucía como tutor legal, para ingresar en el marco de protección y cuidado a que estaba obligada la acusada durante el tiempo de convivencia de sus hijos menores en su domicilio, puesto que en tales circunstancias, la suspensión de la patria potestad, de que en ningún caso se había privado a la acusada, sino que solamente se había interrumpido, volvía a recaer sobre la madre de la menor en aquellos períodos de tiempo en los que la tutela pública de guarda y custodia no podía ser efectivamente ejercida, y en esos supuestos de vacaciones o visitas temporales quedaba alzada la suspensión de la patria potestad de la madre, que ésta recobraba con todos los deberes inherentes a la misma.

Por otra parte, y como complemento de lo expuesto, debemos subrayar que la Ley no hace nacer derechos y obligaciones sólo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho. La no infrecuente referencia legal a consecuencias jurídicas derivadas de una relación de afectividad análoga a la conyugal es buena prueba de ello e igualmente lo es —con especial importancia para la resolución de la cuestión que nos ha sido sometida— la mención de la guarda de hecho que encontramos en los artículos 303, 304 y 306 CC y en los artículos 153 y 192 CP. Concretamente, el artículo 303 CC autoriza a la Autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a «requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». El hecho de que el Juez pueda requerir al

guardador de hecho a que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus efectos, formalidad ni mandato expreso alguno.

En el caso presente, aunque a efectos dialécticos se entendiera que la patria potestad de la menor maltratada salvajemente no era ejercida por la acusada, según lo expuesto, al ingresar aquella temporalmente en un núcleo familiar integrado por su propia madre y el compañero sentimental de ésta, la acusada debía asumir inevitablemente la guarda de hecho y los deberes propios de cuidado y protección de ella derivados en aquellos períodos temporales en que –aparte del acusado– era la única persona que podía velar por la menor. Reiterando el criterio mantenido en un supuesto muy similar, examinado en la STS de 9 de octubre de 2000, hay que afirmar enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la hija menor, a la que la recurrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de las criminales agresiones y maltratos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la autoría en los términos del artículo 11 CP para la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 de marzo de 2005.)

## ARTÍCULO 14

*Error: diferencias entre error de tipo y de prohibición; De prohibición: distinción entre error directo e indirecto. Homicidio: Error: de prohibición: invencible: inapreciable: policía que persigue a sospechoso, habiéndosele informado equivocadamente de que portaba un arma de fuego: el agente efectuó 17 disparos, sin respuesta alguna, realizando los que mayor gravedad tuvieron a muy escasa distancia: error vencible.*

La clásica distinción entre error de hecho y de derecho, y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el artículo 14 del Código Penal vigente, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, bien porque yerra sobre la prohibición contenida en la norma, error de prohibición directo, bien porque su error recae sobre los presupuestos de una causa de justificación, como la creencia errónea sobre la existencia de una agresión ilegítima, error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, directo o indirecto, la norma penal del artículo 14.3 del Código prevé la misma solución, la exclusión de la responsabilidad penal, si el error es invencible, o la disminución de la consecuencia penal en uno o dos grados, si el error es vencible. La jurisprudencia ha destacado la necesidad

de la acreditación del error y también que ha de atenderse para su valoración a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, esto es a las circunstancias culturales, psicológicas, etc., de quien pretenda alegar el error.

En los términos de la STS de 28 de mayo de 2003, «la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación».

Esta misma sentencia aborda el núcleo de la discusión de este recurso, sobre la valoración de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, afirmando que ésta ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

También ha de ponderarse que el margen de error es distinto cuando la situación fáctica a valorar parte de una agresión real, aunque dimensionada de forma errónea, que cuando la agresión es irreal, pues, en este caso, «el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo».

Con las anteriores premisas abordamos la función casacional que nos corresponde, en este supuesto valorar la corrección de la declaración del tribunal de instancia sobre la vencibilidad del error existente. El tribunal ha tenido en cuenta la profesión del acusado, policía en una función propia de su actuación profesional. Realiza diecisiete disparos, de ellos varios al aire, sin que a esa utilización de un medio coactivo, como lo es el arma de fuego, y de sonoridad manifiesta se siguieran respuestas por parte del perseguido con el arma que creía que llevaba. Esa ausencia de respuesta a los disparos realizados debió vencer la situación de error sobre la llevanza de un arma de fuego por parte de la persona a la que perseguía. Añadimos, para comprobar la lógica de la decisión del tribunal, el análisis de la pericial que relata la realización de los disparos a escasa distancia, 150 cm y 50 cm, respectivamente, lo que permite comprobar las circunstancias concurrentes en el momento de los disparos, de lo que no hacemos otra valoración jurídica que pudiera ser lesiva para el recurrente pero que, en todo caso, anula la pretensión de invencibilidad del error que se postula en el recurso.

De la anterior exposición se deduce, con arreglo a las Leyes de la lógica, que el acusado pudo haber vencido el error sobre la concurrencia de una situación de agresión ilegítima que legitimara su conducta de disparar a matar al perseguido, pues al tiempo de la realización de los disparos las circunstancias concurrentes podían haber disipado la situación de error que padecía.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 19 de mayo de 2005.)

### ARTÍCULO 21.3

*Arrebato u obcecación: inaplicable; el que una joven de etnia gitana abandone el domicilio familiar marchándose con el novio no produce un estímulo relevante que altere psíquicamente a sus familiares que causan la muerte a terceros.*

Primero.—Dos motivos articulan los acusados, ambos por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim. En el primero de ellos estiman inaplicable el artículo 21.3 CP cuando debió serlo al concurrir los presupuestos de la atenuante de estado pasional.

1. La situación que refieren los recurrentes y que consideran generadora de esa intensa exaltación de ánimos, es el abandono del domicilio familiar de una de sus hermanas para marcharse con el novio, sin haber prestado el consentimiento su padre.

La sentencia, en el fundamento jurídico quinto, estima no probado que la situación provocada tuviera caracteres de dramática, ya que la joven superaba con holgura la mayoría de edad y era plenamente libre para actuar de ese modo, conforme a nuestras Leyes.

En el motivo se viene a sostener que lo que es usual en cualquier familia no lo es en una de etnia gitana, con unas costumbres y normas de conducta que, a su juicio, fueron claramente vulneradas, como lo demuestra el hecho de haberse reunido miembros de una y otra familia, así como mediadores, para tratar de regularizar la situación de la joven, a pesar de su mayoría de edad.

Cuando se precipitó el final de la reunión alegan que quedó evidenciada una situación desafiante y provocadora por parte de las víctimas y sus familiares, al tratar de que la muchacha saliera de casa del padre en contra de la voluntad de los miembros de su familia.

2. Son varias las razones que no permiten acoger el motivo.

En primer lugar, aun respetando las costumbres entre familias de etnia gitana, no cabe pasar por alto que unos y otros se hallan inmersos en una sociedad y ambiente social que admite tales situaciones como normales. No puede contemplarse el hecho como un atentado a las Leyes o normas jurídicas elementales en una sociedad democrática y libre. El artículo 14 de la Constitución no permitiría dar un trato discriminatorio y justificar legalmente determinadas actitudes o situaciones, a pesar de que puedan encontrar cierto arraigo en costumbres ancestrales.

Junto a tal razón, existe otra de mayor calado. El cauce por el que se viabiliza el motivo es el de infracción de Ley, que ha de partir del pleno respeto a los hechos probados en toda su integridad, orden y significación y en ellos no se explicita ninguna

situación pasional de entidad suficiente para provocar arrebato, obcecación y otro resultado psíquico semejante, con la consiguiente influencia menguante sobre la inteligencia y voluntad de los autores del hecho, restringiendo de manera sensible su imputabilidad.

3. Por último, no es posible acoger la atenuatoria en casos, como el presente, de reacciones absolutamente discordantes, por exceso evidente, respecto al hecho motivador, privilegiando situaciones coléricas, cuando los estímulos son insuficientes.

En nuestra hipótesis es obvio que los homicidios, en su dinámica comisiva, no estarían presididos por la premeditación, frialdad de ánimo o calculada ejecución. Es patente que existía en la reunión previa al desenlace fatal un ambiente tenso, lo que resulta perfectamente factible entre familias gitanas que no terminan de aceptar una actitud que les desagrada y contraría. Mas, es indudable que determinados tipos delictivos no se caracterizan por realizarse con ánimo sosegado o tranquilo, sino que la acción siempre ha de tener un móvil que, en el momento álgido de la ejecución, provoca un cierto acaloramiento, como signo del disgusto, la contrariedad o la ira a que se ha visto sometido el autor del hecho.

Esas situaciones, y nuestro caso se acomoda ellas, no son capaces de producir una alteración de la conciencia y voluntad de tal entidad que llegue a obnubilar la mente hasta el punto de reducir la capacidad de comprender la ilicitud del acto que se realiza o de controlar o autorregular el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Los hechos probados, que describen el *modus operandi* de los acusados, nos transmiten la inequívoca idea de que los ejecutores del hecho eran plenamente conscientes de lo que hacían, como fruto de su libre y no perturbada voluntad.

El motivo ha de rechazarse.

(Sentencia de 8 de marzo de 2005.)

## ARTÍCULO 28

*Autoría conjunta: concepto: elementos; supuesto de coautoría es la participación adhesiva o sucesiva o coautoría aditiva: requisitos; existencia: actuación de ambos acusados con dominio funcional del hecho y coadyuvando de manera eficaz al fin propuesto, siendo responsables de las lesiones causadas los dos aunque sólo uno de ellos utilizara arma blanca al tener conocimiento en todo momento el que no la portaba del desarrollo de los hechos.*

«El artículo 28 del Código Penal vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia por la doctrina de esta Sala. Preciso es, pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento –objetivo y subjetivo– de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para

que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12 de febrero de 1986, de 24 de marzo de 1986, de 15 de julio de 1988, de 8 de febrero de 1989 y de 4 de octubre de 1994. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS de 3 de julio de 1986 y de 20 de noviembre de 1981, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS. de 10 de febrero de 1992, de 5 de octubre de 1993, de 2 de julio de 1994) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el *dolo compartido*.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS de 21 de diciembre de 1992 y de 28 de noviembre de 1997 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho».

