

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO
ABEL TÉLLEZ AGUILERA

ARTÍCULO 14.3.

Error de prohibición. La condición de ex cónyuge de la víctima no ampara la creencia errónea de poder realizar tocamientos y condicionar su libertad ambulatoria.

«Con carácter subsidiario, la defensa formula el decimoctavo motivo, en el cual se denuncia la indebida inaplicación del error de prohibición previsto en el artículo 14.3 del CP.

Alega el recurrente que los tocamientos que José Augusto hizo a su cónyuge estarían amparados en la creencia errónea e invencible de que estaba obrando conforme a derecho, pues “... él sentía que tenía seguridad y control pleno por el amor que le profesaba y porque era la madre de sus hijos y como también quería intensamente a sus hijos, sentía el daño que podría suponerles cualquier tipo de agresión contra ella”.

El motivo carece de la más mínima base jurídica.

En principio, es más que probable que lo que el recurrente identifica como error de prohibición, debiera haber sido abordado argumentalmente como un error sobre la ausencia de consentimiento, que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo, excluyendo el dolo (art. 14.1), no la culpabilidad (art. 14.3).

En cualquier caso, lo que es evidente es que sólo una deformada visión del significado jurídico del matrimonio, permitiría hacer valer la argumentación del recurrente. En el supuesto que nos ocupa, no hubo error de tipo, pues la ausencia de consentimiento –según se ha expuesto *supra*, al desestimar el motivo precedente–, tuvo que ser necesariamente percibida por el acusado, que se valió de una navaja para sumarle a Eugenia a su alocado viaje de huida, durante cuyo transcurso se produjeron los tocamientos. Tampoco hubo error de prohibición, pues el matrimonio no autoriza a imponer situaciones intimidatorias seguidas del ofrecimiento de una actividad sexual.

Recuerda la STS 737/2007, 13 de septiembre –con cita de la STS 687/1996, 11 de octubre–, que el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo

importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 14.3 del CP, tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas. Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas” (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).»

(Sentencia núm. 61/2010, de 28 de enero.)

ARTÍCULO 21.3

Atenuante de arrebató u obcecación. Concepto y diferencias entre ambas figuras. Doctrina general. No cabe en supuestos de riña.

«En la STS 4337/2008, 10 de julio, decíamos que *la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.3 del CP da entrada a aquellas situaciones emocionales en los que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar*. En palabras de la STS 2085/2001, 12 de noviembre, la atenuante tercera del artículo 21 del Código Penal, denominada de “estado pasional”, que evidentemente *no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre*, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de “arrebató” u “obcecación”. El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una “especie de conmoción psíquica de furor” y la segunda como “un estado de ceguera u ofuscación”, con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el “arrebató como emoción súbita y de corta duración” y la “obcecación es más duradera y permanente” (STS 1237/19992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por

la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre).

Ahora bien, tal atenuante será incompatible con aquellas situaciones en que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado son consustanciales al desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras crispase los ánimos, las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos, presos del calor y de la tensión, avivados por la defensa de sus respectivas posiciones, inmersos en la descompostura, continúan por acometerse mutuamente, agrediendo con intensidad. Y en ese estadio de ofuscación, naturalmente concurrente en toda riña, no puede apreciarse la circunstancias atenuante de arrebato, como ha declarado esta Sala con reiteración, al no poderse privilegiar el dar rienda suelta a las pasiones, ni menos –como ocurre en este caso– que fruto de tal situación el acusado acometa a su víctima y con una piedra le golpee el rostro hasta producirle la pérdida del globo ocular.

Al margen de lo expuesto, conviene hacer dos precisiones. La primera que en el hecho histórico no se menciona ese supuesto estímulo que habría desencadenado la reacción violenta de Gumersindo, a saber, la expresión “*me cago en tus muertos*”. La vía del artículo 849.1 de la LECrim impone como presupuesto el respeto al juicio histórico, sin enriquecer la argumentación impugnativa con menciones que no han sido incorporadas a él. Por otra parte, aun cuando esa expresión hubiera sido proferida por la víctima, tampoco podría justificar el estado pasional reactivo que late en el artículo 21.3 del CP.»

(Sentencia núm. 339/2010, de 9 de abril.)

ARTÍCULO 22.4.^a

Agravante de discriminación ideológica. Discrepancia de pensamiento como móvil de la agresión del acusado contra la víctima, a la que identifica como oponente ideológico por su estética. Enunciación de insultos y frases de victoria en alemán empleadas en el 3.º Reig y salutación al estilo de las SS después de apuñalar a la víctima.

«La inclusión de esta circunstancia en el Código Penal de 1995 respondió, según la Exposición de Motivos de la LO 4/1995, a que “la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella”, no habiendo España “permanecido ajena al despertar de este fenómeno”. En cuanto a su ampliación en la circunstancia ahora examinada, 4.ª del artículo 22, responde a una realidad social que evidencia la existencia de tales motivaciones en alarmantes hechos delictivos.

El propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional “contra el racismo antiespañol”; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos “Sieg Heil”, de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Teodoro, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra “guarros” para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos y el jefe policial del Grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y, frente a ella, la radicalmente contraria de Teodoro, no cuestionada por su izquierdismo, ava-

lan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Fermín contra Teodoro, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando “serenamente” la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal.»

(Sentencia núm. 360/2010, de 22 de abril.)

ARTÍCULO 22.5.^a

Agravante de ensañamiento. Requisitos. No concurren en el caso de autos ya que el carácter desmedido de la violencia empleada por el acusado, por más que ésta pueda calificarse como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido del ensañamiento, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum, ni puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos

«El artículo 22.5 del CP describe la agravante de ensañamiento como el hecho de “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. De acuerdo con reiterada doctrina, su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes, sino con lo que un comentarista clásico, en gráfica expresión llamó la maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona. Esta idea aparece claramente reflejada en la STS 589/2004, 6 de mayo, cuando proclama la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, por decirlo de alguna manera “saborea su poder ante ella alargando innecesariamente su sufrimiento”. También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre, en la que se afirma que la agravante de ensañamiento “exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos”.

Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la metódica y perversa forma de ejecutar el delito de homicidio, de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que sea un prolegómeno agónico del desenlace final. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución ya que se calcula hasta el milímetro la fase previa de aumento injustificado del dolor y sólo movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación, anunciándole, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiénola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.

La STS 713/2008, 13 de noviembre, analiza un supuesto muy similar al que ahora es sometido a nuestra consideración. En aquel caso, la acción enjuiciada era la

de un acusado que, portando un martillo tipo “encofrador”, asestó repetidos golpes, hasta un total de quince, en la región frontal, región nasal, región malar izquierda, región de la sien izquierda y región parietal izquierda de la víctima, ataque que no le produjo la muerte instantánea, causándole, durante un espacio indeterminado, la agnía hasta su expiración. En el supuesto entonces enjuiciado, esta misma Sala rechazó la concurrencia de la agravante de ensañamiento recordando, desde el punto de vista de su estructura, que su apreciación exige 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 1554/2003, 19 de noviembre); elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso (STS 2523/2001, 20 de diciembre).

Volcando este cuerpo de doctrina sobre la acción que el Tribunal del Jurado imputó a Jorge, la estimación del motivo se hace obligada. En el factum, es cierto, se señala que cuando la víctima, Geronimo, llamó a la puerta del acusado, éste “... se dirigió a la puerta con el martillo en la mano y nada más entrar Geronimo en el domicilio, de forma inmediata y guiado por la intención de acabar con la vida del mismo, sin mediar palabra, comenzó a propinarle con una violencia desmedida una serie continua de golpes, un mínimo de diez veces, en la cabeza que le ocasionaron la muerte”.