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia TS de 11 de septiembre de 2000, que con cita de la SSTS 14 de diciembre de 1998, señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 del CP 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En este tema la STS 20 de julio de 2001 precisa que la autoría material que describe el artículo 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el Código Penal, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la STS 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTs 29 de marzo de 1993, 24 de marzo de 1998 y 26 de julio de 2000 han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Segundo.—En el caso sometido a nuestro conocimiento del relato fáctico plasmado en la sentencia de instancia podemos constatar:

- Que es Agustín quien inicia la acción agresiva contra el otro grupo de personas arrojando una botella de cerveza que impactó al lado de donde se encontraban Juan Ramón y sus compañeros Eusebio, Ignacio y Adolfo.
- Que es de nuevo Agustín el primero en iniciar el ataque corporal «saltando una pequeña repisa sobre la que había vasos que golpeó con los pies, se abalanzó sobre Juan Ramón a la vez que Juan Ramón cogió asimismo a Rubén, golpeándolo ambos, propinándole varios navajazos».
- Que en la secuencia posterior de los hechos se relata las lesiones que cronológicamente sufrieron los otros dos Ignacio y Eusebio («Eusebio con intención de separarlos agarra de la cintura a Juan Ramón, quien lanza un navajazo contra Ignacio, a



quien desborda yendo en persecución de Eusebio a quien apuñaló; acto seguido se le incorpora Agustín, que propina varios golpes o cuchilladas a Eusebio, encontrándose éste en posición fetal»), con participación por tanto, en toda la secuencia de hechos de ambos acusados y en todas las agresiones se empleó arma blanca, tal como lo acredita el examen de las lesiones producidas.

– Que la actuación concluye, producido ya el ataque a los tres, con otra actitud agresiva de Agustín con el empleo de otra botella de cerveza que lanza e impacta a Rubén.

Del anterior relato fáctico podemos constatar que hubo una conjunta actuación en la totalidad de la agresión, con activa participación del recurrente.

Por ello puede hablarse de coautor en sentido estricto pues formó parte del plan del autor, intervino en el acuerdo previo y ostentó dominio funcional del hecho, contribuyendo y colaborando a la realización del delito de manera esencial o relevancia, e igualmente está presente el elemento subjetivo o anímico basado en un acuerdo de voluntades tácito y simultáneo a la dinámica conexión e identificado con un doble dolo, integrado por el conocimiento y la voluntad de que otro realiza una acción u omisión delictiva, esto es la conciencia de la ilicitud del acto proyectado y realizado por el autor, y por el conocimiento y la voluntad de que con la propia acción u omisión se está auxiliando de algún modo al autor material en su realización delictiva, *animus adiuuandi* o voluntad de contribuir a la realización del hecho (SSTS 17 de enero de 1991, 12 de julio de 1995, 25 de marzo de 1997, 12 de mayo de 1998). En definitiva, nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el que ambos acusados golpearon a Eusebio y a Rubén. El que puede decirse que las lesiones más graves causadas por arma blanca corresponda a Juan Ramón no puede excusar la responsabilidad de Agustín, el uso del arma, aunque hubiera sido utilizada por sólo uno de los agresores debe tenerse en consideración contra todos los que intervinieron en el hecho porque se trata de un tipo delictivo realizado en coautoría y en tales supuestos basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizado por el otro (STS de 24 de abril de 2000). Por ello, y aun cuando en las lesiones sufridas por Ignacio en el hecho probado se imputan a un navajazo lanzado por Juan Ramón, no debe excluirse la responsabilidad de este hecho del recurrente Agustín. En efecto, éste fue quien inició la agresión contra el grupo de personas entre las que se encontraba aquél, teniendo, en todo momento, una actitud activa, con conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, no pudiéndose romper el título de imputación, aunque en este caso, no realizara acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de la víctima, pues su adhesión expresa al pacto criminal su misma presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su propia actividad agresiva no desatendiéndose de lo que allí ocurría, le convierten en coautor material.

Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (Sentencias TS 9 octubre 1992 y 17 octubre 1995).

(Sentencia de 17 de marzo de 2005.)

## ARTÍCULO 138

*Homicidio: diferencias con: lesiones: homicidio en grado de tentativa: contienen la misma estructura objetiva, distinguiéndose únicamente por el elemento subjetivo de la intencionalidad; «Animus necandi»: existencia: utilización de un cuchillo de 30 cm de hoja, mediante puñalada dirigida al estómago de la víctima que no llegó a alcanzar porque ésta pudo protegerse colocando su brazo izquierdo en cuyo codo se causaron las lesiones, y profiriendo frases que denotaban una clara amenaza de muerte.*

Como tantas veces se ha repetido por la jurisprudencia, el delito de lesiones y el de homicidio en grado de tentativa (antes delito frustrado), contienen la misma estructura objetiva, distinguiéndose únicamente por el elemento subjetivo de la intencionalidad. Como este elemento subjetivo pertenece al propio pensamiento e intimidad de las personas, a no ser que el sujeto activo de la acción lo confiese, ha de ser inferido de la actividad externa realizada, tanto antecedente como concomitante o consiguiente y, sobre todo, de la peligrosidad del arma empleada en la agresión, de los lugares anatómicos en que se produjeron las lesiones y también de las consecuencias más o menos graves que se causaron.

En el supuesto enjuiciado, ciñéndonos a lo descrito en los hechos probados, como es obligado teniendo en cuenta la vía casacional empleada, no nos ofrece duda que el acusado tuvo ánimo de matar a la víctima (dolo específico) o, al menos, de realizar la acción con total desprecio a sus consecuencias y a las posibilidades letales que podría producir con su acción (dolo eventual). En efecto, de la narración fáctica se desprende lo siguiente:

a) Es evidente que el arma empleada en la agresión tiene el carácter de muy peligrosa, al tratarse de un cuchillo de nada menos 30 centímetros de hoja.

b) El acusado dirigió la cuchillada a un órgano tan vital como es el estómago, y si no llegó a introducir el arma en él fue debido a causas ajenas a su voluntad, como fue el acto reflejo de la víctima de protegerse con su brazo izquierdo, lo que determinó que sufriese lesiones de una cierta consideración en el codo de ese miembro.

c) Al tiempo de dar la cuchillada, se dirigió a su esposa con estas palabras: «ya no te vas a reír más de mí», frase que no significa otra cosa que una verdadera amenaza de muerte.

d) Finalmente, es de resaltar que el acusado, después de comprobar que su mujer se encontraba en el bar, marchó a su casa para coger el cuchillo con el que después la agredió al volver al mismo bar. Es claro inferir que si hubiera tenido únicamente intención de lesionarla, no hubiera realizado esa operación de obtener un arma tan peligrosa como la utilizada.

e) No llegó a consumir sus intenciones letales, aparte de la defensa hecha por la víctima, porque el dueño del bar y otro cliente lo evitaron, acorralando al agresor con el empleo de unas sillas.

Todos esos datos nos han de llevar a concluir que en la acción del sujeto activo de la acción se evidencia un claro *ánimus necandi* y no simplemente *laedendi*, frente a la decisión del Tribunal sentenciador que entendió lo contrario, utilizando como principal argumento el hecho de que después de la agresión, la víctima se dirigió andando

hacia el Ayuntamiento, siendo seguida por el procesado a una distancia de unos cinco metros, «sin que volviera a intentar apuñalarla».

Este razonamiento no nos parece muy lógico, pues como se describe en el propio *factum*, estamos en presencia de dos secuencias o acontecimientos perfectamente diferenciables. El primero, que es en realidad el que se juzga, consistente en la agresión ya descrita; el segundo, en la marcha del establecimiento de agresor y víctima una vez concluido lo anterior. Entendemos, por tanto, que el hecho de pasado un cierto tiempo, aunque fuera breve, sin continuar insistiendo en la agresión, si bien puede incidir en la graduación de la pena a imponer, no evita de modo alguno la intencionalidad del agente de provocar la muerte de su víctima.

(Sentencia de 12 de julio de 2005.)

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato: Alevosía: elementos: existencia: víctima que se refugia en vivienda de vecina y el acusado, su compañero sentimental, derriba la puerta de esa vivienda y la saca del brazo, apuñalándola: situación de indefensión de la mujer al creerse a salvo en la casa de su vecina y sin riesgo para el acusado.*

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 138 del Código Penal y consiguiente aplicación indebida del artículo 139.1 del mismo texto legal.

Se niega la presencia de la alevosía, alegándose que no resultó probado que el acusado proyectara su acción asegurando su ejecución sin riesgo para él, eliminando la posibilidad de defensa por parte del sujeto pasivo y que los hechos deben ser calificados de homicidio y no de asesinato.

En los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, se dice que la puñalada que asestó Eduardo a María José, que era su compañera sentimental con la que convivía con dos hijas de corta edad, lo hizo con intención de causarle la muerte, como así sucedió, tras sacarla al exterior desde la vivienda donde se había refugiado, agarrándola con fuerza y violencia, de suerte que eliminó cualquier posibilidad de fuga o de defensa por parte de la víctima.

Tiene declarado esta Sala (cfr. Sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

En el supuesto que examinamos, el elemento normativo indudablemente está presente, dada la naturaleza del delito al que se pretende incorporar la agravante de alevosía. Y de las modalidades instrumentales expresadas, el Jurado entendió que concurría una alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente derribó la puerta de la casa del vecino del piso en el que se había refugiado la víctima, estando confiada de que se encontraba a salvo, y que cuando el acusado la sacó, agarrándola violentamente del brazo, ésta en ningún momento pudo pensar, que le fuera a apuñalar, situación que eliminaba todo riesgo que pudiera proceder de una posible reacción defensiva que pudiera hacer la víctima.

El motivo debe ser desestimado.

Las razones que se han tenido en cuenta por el Tribunal del Jurado, al conocer del recurso de apelación, justifican la concurrencia de los elementos tanto subjetivos como objetivos que caracterizan la agravante de alevosía, ya que el acusado se aprovechó de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima para consumar su voluntad homicida sin riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa de la víctima.

Ha existido una ruptura temporal y espacial entre las primeras agresiones, que determinaron la huida de la víctima, y lo sucedido tras refugiarse, con la puerta cerrada, en la casa de una vecina, lo que le permitió confiar que se encontraba a salvo de las agresiones del acusado, viéndose sorprendida por el forzamiento de la puerta, lo que le situó en una situación de total indefensión ante la nueva agresión mortal, que realizó el acusado sin riesgo alguno y sin oportunidad de defensa por parte de su víctima.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

### ARTÍCULO 139.3

*Asesinato: Ensañamiento: requisitos. Existencia: 21 heridas producidas por puñaladas, siendo 6 de ellas mortales y el resto pinchazos o heridas por el paso del cuchillo sin penetrar: es irrelevante el orden de las puñaladas desde el momento en que se acreditó que la víctima no falleció en el acto; Alevosía: modalidades: requisitos; existencia: acusado que agarró a la víctima por el cuello cuando entraban al portal de la vivienda que compartían, muy estrecho y sin luz, empujándole hacia su interior y, cogiéndole del pelo, la tiró al suelo donde la apuñaló hasta en veintiuna ocasiones.*

Undécimo.—En el caso presente, la vía casacional elegida impone el respeto al relato fáctico que debe mantenerse inalterable, de manera que la verificación de esta Sala se contrae a comprobar que los preceptos pertinentes han sido adecuadamente aplicados a los hechos que el Tribunal declaró probados sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

La sentencia declara probado no sólo que el acusado con propósito de acabar con la vida de Catalina le asestó aproximadamente veintiuna puñaladas incrementado conscientemente su padecimiento, alcanzándole varias de ellas en el tórax izquierdo dirigidas al corazón y otros órganos vitales al tiempo que Catalina (Lourdes) daba voces y pedía ayuda sin posibilidad de defenderse, sino también que logró arrastrarse

hasta el primer rellano de la escalera donde falleció minutos después por shock hipovolémico agudo.

El recurrente parte de una premisa que la Sala no comparte, que la existencia en el cuerpo de Catalina de 21 puñaladas solo pone de manifiesto el firme y decidido propósito de Julián de acabar con la vida de aquélla pero ni que de la forma brutal de la dinámica comisiva pueda extraerse la consecuencia de que su actuación se persiguió no solamente el producir la muerte, sino también el de aumentar los padecimientos de la víctima con otros males innecesarios, dado que ni en el dictamen de la autopsia ni en el relato fáctico, se dice el orden en el que fueron producidas las puñaladas, pues no se dice si las que finalmente resultaron mortales fueron las primeras, de manera que las demás resultasen ser un plus innecesario.

En efecto, el artículo 139.3 CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido», y que, por su parte, el artículo 22.5.<sup>a</sup>, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima causa, de forma deliberada, otros males que exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima. Se requieren, pues, dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS de 19 de noviembre de 2003); elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso (STS de 20 de diciembre de 2001), también precisa esta Sala, STS de 2 de enero de 2002, que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno, no implicando la apreciación de ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a las que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento. En el mismo sentido la STS de 28 de febrero de 2002, señala que: «es razonable la inferencia del Jurado sobre la concurrencia de la agravación, calificadora del asesinato, de ensañamiento, no sólo porque el número de golpes con la navaja pone de manifiesto una crueldad innecesaria, también porque se declara probado que mientras se causaban la víctima vivía... Porque la intensidad de las puñaladas era innecesarias...», habiendo declarado en el mismo sentido la STS de 20 de diciembre de 2001 «esa multiplicidad de heridas, algunas de ellas innecesarias para producir la muerte, revelan la concurrencia de ese deliberado aumento de dolor de la víctima causado por la especial crueldad (o inhumanidad) de los autores del hecho», en el mismo sentido SSTS 24 de octubre de 2000 y 29 de octubre de 2002.

En el caso presente es de tener en cuenta tal como razona la sentencia recurrida –esto es la del Tribunal Superior– que el Dr. Emilio en el informe que emitió en el acto del juicio destacó que heridas penetrantes había 7, y que las que produjeron la muerte son las que han descrito en la zona torácica, entre la lesión, 4, 5, 6, 7 y 8 todas lesionan corazón o pulmones... la que mate definitivamente a la víctima es la 5 que es la que lesiona las dos arterias... todas las demás heridas eran pinchazos o bien heridas

por el paso del cuchillo sin penetrar, la 1, 4, 5, 6, 7 y 8 son penetrantes y atraviesan órganos vitales, pulmones y corazón.

Por tanto, si de las heridas había 6 puñaladas mortales y las restantes (hasta 21 puñaladas, aparte contusiones y hematomas) eran pinchazos o bien heridas por el paso del cuchillo sin penetrar, la inferencia que realiza la Sala sobre la acreditación del elemento subjetivo es correcta, pues el actuar violento del autor, no constando la existencia de una situación que limitara el control de su acción, representa como consciente y al mismo tiempo voluntaria, pues como dice la STS de 20 de septiembre de 2000, la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento.

Por último, que no conste el orden de las puñaladas y si las mortales fueron o no las primeras resulta irrelevante, desde el momento que la sentencia declara probado que la víctima no falleció en el acto («logró arrastrarse hasta el primer rellano de la escalera donde falleció minutos después por shock hipovolémico agudo»), por lo que el acusado tuvo que ser consciente de que estaba causando mayores dolores a la víctima con la reiteración de las puñaladas, siendo evidente que estando con vida la persona agredida, aun encontrándose en sus últimos momentos, puede sentir no sólo dolor, sino también angustia, al comprobar que la agresión no ha finalizado sino que se prolonga en su intento de acabar con la vida.

Esta Sala ya se ha ocupado de casos similares. En la STS de 2 de enero de 2002 se decía que «el hecho de que la muerte le sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un shock hipovolémico, no convierte en irrazonable aquella declaración porque una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios, si durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas como ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento».

Por todo lo expuesto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 22 de marzo de 2005.)

## ARTÍCULO 149

*Lesiones: Causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido: la inutilidad incluye la pérdida de eficacia funcional que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial: en los órganos dobles la pérdida de uno de ellos es suficiente para apreciar la inutilidad: existencia: pérdida de la audición de un oído.*

Sexto.—El sexto motivo, formalizado por igual cauce impugnativo que el anterior, denuncia la indebida aplicación del artículo 149 del Código Penal.

Los hechos probados narran a este respecto que al proferir unos gritos Susana y pedir que alguien llamase a la policía, el procesado Pedro Miguel, con ánimo de atentar contra su integridad física, «le da un fuerte bofetón en la cara», que hace que la víctima se tambalee, y al llevar el arma en la mano, intenta de nuevo agredirla, lo que ya no logra, continuando una persecución en la que le dice que va a matarle y exhibe el arma.

Como consecuencia del citado «bofetón», Susana tuvo lesiones que tardaron en curar 44 días, necesitando tratamiento antibiótico y antiinflamatorio y estando los mismos días impedida para sus ocupaciones habituales, quedando como secuela «pérdida de oído derecho neurosensorial sin solución quirúrgica».

Estamos en presencia de la pérdida de un sentido al perder la audición del oído derecho. La doctora Conejero que asistió al plenario, informó en éste que se aprecia una «otorrea», que significa una salida de pus como consecuencia de la infección producida por el golpe (desplazamiento de huesos). Dicha otorrea no tiene posibilidad de curación, quedando afectadas las terminaciones nerviosas del oído que van al cerebro.

El artículo 149 del Código Penal castiga con la penalidad que prevé al que «causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica». El oído es incuestionablemente un sentido. La única duda que puede plantearse es la consideración del mismo como dual (al igual que ocurre con otros sentidos simétricos), siendo así que la causación de su pérdida ha sido de la audición por uno de los dos. En esta línea, la STS de 29 de noviembre de 2000, razona que algunos órganos dobles existentes en el cuerpo humano (como los ojos, los oídos y los pulmones) son de tal importancia, por la relevancia de sus funciones, que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen.

De manera que la pérdida de un oído, afecta indiscutiblemente a un sentido, y a la bilateralidad, como profundidad de su función anatómica, de modo que debe ser considerado como inutilidad del mismo.

Concurren, en consecuencia, los dos elementos que fundamentan materialmente este tipo agravado, tanto el mayor desvalor de la acción, atendiendo a la específica brutalidad del acto lesivo del recurrente, como el mayor desvalor del resultado, considerado en sí mismo y también en su significación social.

Es reiterada la doctrina de esta Sala en la que incluye en el concepto de «inutilidad» la «pérdida de eficacia funcional», que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial (SSTS 13 de abril y 18 de diciembre de 1976, 13 de febrero y 21 de junio de 1991, 20 de enero de 1993, etc.).

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de junio de 2005.)

## ARTÍCULO 150

*Lesiones: Deformidad: existencia: pérdida de dos incisivos y un canino por la agresión del acusado, existiendo dolo eventual en el resultado, sin que sea relevante si las lesiones fueron producto de un golpe directo o como consecuencia del contacto con objeto contundente por acometimiento de aquél. Relación de causalidad: Imputación objetiva: concepto: elementos a verificar para la imputación del resultado.*

Segundo.—Los cuatro motivos de contenido casacional que ha planteado el recurrente (el quinto se ha renunciado) se refieren a un mismo tema: la atribución de las

lesiones que padece el lesionado como consecuencia de la acción de Benedicto, y en particular, reprocha la inferencia que lleva a cabo la Sala sentenciadora de instancia, cuando argumenta sobre tal autoría. Tal queja casacional se articula tanto por pura infracción de ley, como por vulneración constitucional, pero en todo caso, el planteamiento es el mismo, toda vez que el Tribunal «a quo» contó con prueba de contenido testifical y pericial para llegar a verificar tal apreciación probatoria, cuyo único reproche, repetimos, es la aludida inferencia.

Señala el *factum* lo siguiente: «Se declaran como hechos probados que el día 20 de noviembre de 2002 sobre las 23 horas llegaron al club de alterne “La Torre”, Carlos Alberto en compañía de otra persona no debidamente identificada, tomando ambos alguna copa. En el citado local trabaja para mantener el orden, Benedicto, que avisado por un camarero de la posibilidad de que el citado Carlos Alberto portara un arma, y dado que el acompañante del mismo estaba manteniendo una discusión verbal con el camarero, procedió a coger a Carlos Alberto por detrás, del brazo, con intención de expulsarlo del bar, en el transcurso de ello, le ocasionó lesiones consistentes en herida contusa en cara mucosa de ambos labios. Avulsión de dos incisivos superiores y un canino que tardaron en curar 30 días de los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales 8 días, y quedaron como secuelas pérdida de 3 piezas dentarias de hemiarcada superior (2 incisivos y 1 canino)».

El razonamiento jurídico del Tribunal de instancia es el siguiente: parte de la acción de acometimiento del recurrente, al coger del brazo por la espalda al después lesionado, con intención de expulsarlo del local (club de alterne), lo cual es un hecho admitido por aquél; tiene en consideración igualmente que la víctima perdió tres piezas dentales (dos incisivos y un canino), acto seguido de esta maniobra de acometimiento; y se plantea su dinámica comisiva, lo cual es precisamente objeto de este recurso, y ante ello dice: el recurrente le causó las lesiones propinándole, bien personalmente (quiere decir de forma directa), bien arrojándolo contra un objeto contundente, «cuestión que tampoco es relevante a la hora de calificar jurídicamente los hechos». De modo que el Tribunal «a quo» únicamente discute si el acusado, ahora recurrente, golpeó directamente a Carlos Alberto con «un puño u otro objeto contundente que portaba en la mano, ya fuera arrojándolo contra una pared o mesa», lo que ciertamente es indiferente. Y no considera acreditado que se cayera accidentalmente en el curso de tal acometimiento, sino que, en todo caso, todo fue consecuencia de la aludida acción de acometimiento, no aclarada suficientemente, pero que resulta, como decimos, indiferente.