En este fragmento, como puede apreciarse, no se menciona otro propósito en el acusado que el de acabar con la vida de Geronimo, aludiéndose a una serie continua de golpes, al menos diez, que fueron ejecutados con “... violencia desmedida”. El carácter desmedido de la violencia, por más que ésta pueda calificarse, en su genuina significación gramatical, como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido de la agravación prevista en el artículo 22.5 del CP, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum ni, por supuesto, puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos.»

(Sentencia núm. 600/2010, de 16 de junio.)

ARTÍCULO 28

Coautoría en el ámbito de la criminalidad organizada. «Latin Kings». Doctrina jurisprudencial. Principio de imputación recíproca que permite considerar a todos los partícipes como autores de la totalidad, con independencia de su concreta aportación al hecho.

«La ejecución de una agresión en grupo plantea el problema de la coautoría. Del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Los límites de la aceptación pueden desprenderse de la configuración del hecho aceptada por los intervinientes.

Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente

pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

El Código Penal distingue en el artículo 28 como supuestos de autoría, la autoría directa individual, la realización conjunta del hecho o coautoría y la autoría mediata. A ellas añade, considerándolas también como autoría, la cooperación necesaria y la inducción. Aunque todos ellos estén castigados con la misma pena, la posición legal impone la búsqueda de diferencias entre las distintas figuras. Cuando existen varios intervinientes, la doctrina del dominio del hecho conduce a afirmar que solo son autores los que lo ostentan. De esta forma, las aportaciones esenciales realizadas en la fase de preparación darían lugar a una cooperación necesaria, pues desde el momento de la aportación el dominio del hecho corresponde a los ejecutores directos. Serán entonces coautores, o autores con otros, quienes aporten en la fase de ejecución algo esencial, de manera que si lo retiraran, la comisión del hecho resultaría imposible.

Cuando se trata de organizaciones fuera de la ley, suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la aplicación de estas tesis encuentra algunas dificultades para establecer la responsabilidad del hombre de atrás que da la orden o toma la decisión que luego es ejecutada por otros. De un lado, es claro que la decisión es un elemento esencial, sea concreta o de carácter más general tanto en relación con las posibles víctimas como con las acciones que deban ejecutarse, pues no es concebible en el seno de esas organizaciones que tales actos se lleven a cabo si los autores directos no cuentan con la aprobación de los superiores, expresada de alguna forma. De otro, quien actúa igualmente debe responder, pues aun cuando en el seno de esas organizaciones pueda apreciarse una cierta situación coactiva sobre los inferiores, es insuficiente, en general, para excluir que su acto sea lo suficientemente libre como para considerarlo penalmente responsable de su ejecución. La constatación de esta responsabilidad se aprecia por un sector doctrinal como un inconveniente para trasladarla al autor mediato.

Parte de la doctrina entiende que en esos casos, es decir, cuando se trate de organizaciones suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la decisión de actuar, vaya o no seguida de la planificación de la acción concreta, constituye ya el comienzo de la ejecución, lo que permite considerar autores a quienes la adoptan, sin necesidad de acudir a la extensión de la figura de la autoría mediata. Precisamente porque, dadas las características de la organización, sin la decisión es inimaginable el hecho y, una vez adoptada, lo esperable, generalmente, es su cumplimiento por los ejecutores directos, estén o no éstos previamente determinados. Resulta, entonces, indiferente, que quienes llevan a cabo la acción estén de antemano decididos a cometer el hecho o lo lleven a cabo en virtud del dominio ejercido por quien controla la organización. Puede sostenerse que mantienen el dominio del hecho en tanto pueda afirmarse el éxito de una eventual contraorden.

Otros sectores doctrinales hacen referencia a la responsabilidad del que ejerce alguna clase de dominio dentro de un círculo organizativo, lo que permite considerarlo autor tanto respecto de los hechos ejecutados por otros en virtud de ese dominio, como de los cometidos como consecuencia de la omisión de sus deberes de control de fuentes de peligro.

Es claro que, aun en estos casos, existen límites a la responsabilidad del hombre de atrás, impuestos por la necesidad de que éste conozca el resultado que luego se produce, al menos en el ámbito del dolo eventual. Como ya hemos dicho más arriba, actúa con dolo (eventual) quien conoce el peligro concreto creado con su acción y a pesar de eso la pone en marcha.