Recuerda la STS de 10 de febrero de 1998 que «como ya puso de relieve la Sentencia de 23 de abril de 1992, conocida vulgarmente como de la colza, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La jurisprudencia de esta Sala permite admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, no excluyéndose la categoría del dolo eventual simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor –sentencia del 27 de diciembre de 1982, conocida como caso Bultó– que reputó existente esta clase de dolo, cuando el autor toma medidas poco serias para la eliminación del peligro, que como tal conoce. En tales supuestos, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia respecto a unos resultados, cuya producción se ha representado como no improbable –Sentencias de 3 de octubre y 26 de diciembre de 1987, 6 de junio y 24 de octubre de 1989–. En definitiva, en la medida que la jurisprudencia ha adoptado, al menos para los delitos de resultado, la teoría de imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho



tipo objetivo, el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, pues habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Así, volviendo a la ya citada Sentencia de 20 de febrero de 1993, la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a una situación ecléctica, conjugando las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene». Todo según recuerda la más reciente Sentencia de 21 de septiembre de 2004. Tiene declarado también esta Sala, como es exponente la Sentencia de 19 de octubre de 2000, que la teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado, y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Conforme a estos parámetros, la acción del recurrente, al crear un peligro jurídicamente desaprobado, del que resulta la deformidad de la víctima, sin que nadie más lo haya «tocado», conforme se argumenta en el fallo recurrido, y cuando lo único que se discute es si le acometió directamente o le empujó contra algún objeto, mueble o elemento arquitectónico, es evidente que el resultado le debe ser atribuido, conforme a los hechos probados que se relatan en la sentencia que es objeto de impugnación. El dolo, por consiguiente, en grado de eventual, abarca el resultado de la acción, porque de tal acometimiento debe inexcusablemente desprenderse la posibilidad de originar tales lesiones (piénsese en que el golpe tuvo que ser necesariamente fortísimo, para desprenderse tres dientes, dejando ensangrentado el local, como igualmente resulta acreditado, de lo expuesto en la sentencia). Cuando se descarta la accidentalidad del resultado como fortuito, por la Sala sentenciadora de instancia, se está realizando un ejercicio de suma racionalidad en la valoración probatoria, que aquí debe ser, sin duda, mantenido. Y, desde luego, llegar a otras conclusiones en esta instancia casacional, sin haber valorado la prueba mediante inmediación, sería invadir las exclusivas atribuciones que le confieren a la Audiencia el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, el recurso no puede prosperar.

(Sentencia de 17 de mayo de 2005.)

## ARTÍCULO 153

*Lesiones: delito de violencia habitual en el ámbito familiar: bien jurídicamente protegido. Los actos concretos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor. No existe infracción del principio non bis in idem al condenarse también al acusado como autor de un delito de amenazas. Habitualidad: concepto. Existencia: agresiones físicas y amenazas que dieron comienzo en el año 1994, prolongándose hasta 1999.*

Segundo.—El motivo correlativo se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, en relación con el principio *non bis in idem*.

Para el recurrente se conculca este principio cuando se condena por el delito de violencia habitual en el ámbito familiar y también por amenazas, siendo estas últimas las generadoras de la condena por el delito de violencia doméstica.

Pues bien, ello no viene a resultar cierto, porque aunque la Sala de instancia en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto venga a decir que «la ocurrencia de estas amenazas y su reiteración es lo que precisamente genera el clima intimidatorio configurante del delito de violencia habitual», el *factum* hace referencia, también, a agresiones físicas.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS de 24 y 26 de junio de 2000).

La STS de 24 de marzo de 2003 precisó que «el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el artículo 153 del CP constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica “De las lesiones”, porque el bien jurídico protegido por el artículo 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, 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 la protección integral de los hijos del artículo 39 (en este sentido SSTS de 24 de junio de 2000 y de 18 de abril de 2002)».

Y la misma sentencia recordó que «los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un

delito contra las personas sino contra la relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS de 22 de enero de 2001)».

Por su parte, la STS de 14 de mayo de 2004, reiteró que «no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare” (vide la redacción originaria del artículo 153 C. Penal), “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” (vide la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio), “con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” (vide art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem* (vide STS de 9 de julio de 2001)».

(Sentencia de 4 de abril de 2005.)

## ARTÍCULO 163

*Detención ilegal: Particular que detiene o encierra a otro, privándole de su libertad: concepto de encerrar y detener; requisitos: delito de consumación instantánea; existencia: encerrar en vivienda casi un día a persona que se utiliza en la explotación de la prostitución.*

3. Finalmente, ambos recurrentes fueron condenados como coautores de un delito de detención ilegal previsto en el artículo 163 CP en el que se castiga al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad.

Esa acción típica consistente en encerrar o detener. Esta Sala ha dicho en sentencias como la de 27 de diciembre de 2004, que «El delito de detención ilegal se comete encerrando o deteniendo a una persona contra su voluntad, o sin ella, privándole de su libertad. Es un delito de consumación instantánea, que se produce en el mismo momento de la privación de libertad, y de carácter permanente, pues subsiste mientras continúa dicha privación».

Se cumplen en nuestro caso los requisitos que esta Sala casacional (SSTS de 18 de enero de 1999, 12 de mayo de 1999, 5 de marzo de 2004) ha acuñado para la consumación del delito de detención ilegal.

«Los verbos nucleares del tipo son encerrar y detener. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación, en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad, no necesariamente con violencia o intimidación (STS de 28 de noviembre de 1994)».

Como recuerda la STS de 30 de noviembre de 2004 «el delito se proyecta desde tres perspectivas: El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido –físicamente impedido– en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

El tipo básico descrito en el artículo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal.
- 2) El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia».

En nuestro caso, los hechos probados describen la existencia de una conducta plenamente subsumible, conforme a las anteriores premisas, en el tipo aplicado.

Así, en el hecho décimo se indica que desde las 14 horas del día 27 de junio de 2002 en que Clara fue llevada por el procesado Sebastián a la vivienda de los procesados Ángel Jesús y José Francisco no se le permitió salir de la misma por designio de Sebastián, siendo vigilada en diversos momentos por el procesado Juan Antonio, Ángel Jesús y José Francisco, permaneciendo durante todo el tiempo la puerta de la vivienda cerrada. En un momento determinado sobre las 8.00 horas, aproximadamente, del día 28, habiendo solicitado permiso Clara de Juan Antonio para poder fumar un cigarro, cogió su bolso e introdujo la documentación personal que estaba encima de una mesa, intentando salir de la vivienda sin que advirtiera tal circunstancia Juan Antonio, no pudiendo hacerlo debido a que la puerta se encontraba cerrada desde dentro y sin llave. Clara pudo escapar de la vivienda en la forma que se relata a continuación, sobre las 10 u 11 de la mañana del día 28. Durante todo el tiempo que Clara estuvo en la casa cerrada no tuvo la menor oportunidad de verse auxiliada por terceros.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

## ARTÍCULO 172

*Coacciones: Compeler a otro con violencia a hacer lo que no quiera: existencia: policía fuera de servicio que en club de alterne provoca un control de extranjería, disgustado por el trato recibido: un tema tan sensible en semejante escenario produce una perturbación anímica muy importante que excede del resultado de la falta.*

Lo relevante y lo que debe ser acreditado es que los recurrentes emplearon una vía física o compulsiva relevante que tuvo por finalidad impedir hacer lo que la Ley no prohíbe o impeler a realizar lo que no se quiera hacer, sea justo o injusto, y de esa perspectiva lo relevante en sí es la acción del recurrente en el Club en orden a determinar si fue la de una persona que correctamente entra y se toma unas consumiciones, o por el contrario, despedido por la actitud de uno de los empleados que en ejercicio de su derecho de autodeterminación y de elección manifiesta no querer entablar con-

versación con él, lo que motiva la reacción de incluso aprovechamiento de su condición de policía, y poner al servicio de sus deseos aquellas facultades que la sociedad le ha dado para la protección de todos, con lo que se pervierte su condición que pasa de guardián de la legalidad a ser infractor de la misma, provocando el incidente narrado en los autos y simulando un control de extranjería, para lo que en modo alguno estaba autorizado, es decir, instrumentalizando unas facultades de las que ni en ese momento estaba autorizado para fines tan ajenos a la utilidad pública, como exclusivos y privados de su frustración o tal vez despecho por la negativa de la empleada.

El recurrente, en su condición de policía, no fue tanto un símbolo de protección como de vejación.

Y es esta actitud la que está acreditada por prueba directa, tanto de los empleados del local, como encargado, dueños y de la propia policía uniformada que acudió al local en los términos valorados por el Tribunal de instancia. Que la conclusión de todo ello, es que, además, no estuviesen de servicio es consecuencia que se deriva inexorablemente de toda la secuencia analizada sustentada en prueba directa.

Hubo prueba de cargo válida, legalmente introducida en el Plenario desde las exigencias de legalidad constitucional y ordinaria, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, que fue razonada y razonablemente valorada y motivada, por lo que su decisión no es arbitraria.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente inaplicado el artículo 620 del Código Penal. Se cuestiona la consideración de delito en relación a las coacciones cometidas, tratando de derivar la acción a la falta del artículo 620 del Código Penal. El motivo no puede prosperar.

El hecho de provocar un control de extranjería en el Club con la consiguiente alteración del orden dentro del establecimiento, exigiendo la documentación a los empleados que allí trabajaban y originar situación como la descrita en el *factum*, nunca podrá derivarse a una coacción de carácter leve. La diferencia de ambas, el delito de coacción y de falta de coacción, es meramente cuantitativa ya en la modalidad de vía física o compulsiva, siendo el criterio decisivo la entidad que la coacción haya tenido en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo –STS de 5 de mayo de 1999–. En el caso de autos, la sola consideración de que el recurrente exigió la documentación de los empleados, haciendo bajar a los que estaban en el piso superior, y en un tema tan sensible como la petición de documentación que puede provocar en escenarios como el de autos una perturbación anímica muy importante a las víctimas, merece la condición de la relevancia propia del delito.

(Sentencia de 18 de abril de 2005.)

## ARTÍCULO 179

*Agresiones sexuales: Delito continuado: existencia: diversas penetraciones a lo largo de toda una noche; pluralidad de delitos: inexistencia: penetración bucal y anal, en un mismo espacio y tiempo y con una sola eyaculación: un único delito.*

Primero.–El primer motivo del recurso interpuesto por Jesús Luis denuncia infracción de Ley, del artículo 74.1 CP, al haber sido condenado por tres delitos con-

tinuados de violación, cuando los hechos probados en base al concepto de unidad natural de acción, sólo constituirán dos delitos de violación uno cometido en la unidad de tiempo del día 28 de noviembre de 2002 con respecto a Begoña, y otro en la noche del día uno al dos de diciembre del mismo año en relación a Erica.

Este supuesto problemático de la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18 de julio de 2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

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

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la «unidad natural de acción» supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción.

En relación a los delitos contra la libertad sexual, una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 21 de mayo de 2001, 26 de abril de 1996, 22 de septiembre de 1995), mantiene que procede apreciar la existencia de «una sola acción punible» en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente, el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica (STS de 14 de mayo de 1999).

Efectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad material de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales supuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve (STS de 19 de junio de 1999). En definitiva, es la

unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos.