En el caso, en la sentencia se establece la existencia de una organización estructurada y jerarquizada, que disponía de una normativa interna denominada “literatura” que contenía un régimen disciplinario en el que figuraban las faltas y las correspondientes sanciones, de manera que los miembros inferiores deben cumplir las instrucciones de quienes ocupan posiciones de jerarquía superior. Dentro de esa normativa, concretamente en la carta fundacional, se contiene una referencia a “derramar nuestra sangre y dar la vida si es necesario para luchar en contra de los que nos nieguen y defender nuestra querida y poderosa nación”, añadiendo que “los Ñetas y otros grupos son sus enemigos y nunca los dejaremos crecer porque por manos de ellos han muerto muchos hermanos. Nosotros tenemos que aprender a reconocerlos y someterlos o tumbarlos con todo nuestro rencor”. Los llamados “reyes” se encuentran en situación de superioridad jerárquica respecto de los simples miembros. Los acusados que ocupan la posición de “reyes”, son en el caso quienes deciden, planifican y organizan la ejecución de un acto de agresión contra miembros de la banda rival de los Ñetas, deciden la utilización de armas y ponen en marcha la ejecución de lo decidido, en directa relación con las proclamas antes mencionadas, entendidas en forma que conducen al empleo de la violencia, cumpliéndose por todos los demás y participando activamente los “reyes”.

Igualmente debe apreciarse, al menos, dolo eventual respecto del resultado de muerte, incluyendo la forma de ejecución. La organización del ataque comprendía la utilización de armas blancas, hábiles para causar la muerte. Y las mismas características del ataque planificado suponían la altísima probabilidad de que se tradujera en agresiones ejecutadas en grupo.

Por lo tanto, los que tomaron la decisión, que en el marco de la organización debe ser cumplida, son responsables en concepto de autores de los delitos cometidos en su ejecución, en cuanto, al menos, se concretaron en resultados producidos dentro del ámbito del riesgo creado.»

(Sentencia núm. 708/2010, de 14 de julio.)

ARTÍCULO 29

Complicidad omisiva. Diferencias con la coautoría. En ningún momento el acusado realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico.

«La queja del recurrente se extiende también a su condena como cómplice del delito cometido por el procesado rebelde, que habría actuado como verdadero autor material. Esa línea argumental, no dibujada con suficiente trazo en el motivo, da pie al Ministerio Fiscal para extender su informe a las razones técnicas que permitirían detectar un error del Tribunal de instancia al calificar la acción del acusado Jesús María como la propia de un cómplice por omisión cuando, en realidad, no era sino un verdadero coautor. El Fiscal, con un encomiable ejercicio de precisión técnica, con-

cluye que ese desenfoque de la Sala al calificar como forma de participación lo que en realidad no era sino una forma de coautoría, no debe ser obstáculo para el mantenimiento de la condena, aun por el título participativo que de forma errónea han aplicado los Jueces de instancia.

Y tiene razón el Fiscal.

El razonamiento de la Sala al concluir que la conducta de Jesús María ha de ser reputada como una forma de *complicidad omisiva*, se basa en la idea de que la conducta de aquél implicó "... un comportamiento omisivo en el desarrollo de los hechos, pues en ningún momento realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico. [...] En efecto Jesús María desarrolla en todo momento un comportamiento pasivo y meramente expectante, que si bien no reunía las notas de relevancia y utilidad al no resultar imprescindible, ni necesario para la consumación delictiva, sí fue en cambio facilitador y favorecedor de la realización del hecho criminal. Jesús María con la aceptación de esa conducta generadora de riesgo y peligro para terceros, venía obligado a su vez a asegurar la no producción del daño. Ese –no impedir–, que como dice la jurisprudencia citada, es característico de la comisión omisiva, determina en este caso, que la participación del procesado quede subsumida en el grado de complicidad omisiva del artículo 29 del Código Penal”.

Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado.