Criterio éste que recuerda la STS de 24 de septiembre de 2002, en el sentido de considerar un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción. Ocurre algo semejante a lo que se produce cuando en unas injurias hay diversidad de expresiones injuriosas, o en unas lesiones que no dependan del número de golpes que se repiten incluso contra diversas partes del cuerpo o un hurto o robo con sustracción de objetos distintos. En estos casos, cabe graduar la pena en más o menos según la gravedad objetiva del hecho dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal, pero no puede hablarse de la existencia de varios delitos.

Finalmente la STS de 23 de abril de 2004, precisa que los supuestos de penetraciones que son consideradas como un solo delito sobre una traslación del concepto normativo de acción y no del concepto de unidad natural de acción (pues en ese caso, habría dos acciones naturales, y no una jurídicamente reprochable), apreciándose no delito continuado, sino unidad material de acción.

Segundo.—Aplicando la doctrina expuesta en los tres casos sometidos a nuestra consideración, el recurso debe ser parcialmente estimado.

Así en relación a Begoña el apartado 1 del relato fáctico refiere cómo dentro de una misma situación de terror o pánico se vio compelida a hacer una felación al acusado si bien éste no llegó a eyacular y de inmediato le ordenó que parase e intentó bajarle los pantalones a ella, golpeándola en la cara y al no poder bajárselos, ordenó que se los bajase ella misma, dándole entonces la vuelta y penetrándola analmente, sin llegar a eyacular, cuando paró, ella se giró de nuevo eyaculando entonces sobre ella en una sudadera de chándal.

De estos términos, debe entenderse que la agresión sexual no tuvo una duración excesiva, que no se produjo sino una eyaculación y por ende fue fruto de una sola manifestación pasional, sin solución de continuidad. Con todo ello, habida cuenta de la intervención de un solo sujeto activo y pasivo, y actuación bajo la misma situación intimidatoria, entiende esta Sala que nos encontramos ante una unidad natural de acción y, por tanto, sólo se ha cometido un delito para cuya ejecución la Ley prevé distintos medios comisivos alternativos (STS de 17 de mayo de 2001).

Análoga calificación, en principio, debe merecer el hecho descrito en el apartado 2 en relación a Erica.

En este supuesto, existen también varias penetraciones realizadas por el mismo sujeto, prácticamente en el mismo escenario delictivo y con una proximidad temporal inmediata, por lo que hubo primero una felación interrumpida en el garaje y después en el descampado, una felación y penetración anal y vaginal, y otra felación y penetración anal y vaginal, pero resulta patente que todos los coitos impuestos a la denunciante acontecieron a escasa distancia y lapso temporal y formando parte de la misma situación de violencia, al extremo de que el propio Tribunal reconoce implícitamente que el acusado realizó los segundos actos prevaleciéndose, y aumentando incluso, el clima de intimidación y violencia ya generado con la brutalidad de su comportamiento inmediatamente anterior.

Tercero.—Distinta solución deben merecer los hechos acaecidos en la prisión «D.<sup>a</sup> Carmela», en la que durante toda la noche el procesado la penetró anal y vaginalmente en repetidas ocasiones en número que no puede determinarse, bajo reiteradas amenazas que reforzaron en Erica la idea de que la iba a matar.

En efecto, ya hemos indicado cómo esta Sala ha apreciado la unidad material de acción cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de lo que se ha denominado «mismo furor erótico» y de manera temporalmente estudiada y en la misma situación y contexto.

Sin embargo, en el hecho Tercero se describen un grupo indeterminado de acciones realizadas por el procesado durante toda una noche y lo suficientemente independientes para entender la existencia de varias agresiones a la libertad sexual de la ofendida y no una pluralidad de acciones constitutivas de un solo atentado contra la misma (unidad de hecho), es decir, la concurrencia de un dolo unitario integrado por varios hechos naturales, que deben valorarse como uno solo, como pretende el hoy recurrente.

La conducta del acusado no es equiparable a este supuesto, dada la ruptura de la acción natural, sino la vulneración, ciertamente repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido mediante la ejecución de acciones determinadas por un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos. Por ello su calificación responde a las exigencias del delito continuado, —como aprecia la sentencia de instancia—, acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad (STS de 4 de abril de 2000).

El delito continuado, artículo 74 CP, tras una larga evolución doctrinal y jurisprudencial, en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso permitiendo su consideración de unidad jurídica, precisa de los siguientes requisitos:

- a) Pluralidad de hechos delictivos, ontológicamente diferenciales.
- b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio. Requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es en suma, el elemento básico y fundamental del delito del artículo 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad de precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de «semejanza del tipo», se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la unidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.
- e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor, y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales.

Requisitos estos a los que habría que añadir una conexidad temporal, de tal modo que no haya transcurrido ni lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas (SSTS 19 de junio de 2000, 9 de diciembre de 1998 y 20 de marzo de 1998).



Cuarto.—Llegados a este punto debemos plantearnos si los hechos descritos en los apartados 2 y 3 pueden considerarse dos delitos autónomos e independientes o si, a su vez, pueden integrarse en un solo delito continuado.

En cuanto a la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva. El artículo 74 del Código Penal considera como un solo delito, al que denomina continuado, una pluralidad de acciones u omisiones que aisladamente consideradas serían por sí solas constitutivas cada una de ellas de una infracción delictiva. Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983. Son requisitos del delito continuado que exista una pluralidad de acciones u omisiones; que se ejecute siguiendo un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, siendo en general indiferente que ofendan a uno o a varios sujetos, habiendo exigido la jurisprudencia una cierta conexidad temporal, de forma que pueda apreciarse un proceso unitario y no distintas acciones no relacionadas entre sí, completamente desconectadas las unas de las otras.

Las mismas razones antes mencionadas conducen al legislador a excluir con carácter general del delito continuado las ofensas a bienes eminentemente personales, aunque excepcional de esa anterior excepción los supuestos de ataques al honor o a la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva (art. 74.3 CP). Con toda evidencia, la libertad sexual es un bien eminentemente personal, lo que hace que la excepción a la excepción deba interpretarse de modo restrictivo, por lo cual no es fácil apreciar en todo caso la existencia de delito continuado en aquellos supuestos en que se acredite una pluralidad de infracciones contra la libertad sexual ejecutadas por un solo delincuente. Así lo ha entendido esta Sala que, con carácter general, ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla (STS de 17 de noviembre de 2000), de forma que sólo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (SSTS de 9 de junio de 2000 y de 30 de mayo de 2001), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (STS de 2 de octubre de 2001). También se ha referido esta Sala a la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles (STS de 7 de noviembre de 2000), lo que ocurrirá cuando se trata de agresiones sexuales, es decir, en aquellos casos en que el sujeto activo haya empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual, resultando, por el contrario, más improbable cuando los hechos se repitan aprovechando un estado o situación permanente de prevalimiento por cualquier causa o de falta de consentimiento.

La sentencia impugnada sitúa los hechos probados en los apartados 2 y 3 en momentos perfectamente determinados y en lugares distintos y también concretados, con su debida separación temporal y espacial. Resultan, por tanto, suficientemente

individualizados como para poder afirmar que en cada caso fue preciso renovar la acción de intimidación para conseguir doblegar la voluntad de la víctima y atentar así contra la libertad e indemnidad sexuales, con lo cual nos encontramos ante agresiones sexuales diferenciadas y variadas y no ante un delito continuado (vide STS de 10 de julio de 2002). En sentido similar la STS de 11 de junio de 2002, en un caso similar precisó que no puede apreciarse las dos agresiones sexuales como constitutivas de un delito continuado, dado que las agresiones se produjeron en dos sitios geográficos diferentes, con separación temporal, aunque ambas se produjeran en el *continuum* de privación de libertad de la víctima.

(Sentencia de 23 de junio de 2005.)

### ARTÍCULO 180.1.1.<sup>a</sup>

*Agresiones sexuales: Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio: existencia: golpes, amenazas para lograr la penetración bucal por dos veces, obligando a tragarse el semen.*

El artículo 180.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal establece una agravación penológica para las conductas previstas en los artículos 178 y 179 «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Sin duda, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Esta degradación, vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena.

Por otro lado, es de tener en cuenta que la agravación del artículo 180.1.1.<sup>a</sup> no se refiere a los actos sexuales realizados, ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, como decíamos, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución, (STS de 28 de marzo de 2001). Sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo de los artículos 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994). Como señalábamos en la STS de 3 de junio de 2003), «lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias

porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima». En sentido similar, la STS de 26 de marzo de 2003 la STS de 4 de marzo de 2003 STS de 16 de octubre de 2002 y la STS de 11 de febrero de 2004 entre otras.

En el caso, los actos sexuales realizados son, desde luego y por sí mismos, degradantes para la mujer, obligada a aceptar la ejecución de actos que no desea que afecten directamente a su intimidad y a su libertad sexual. La reiteración de los mismos, sus particularidades y la presencia de otras personas, han de tenerse en cuenta para la individualización de la pena.

La violencia e intimidación ejercidas, consistieron en un puñetazo en el estómago que arrojó a la víctima en una bañera llena de agua; en agarrar a la mujer por los pelos y obligarla de esa forma a desnudarse, bajo amenazas de muerte, y a amenazarla con golpearla con una botella de vodka. Pero es que además, ha de tenerse en cuenta que tras obligarla a que le practicara una felación y a que se tragara el semen, y después de imponerle que aceptara mantener relación sexual con otro, con independencia de que ésta no llegara a ejecutarse, cuando la víctima se encontraba vomitando a causa de lo anterior, nuevamente la obligó a introducirse el pene en la boca y a tragarse de nuevo el semen, lo cual, dados los antecedentes del hecho concreto puede ser valorado como integrante de una situación intimidatoria, de dominio sobre la voluntad de la mujer, que resulta especialmente humillante y vejatoria.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia de 13 de julio de 2005.)

#### ARTÍCULO 180.1.2.<sup>a</sup>

*Agresiones sexuales. Hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas: existencia: penetración sucesiva de tres coacusados. La condena del coacusado como cooperador necesario no impide valorar que el recurrente ejecutó el hecho en actuación conjunta con los otros dos.*

La agravación prevista en el artículo 180.1.2.<sup>a</sup> se refiere al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La expresión no es sinónima de la realización conjunta del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquéllos.

Sin embargo, si la cooperación es siempre contribución al hecho de otro, su existencia supone en todo caso la presencia de dos personas, el autor directo y el cooperador, de manera que en estos casos la aplicación de la dicha agravación al cooperador puede infringir el *non bis in idem* en cuanto que se tiene en cuenta su acción para considerarlo cooperador necesario y además, para considerarlo agravado. En definitiva, no cabe la cooperación si no existen al menos dos personas en el hecho, lo que impide apreciar la agravación. Es posible, sin embargo, cuando la cooperación se presta a un hecho que ya por sí mismo debe ser agravado, al intervenir en su ejecución como coautores más de una persona. En estos casos, el principio de accesoriadad de

la participación conduce a valorar la cooperación en relación con el hecho concreto en cuya ejecución se coopera.

En el caso de la coautoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios autores. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta.

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

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

En el hecho cometido por el coacusado asimismo condenado, Gabino, en el que actúa como cooperador necesario, su conducta consiste en colaborar de forma especialmente relevante con la acción que conjuntamente ejecutan el autor directo y un tercero no identificado cuya actuación también se describe en el hecho probado. Según el relato de la sentencia, el recurrente, que acababa de ejecutar la primera agresión sexual sobre Estíbaliz, la tiró desnuda en la cama y en actitud violenta y amenazadora, les dijo al coacusado y al tercero que tuviesen relaciones con ella, lo que efectivamente hicieron ambos, repitiendo también Sebastián y turnándose sucesivamente los tres. En realidad, como acabamos de decir, la descripción del hecho permitiría la calificación como coautor, si bien en este caso no tendría consecuencias en el fallo. Es evidente que, en todo caso, su actuación supone una aportación de especial importancia a la ejecución del hecho por otras dos personas, tal como se describe en el relato fáctico, por lo que en cualquier caso cooperaría a un hecho ya de por sí agravado al ejecutarse por otros en actuación conjunta.

En virtud de lo dicho, el motivo se desestima.

(Sentencia de 13 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 180.1.3.<sup>a</sup>

*Agresiones sexuales. Atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: existencia: suficiencia de la violencia e intimidación. Víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años: joven de 21 años de edad, que presenta un retraso mental ligero con un coeficiente intelectual de 50-70, que es violada en un lugar aislado y cerrado; Penalidad: violación concurriendo la circunstancia 3.<sup>a</sup> del artículo 180*

2. El artículo 180 del Código Penal establece los subtipos agravados de los delitos de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del mismo Código, entre ellos, el del apartado 1.3º, el cual deberá ser apreciado «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años».

3. En el presente caso, hemos de entender que el cauce procesal elegido no puede ser otro que el del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual impone al recurrente el pleno respeto del relato de hechos probados (vide art. 884.1º LECrim). Es menester, por tanto, partir de que –según el *factum*– la joven Catalina fue llevada a la fuerza por uno de los acusados, del que previamente había intentado huir, al salir corriendo hacia su casa cuando el acusado Marco Antonio comenzó a hacerle gestos, alcanzándola y llevándola, luego, cogiéndola del brazo, a un cortijo, cuya puerta cerró, para seguidamente penetrarla analmente –tras empujarla sobre la cama y bajarla los pantalones y las bragas «a la fuerza»–. En estas circunstancias, llegó después al cortijo el ahora recurrente, que, tras comer algo con el otro acusado, que a continuación se ausentó del cortijo, se quedó solo con la joven, a la que tumbó sobre la cama, comenzó a tocarla, y, como se negara ella, fue él quien la dio la vuelta, y, tras bajarle los pantalones y las bragas «a la fuerza», la penetró también analmente; diciéndole, acto seguido, que se podía marchar y «que no dijera nada a su madre o la mataría».

Los hechos, por todo lo dicho, tuvieron lugar en un contexto propicio a la intimidación de cualquier persona (a solas con el agresor, en un cortijo, con la puerta cerrada, y tras haber sido objeto de una agresión sexual por parte del otro acusado). El Tribunal dice que «la muchacha relató en el juicio que estaba asustada». Su oposición tanto a ir con el primer acusado, como a mantener relaciones sexuales con los dos, está claramente descrita en el *factum* (fue llevada al cortijo a la fuerza, y, en las dos ocasiones, la tumbaron en la cama, la dieron la vuelta –al negarse ella–, y «a la fuerza» la bajaron los pantalones y las bragas, penetrándola seguidamente por vía anal). El hecho, así descrito, debe ser calificado jurídicamente como una agresión sexual con acceso carnal.

Mas, junto a las circunstancias descritas (lugar aislado y cerrado, ausencia de otras personas en el inmueble, ambiente propicio al sentimiento de miedo para cualquier persona normal, por lo que la joven estaba asustada), es preciso ponderar también las particulares circunstancias concurrentes en Catalina, dado que la misma padecía un retraso mental leve –apreciable a simple vista–, con una edad mental que se correspondería con una edad cronológica inferior a 11 años; resulta patente que, en el presente caso, nos hallamos, de modo evidente, ante una víctima de este tipo de conductas que debe ser calificada de «especialmente vulnerable», por lo que resulta

incuestionable la procedencia de aplicar al presente caso el subtipo agravado del artículo 180.1.º del CP. Por todo lo dicho, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo que, consiguientemente, debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de junio de 2005.)

## ARTÍCULO 188.1

*Prostitución: Cooperador: existencia: contactar con club donde se ejerce la prostitución para introducir a mujer en él, estando obligada por terceros a ejercerla y realizar vigilancias a la mujer cuando se halla con clientes.*

Fue condenado Jose Francisco, como cooperador necesario, de un delito de proxenetismo del artículo 188.1 CP.

Discute el recurrente la subsunción efectuada por el Tribunal *a quo* en la figura penal que castiga la conducta consistente en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Es evidente que el legislador ha previsto la utilización alternativa o concurrente, para conseguir que la víctima se prostituya o se mantenga en tal situación, de alguno o algunos de los medios que enumera. De tal modo que si se diera alguno de los descritos en orden al cercenamiento de la voluntad de decisión de la víctima, el delito existiría.

Téngase en cuenta, además que, como indica la STS Sala Segunda, de 30 de enero de 2003, ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Incluso no es óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de darse —como ha ocurrido en nuestro caso—, podría calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

En el caso, la Sala sentenciadora en el *factum* describe una situación plenamente encajable en el supuesto típico de referencia, y en su hecho cuarto recoge que Jose Francisco, conocedor del sometimiento forzoso de las dos mujeres a Sebastián, puso en contacto al procesado Sebastián con el dueño del local «Las Vegas» de Oropesa, un tal Everardo, donde gracias a Jose Francisco, Sebastián puso a ambas mujeres a trabajar obligadamente hacia el 20 de junio.

Además, el Tribunal *a quo* resumió en el fundamento jurídico tercero, con el mismo valor fáctico, la participación de Jose Francisco como cooperador necesario del artículo 28.b) CP puesto que facilitó a Sebastián los contactos necesarios para que pudiera meter a las chicas en el club «Las Vegas» por conocer a uno de los dueños, y realizó incluso actos de vigilancia cuyo resultado luego comunicó con diligencia al proxeneta Sebastián. Nos referimos a su verificación de cómo Clara salió el día 25 con un español, y el traslado de tal suceso a Sebastián para que éste estuviera al tanto y exigiere más dinero a Clara. Alojó Jose Francisco al proxeneta en España, facilitando con ello que éste pudiera continuar en su ilícita actividad en nuestro país. Y además, Jose Francisco se implicó en la aclaración de la circunstancia del dinero recibido por Clara el día 25 de junio, contemplando lo ocurrido en su casa, y acudiendo con Sebastián los días 27 y 28 de junio al club a reclamar la documentación de

Clara... siendo él particularmente el que destruyó ipso facto la ficha personal de Clara, llegando a decir que Clara no iría ya por el club y que su deuda la cubriría Susana.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

## ARTÍCULO 248

*Estafa. Engaño bastante: concepto y requisitos; vencimiento de los mecanismos de defensa puestos por el titular del bien o del patrimonio; examen de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Contratos civiles criminalizados: existencia: acuerdo por el que el acusado, propietario de una empresa de intermediación inmobiliaria, recibió una cantidad de dinero para apostar en subasta judicial con el fin de adquirir dos inmuebles, pactándose su devolución en el supuesto de no adjudicación de los mismos, celebrándose la subasta con anterioridad a la entrega del dinero: conocimiento de tal circunstancia por el acusado y ocultación de la misma a la otra parte contratante que confió en la credibilidad profesional del acusado.*

En relación a la primera consecuencia que infiere el recurrente debemos recordar, como decíamos en las recientes Sentencias de 15 de febrero de 2005 y de 22 de diciembre de 2004, que la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS de 22 de septiembre de 2000, de 8 de marzo de 2002 y de 24 de febrero de 2003) y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a «cualquier falta de verdad o simulación», cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS 27 de enero de 2000) hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 4 de febrero de 2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de «puesta en escena» fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS de 26 de julio de 2000 y 2 de marzo de 2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS de 29 de mayo de 2002), es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, rele-

vante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS de 2 de febrero de 2002). En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir, suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En el caso de la variedad de estafa denominada «negocio jurídico criminalizado», dice la STS de 20 de enero de 2004, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS de 12 de mayo de 1998 y 2 de noviembre de 2000, entre otras).

De suerte que, como decíamos en la Sentencia de 26 de febrero de 2001, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS de 26 de febrero de 1990, 2 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un *dolo subsequens* que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS de 8 de mayo de 1996).



Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convenación bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe –STS de 13 de mayo de 1994–. Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo *subsequens* del mero incumplimiento contractual. Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Segundo.–En el caso presente la sentencia de instancia estima concurrente el engaño, consistente en la apariencia de destinar el dinero que se solicitó por el acusado para la adquisición por el perjudicado, de unos inmuebles en subasta judicial, adquisición que no se podrá llevar a cabo por haberse realizado la subasta el día anterior a la entrega del dinero, circunstancia ésta que conocía el acusado y que ocultó al perjudicado para obtener el desplazamiento patrimonial a su favor.

Convicción a la que llega analizando la prueba de cargo en el fundamento jurídico segundo, descartando que el pacto suscrito por el acusado con el perjudicado fuese la adquisición de los inmuebles tanto por vía judicial como extrajudicial, teniendo en cuenta la propia parte expositiva de los citados acuerdos y el dato, especialmente significativo de que las cantidades entregadas, 4.000.000 de pesetas y 17.750.000 pesetas constituyen precisamente el 20 por 100 del precio de las fincas, depósito necesario para optar a la subasta judicial. Y valorando tanto las declaraciones de los perjudicados. Señor Carlos en orden a que el acusado les dijo que necesitaba un depósito para optar a la subasta, que una vez hecha la subasta y en función del resultado le devolvería el dinero, que le dio el dinero después de la subasta, pero nunca le dijo la fecha de la subasta, se enteró después; y señor Carlos en el sentido de que el dinero se entregó para las gestiones derivadas de la subasta en el Juzgado, si no se conseguían las fincas se les devolvía el dinero, que nunca les dijo que la subasta se había celebrado, en ese caso no se hubiera entregado el dinero, no le ha devuelto el dinero ni le ha proporcionado las fincas; como las propias declaraciones del hoy recurrente reconociendo que el dinero se lo dieron después de la subasta que se había celebrado el día anterior, y que el dinero recibido lo ingresó en la cuenta de su empresa y dispuso del mismo para los fines de la misma, conducta ésta de que, de forma racional y lógica, deduce la Audiencia que el acusado no realizó, ni tenía intención de hacerlo, gestión alguna por vía extrajudicial, para la adquisición de los bienes inmuebles.

Consecuentemente es claro que el recurrente sólo quería aprovecharse del cumplimiento del contrato por la parte contraria para beneficiarse de él y de su propio incumplimiento. No se está en un incumplimiento sobrevenido –dolo *subsequens*– sino antecedente y causal en relación al acuerdo suscrito, pues existió un engaño

suficiente, bastante y antecedente— recibir más cantidades para poder participar en una subasta judicial, ocultando a la parte que dicha subasta ya se había celebrado, que actuó como error en el perjudicado para llevarle a efectuar esos actos dispositivos que supusieron un beneficio ilegítimo en el acusado que dispuso del dinero recibido en su propio beneficio.

En definitiva, se dan en la conducta del agente todos los elementos de la estafa, por lo que su acción queda ubicada dentro de la ilicitud penal, lo que nada tiene que ver con el riesgo de criminalizar todo incumplimiento contractual (SSTS de 14 de mayo de 2002, de 27 de marzo de 2003 y de 17 de septiembre de 2004).

Tercero.—Respecto a la segunda cuestión suscitada de no ser dicho engaño bastante para producir el error por cuanto el señor Carlos, al estar especificado en los convenios el procedimiento judicial en que iba a tener lugar la subasta, pudo llamar al Juzgado o personarse en él y asegurarse antes de entregar el dinero si la subasta se había celebrado o no.

Esta argumentación no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS de 18 de octubre de 2004, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP y que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y, en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción, más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de «subjetividad» en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental; así, si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la

media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la venibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socioeconómica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada

parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente –no bastante– para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

(Sentencia de 7 de julio de 2005.)

## ARTÍCULO 305

*Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: Sociedades bajo el régimen de transparencia fiscal: exigencias como contraprestación a sus ventajas: cualquier artificio destinado a sustituir sin causa o justificación, la obligación asumida por otra más beneficiosa y a su vez más onerosa para el erario público, debe estar sólidamente justificada por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuricidad de la conducta pueda estar justificada, pues, fuera de tales supuestos excepcionales, cualquier operación que evite el pago por el contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, supone una operación típica de elusión de impuestos. Bien jurídicamente protegido: principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas.*

1. El motivo octavo mantiene que no existe la defraudación típica por no darse simulación alguna. La maniobra por la que se defrauda a la Hacienda Pública exige una actividad engañosa o falsa. El negocio jurídico elusivo por el que se evita la obligación de tributar radica en la venta a «Pinyer, S. A.» de los beneficios obtenidos. En opinión del recurrente no es suficiente con un negocio simulado sino que se exige la ocultación o disimulo del hecho imponible. Requiere, en su opinión, que haya surgido el hecho imponible, para después proceder a las maniobras de evasión de la obligación tributaria. Según las opiniones doctrinales que cita, es necesaria la existencia de un engaño, ocultación o infracción de deberes formales. En su opinión, no ha existido

evasión de obligaciones sino que se ha elegido un negocio para evitar una tributación más gravosa, acogiéndose a una cobertura contractual. Termina afirmando que ni siquiera ha existido fraude de ley.

2. Para afrontar los imaginativos argumentos de la parte recurrente, debemos regresar a la realidad que nos proporciona el relato de hechos. Sin este dato, cualquier alegación puede discutirse en el terreno doctrinal o académico, pero pende de una abstracción que no contempla el caso concreto.

El hecho probado afirma que el recurrente «ostentaba, a finales de 1990, el 29 por 100 del capital social de la sociedad «Círculo», representado en «veintinueve acciones que había adquirido al antiguo administrador».

En el párrafo anterior se afirma que la sociedad había permanecido prácticamente inactiva desde su constitución hasta que, en febrero de 1990, comienza a generar servicios y obtiene, en dicho ejercicio, beneficios por importe de 153.376.658 pesetas.

La sociedad y consiguientemente el recurrente, se había acogido al régimen de transparencia fiscal por lo que las cantidades derivadas del reparto de los beneficios obtenidos correspondía a los socios declararlos como renta de las personas físicas.

3. Se afirma que el 21 de diciembre de 1990 se reparten los dividendos, y el 31 del mismo mes los socios, que ya habían recibido dichas cantidades, «transmitieron la totalidad de las acciones a la empresa «Pinyer S. A.», administrada por el otro acusado. El importe pagado por la adquirente fue el valor nominal de las acciones que ascendía a 100.000 pesetas.

La sociedad que adquirió las acciones, tenía, según el recurrente, importantes bases imponibles negativas en ejercicios anteriores que trataban de compensar unilateralmente.

Efectivamente así se consumó el proceso, asumiendo «Pinyer» en su declaración de 1990 los mencionados beneficios compensándolos con las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores.

En lo que respecta al recurrente, se manifiesta, de forma terminante, que omitió toda referencia en su declaración del Impuesto de las Personas Físicas de la suma que se le había adjudicado en el reparto de dividendos, produciéndose una elusión de la cuota de 26.327.114 pesetas que dejó de satisfacer a la Hacienda Pública.

4. A pesar de que no es el núcleo del motivo, conviene recordar estos antecedentes, para comprobar si efectivamente las operaciones respondían a un fin lícito y admisible en el tráfico societario o eran una simulación que no tenía otra finalidad que defraudar a la Hacienda Pública en la cantidad mencionada. Cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica radica en la inadmisión de vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática.

Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se pueden compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas.

5. En el caso presente, desde el momento en que se repartió el dividendo (21 de diciembre de 1990) surge la base imponible que se concreta en el día del cierre (31 de diciembre de 1990). Como ya hemos dicho el régimen de transparencia fiscal coloca a los que a él se acogen en la misma situación que los perceptores de rentas de capital

o del trabajo. Luego esa cantidad que figuraba como ingreso sólo podía tener un destino que no era otro que satisfacer la cuotas correspondientes según la tarifa vigente en el Impuesto de las Personas Físicas. En todo caso esos ingresos podían haberse conjugado con otros gastos o deducciones admitidas en ese género de impuestos, pero nunca se puede admitir la evaporación de los ingresos sin que exista una motivación o justificación jurídicamente sostenible.

6. El convenio de cesión mediante venta a otra sociedad por el precio nominal de las acciones (100.000 pesetas), regalando de forma sorprendente e injustificada unos beneficios de más de ciento cincuenta y tres millones de pesetas, debe tener una sólida o por lo menos explicable justificación. El recurrente admite indirectamente, que se trataba de un artificio para que nadie pague a la Hacienda Pública. La adquirente era una sociedad con abundantes saldos negativos que le permitían absorber y desgravar esos ingresos generosos y gratuitos que se le entregaban. El Derecho tributario puede ofrecer resquicio para estas operaciones, pero el Derecho penal no puede admitir artificios o trampas que puedan enmascararse bajo lo que, eufemísticamente, se conoce como ingeniería financiera o tributaria que, en definitiva, no es otra cosa que elevar el fraude y el engaño a la categoría de arte o ciencia matemática.

7. Aplicando las más generosas teorías de la causa en los negocios jurídicos, es evidente que su realidad no aparece por ningún sitio. Podría justificarse con un simple ánimo de liberalidad, ya que prácticamente nos encontramos ante una donación, pero esta motivación, realizada con el objeto de eludir el pago debido por las cantidades regaladas, no puede ser acogida y admitida por el sistema jurídico en general ni por el tributario en particular. En definitiva, el elemento defraudatorio o el ánimo de engañar eludiendo el pago de los impuestos está claro en la realidad narrada en el hecho probado y el en substrato que se encuentra en los verdaderos fines de la operación.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sexto.—En el motivo octavo se suscita la concurrencia de un error de prohibición por parte del recurrente al estimar que la operación realizada no era antijurídica.

1. Expone que el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad requieren que el sujeto, en el momento de actuar, conocía que estaba realizando una defraudación penalmente típica, lo que, en su opinión, no concurre en el presente caso.

No admite que se construya la existencia del dolo, sobre la condición de Abogado del recurrente. Se preocupa de matizar que no es especialista en Derecho tributario y que fue asesorado para esta operación. Reconoce que planteó conjuntamente un error de tipo y un error de prohibición, pero ahora parece abandonar el primero y centrarse en el segundo, con el argumento de que en la época en que se realizó la operación ningún Tribunal penal había considerado estos hechos como delictivos. Invoca, en su apoyo, la doctrina dominante en el momento, a técnicos tributarios y a la condición de especialista del otro acusado. Por último, mantiene que la antijuridicidad de esta conducta sólo aparece en la jurisprudencia en el año 1999 por lo que, en su momento, podía considerarse como admisible.

2. Después de examinar el desarrollo del motivo no hay duda de que no se encuentran bases mínimamente sólidas para mantener el error de tipo, por lo que se refugia en el error de prohibición. Admite que la operación estaba destinada a desfigurar o maquillar sus obligaciones con Hacienda derivadas de un importante beneficio extra procedente del reparto de dividendos de una sociedad en pleno rendimiento. Reconoce que sabía que la operación tenía esta finalidad, pero afirma, a pesar de este reconocimiento, que creía que se trataba de una defraudación o desviación tributaria permitida por la legislación vigente.

La simulación de operaciones está contemplada en la legislación tributaria, que no santifica ni tolera dichas actividades. El artículo 25 de la Ley General Tributaria

considera que la simulación no altera la realidad del negocio subyacente cualquiera que sea la forma con la que se quiere revestir el fraude, acogiéndose con ello a las previsiones del Código Civil que preconizan la efectividad de la verdadera naturaleza del contrato y que rechazan el fraude de ley. Es suficiente con ello para estimar que, por razones personales y por razones financieras, está suficientemente aclarado que lo que se pretendía en definitiva era eludir la cuota tributaria, por medio de un trasvase, prácticamente gratuito, de una importante suma de dinero.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de mayo de 2005.)

## ARTÍCULO 392

*Falsedades: En documentos públicos u oficiales por particular: existencia: alteración de contratos laborales para intentar estafa procesal: documentos oficiales por incorporación.*

Tercero.—En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 392 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan el delito de falsedad sin que se haya producido ninguna mutación de la verdad y que únicamente se produjo un error material en los contratos de trabajo por parte de la administrativa que los confeccionó, para reparar un error.

El cauce procesal elegido para defender el recurso exige el más escrupuloso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él encontramos cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de falsedad apreciado en la sentencia recurrida.

Así, se dice que el acusado Ildelfonso, en su condición de administrador de hecho y apoderado de la mercantil «Incosol, S. L.» convino con «Construmar, S. L.» la subcontratación de la empresa que representaba para realizar alicatados en una obra. Estos trabajos se iniciaron y ejecutaron después que Juan Francisco hubiese renunciado de su puesto de administrador mancomunado de «Construmar, S. L.», esa constructora libró tres pagarés a favor de «Incosol, S. L.», para abonar las obras realizadas, los cuales resultaron impagados. Como «Construmar, S. L.» y su único administrador Jesús Luis eran insolventes, el acusado dio instrucciones para que se presentará, en representación de «Inconiso, S. L.» demanda contra aquella constructora y contra el anterior coadministrador Juan Francisco, ante los Juzgados, y a fin de probar la supuesta legitimación pasiva de este último facilitó a los profesionales diversos contratos de trabajo referidos a otras obras distintas a la encargada a «Construmar, S. L.», que habían sido firmados con anterioridad al inicio de esta última obra y por lo tanto con fecha anterior a que Juan Francisco hubiera renunciado a su cargo y a que constara su renuncia en el Registro Mercantil. Para lograr engañar al Juzgado, el acusado o persona siguiendo sus instrucciones, borró con tinta blanca correctora el centro de trabajo que figuraba en dichos contratos, estampando a máquina, en su lugar la situación de la obra cuyos trabajos reclamaba judicialmente y también dio instrucciones para que se presentara como prueba de una persona para que dijera que había trabajado para «Incosol, S. L.», lo que era cierto, y que las obras que se reclamaban había dado comienzo en una fecha anterior a la realidad. Como consecuencia de lo anterior

el acusado logró que el órgano judicial dictara, en el procedimiento civil de reclamación de cantidad, sentencia por la que se condenó, entre otros, a Juan Francisco a que abonara las sumas reclamadas.

Ha existido falsificación, por consiguiente, de elementos esenciales de los contratos que accedieron a un organismo oficial como lo fue el Juzgado de Primera Instancia, con evidente intención de engañar al Juzgado y conseguir una sentencia favorable a los intereses de la sociedad que representaba, como así ocurrió, habiéndose, por consiguiente, alterado la verdad y al mismo tiempo las funciones que cumplen estos documentos oficiales, como son las de prueba, perpetuación y garantía, y ello implica la alteración de elementos o requisitos esenciales del documento. Mutación de la verdad que lo fue de tal modo que tuvo aptitud para inducir a error al órgano jurisdiccional, es decir, que crea la apariencia de que lo inveraz es auténtico.

La falsedad lo ha sido de un documento oficial, como acertadamente se declara en la sentencia recurrida, mencionando sentencias de esta Sala, (como es exponente la de 24 de enero de 2002), en la que se expresa que si bien ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, esta doctrina experimenta una inflexión cuando el documento nace con el único destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas, como ha sucedido en el supuesto que examinamos. En esa misma línea también se pronuncian otras sentencias de esta Sala, como son las de 31 de mayo de 1995 y 17 de mayo de 1996.

Así las cosas, los hechos que se declaran probados han sido correctamente calificados como de falsificación de documento oficial.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

## ARTÍCULO 403

*Usurpación de funciones publicas e intrusismo: Ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España: bienes jurídicamente protegidos. Elementos y naturaleza. Existencia: acusado que se autodenominaba «doctor y especialista en biocibernética cuántica holográfica y medicina neurofocal», y tenía una consulta donde prescribía a los pacientes medicamentos, efectuaba diagnósticos y tratamientos sin la correspondiente titulación académica: actos propios de la profesión médica.*

Se afirma en la argumentación del motivo que se está ante actos atípicos en la medida que el recurrente no se atribuyó la condición de médico, ni aplicaba el arte médico que se imparte en la Facultad de Medicina, concluyendo que «el delito de intrusismo únicamente es concebible desde el momento en el que el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad o dolencia se afronta desde un método estrictamente científico-experimental propio del ámbito de la medicina ortodoxa o tradicional».

Por ello, se dice, todas las prácticas de lo que ha venido a llamarse «medicina natural» o «medicina alternativa» que pueden caer bajo la rúbrica de «parasitaria» no pueden integrar el delito de intrusismo.

En el vigente Código Penal, en el capítulo V del título XVIII, se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los artículos 320 y 321 del CP/1973.



Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas –art. 402–, o privadas –art. 403–. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de «actos propios» de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el artículo 403, su precedente se encuentra en el artículo 321 del anterior Código Penal, como ya se ha dicho, que los incluía dentro del título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas «falsedades personales».

El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del CP/1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título –de existir– ampararía, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legitimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: *a)* el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptualizar este delito como de peligro: «peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita» –STS de 20 de julio de 1993–, y *b)* protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas debe prevalecer la primera en la medida de la superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.

A la hora de tipificar el intrusismo –siendo la primera vez que aparece este término en la rúbrica de un Código Penal–, el vigente Código Penal distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

- a)* La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del artículo 637.
- b)* El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito «que tantos problemas ocasiona» en palabras de la STS de 28 de marzo de 2003, con cita de la de 12 de noviembre de 2001.
- c)* El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la

legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el artículo 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado.

La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto.

Por «acto propio» debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida –SSTS de 18 de mayo de 1979, 22 de abril de 1980, 27 de abril de 1989, 30 de abril de 1994 y de 22 de enero de 2002–.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural, «actos propios», por lo que no se necesita una reiteración de actos basta uno solo, pero si son varios los actos no existe una continuidad delictiva sino un solo delito de ejercicio de actos propios de una profesión se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el artículo 368, «los que ejecuten actos» –SSTS de 29 de septiembre de 2000, de 12 de noviembre de 2001 y de 22 de enero de 2002–.

Desde esta doctrina pasamos a analizar la denuncia efectuada, que ya desde ahora anunciamos, no puede prosperar.

En primer lugar, dado el cauce casacional utilizado, hay que partir del riguroso respeto a los hechos probados.

En ellos se nos dice claramente que el recurrente:

- a) Prescribía procaína, epinefrinidina, urbason y polaramide, medicamentos todos que son de obligada prescripción médica.
- b) Efectuaba diagnósticos médicos.
- c) Prescribía tratamientos, ciertamente singulares, como la extracción de todas o parte de las piezas dentarias, porque en ellas se encontraba el origen de todas las enfermedades que diagnosticaba a sus pacientes.

Es obvio que la prescripción de medicamentos, los que incluso tenía en su despacho, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos, son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica.

En la medida que el recurrente efectuó tales actos médicos sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico por el que ha sido condenado, del artículo 403-1.º del Código Penal.

La alegación de que se trata de medicina alternativa, situada extramuros de la medicina convencional que se enseña en las Universidades, debe ser tajantemente rechazada, no puede ser admitida.

Ciertamente que en relación al ejercicio de la acupuntura, a la medicina naturista o a la reflexoterapia o rayos láser en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de «medicina alternativa», denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiera título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico, tiene declarado esta Sala que no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elemento de los «actos propios» en el sentido antes citado –STS de 4 de julio de 1991–, pero ya se cuida la STS de 19 de junio de 1989 de señalar que «si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada está incidiendo las funciones de la Medicina», incurriendo su conducta en el artículo 321 del CP de 1973, equivalente al actual 403-1.º CP.

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: *a)* recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa, *b)* efectuó diagnóstico y *c)* ordenó «tratamientos» y «terapias» acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendía en los términos expresados, actos todos que constituyen «actos propios» de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico –de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del art. 403-2.º–, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la «especialidad» en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible, incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en base a esa confianza el paciente se pone –literalmente– en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente.

Se dieron todos los elementos del delito de intrusismo por el que ha sido condenado el recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de marzo de 2005.)

## ARTÍCULO 576

*Terrorismo: Actos de colaboración. Existencia: alojar a miembro huido del «comando Barcelona»; acreditación de que conocía su pertenencia a banda armada.*

Dice la parte recurrente, en el primero de los motivos, que «los hechos probados, expuestos en la sentencia, no son constitutivos de un delito de colaboración con banda armada», porque, en su opinión, «no concurren los requisitos» de dicho tipo penal.

Según se dice en este motivo, «la sentencia considera acreditado tan sólo que el recurrente tuvo información por otra persona de que un miembro de ETA se encontraba en su domicilio», y esto no es una conducta típicamente prevista en el artículo 576 del Código Penal, en el que se habla de colaboración, y, según el Diccionario de la Real Academia Española, «colaborador (...) significa compañero en la formación de alguna obra». Colaborar es «trabajar con otra u otras personas, contribuir y ayudar, con otros, al logro de algún fin». De ahí que, según la parte recurrente, «el mero conocimiento de la pertenencia a ETA de Rogelio, como expresan los hechos probados, no puede incardinarse en el delito de colaboración...».

2. El artículo 576, apartado 1, del Código Penal castiga con las correspondientes penas al «que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista»; y, en su apartado 2, dice que «son actos de colaboración», entre otros, «la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

El tipo penal cuestionado, por tanto, sólo exige el hecho de ocultar a una persona vinculada a alguna de las entidades citadas –banda armada, organización o grupo terrorista– con conocimiento de su condición de tal. El texto legal no establece ningún otro requisito para la existencia del delito, no exige ningún móvil especial en la conducta del sujeto activo, ni una coincidencia de fines con los de la organización a la que pertenezca o con la que esté vinculada la persona favorecida por dicha conducta. No es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad. No es necesario, pues, que exista una coincidencia de fines, basta el hecho de poner a disposición de la banda armada –o de persona vinculada a la misma– determinadas aportaciones –entre ellas, como hemos dicho, la de alojar u ocultar a alguna de estas personas– conociendo los medios y métodos utilizados, en sus actividades, por la organización a la que pertenecen o están vinculados (vide SSTS de 16 de febrero y 14 de mayo de 1999 y de 19 de mayo de 2003).

3. En el presente caso, el relato fáctico es concluyente al afirmar que «durante los días que Rogelio estuvo en el domicilio de Yolanda, durante un fin de semana que Yolanda tenía visita, se trasladaron al domicilio del acusado Juan María (...) el cual igualmente tuvo información de la otra persona (la que se había puesto en contacto con Yolanda y se había personado en su casa con Rogelio) (...), sobre la condición de miembro de ETA de la persona allí alojada y que era el acusado Rogelio que también se identificó por “Rodolfo”; precisando luego el Tribunal –en el F. 8.º de la sentencia– que “solamente le pidieron si podían pasar allí unos días, accediendo Juan María, pero diciéndoles que se tenían que marchar lo más rápido posible, siendo consciente Juan María de la responsabilidad que acarrea ocultar a un miembro de ETA».

Por todo lo dicho, no cabe duda de que hubo ocultamiento de un miembro de ETA en el domicilio de este acusado, con conocimiento de tal circunstancia, y de que esta conducta es penalmente típica. El motivo, en consecuencia, no puede prosperar y ha de ser desestimado, por cuanto no cabe apreciar la infracción legal denunciada en el mismo.

(Sentencia de 21 de junio de 2005.)