Desde esta perspectiva, desde luego, mal podría hablarse de complicidad omisiva en la acción del recurrente, pues su participación está relacionada con un delito principal –el delito de incendio atribuido como autor material al otro procesado– que es un genuino delito de acción, en la medida en que lo que se está enjuiciado no es otra cosa que el incendio intencionado de una vivienda compartida. Y en la afectación del bien jurídico el acusado tuvo un papel decisivo, pues el desencadenamiento del fuego fue el resultado de la decisión compartida entre ambos acusados. Es cierto que –como tantas veces ha expresado la jurisprudencia de esta Sala– el acuerdo previo no es suficiente para fundamentar la coautoría. Pero también lo es que, en el presente caso, como apunta el Fiscal, más que una participación omisiva en un delito de otro, lo que existió fue un acto común en el que ambos imputados, con absoluta independencia de las actuaciones concretas llevas a cabo por cada uno, ejecutaron el hecho con pleno dominio funcional del hecho común.

Conviene insistir en que lo decisivo en la coautoría –en línea de lo que afirmábamos en la STS 434/2007, 16 de mayo– es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente

de la entidad material de su intervención. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente.

En el presente caso, la existencia de ese proyecto criminal compartido, fluye con naturalidad del juicio histórico. Ambos toman la decisión de “... prender fuego a la vivienda” y *ambos abandonan el inmueble en el momento de la propagación del fuego*, “... mientras las llamas invadían todo el inmueble”.

La cuestión del grado de participación –afirmábamos en la STS 1169/1998, 14 de octubre – depende del valor concreto de la aportación del partícipe al hecho típico. En cada caso se debe decidir si dicha aportación tiene la significación requerida para atribuirle el codominio del hecho o no, es decir, para imputar al partícipe la totalidad del hecho. Esta valoración se orientará en el caso de la coautoría por criterios formulados en la doctrina reciente: *a)* el “dominio por la decisión”, en los casos en los que el partícipe con su desistimiento determina el fracaso del plan delictivo; y *b)* el “dominio por configuración”, en los que el dominio del partícipe se caracteriza por una aportación que otorga al hecho su especial configuración. En este último sentido se requiere para la coautoría una aportación, en el momento de la ejecución, que no sea de menor entidad que la de los otros partícipes.

Pese a todo, ningún error jurídico de trascendencia casacional habría cometido el Tribunal *a quo* al calificar la participación de Jesús María como la que es propia de una complicidad omisiva. Como recuerda el Fiscal, la complicidad y la coautoría se encuentra en una relación de subsidiariedad expresa, de forma que el precepto subsidiario –la complicidad– sólo se aplica en defecto del precepto principal –la autoría–, de manera que toda autoría comporta una complicidad superada en el camino progresivo de la participación. Ello significaría que aunque el comportamiento estudiado fuese el propio de la autoría, la aplicación de la complicidad omisiva, tácitamente comprendida y superada por aquélla, no comportaría lesión alguna del derecho del recurrente, sino disfrute de un privilegiado trato de penalidad a tenor del alcance real de su participación en el hecho.»

(Sentencia núm. 314/2010, de 7 de abril.)

ARTÍCULO 120.4

Responsabilidad ex delicto. Subsidiaria del artículo 120.4 CP. Teoría de la creación del riesgo. La responsabilidad civil subsidiaria se justifica por el principio de la creación del riesgo mediante una situación de dependencia, siendo totalmente irrelevante la culpa o negligencia in eligendo del empresario. Quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado.

«El apartado cuarto del artículo 120 CP establece un género de responsabilidad cuestionable, adjudicado, sin posibilidad de réplica, al empresario en tanto en cuanto se acrediten los condicionamientos o presupuestos exigidos desde su tenor literal, confirmados reiteradamente por la abundantísima doctrina emanada al efecto

desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo: a) La comisión de un delito o falta; b) la insolvencia del autor; c) la preexistencia de una relación entre el agente *comissio delictae* y la persona contra la que se pretende la efectividad de la responsabilidad, caracterizada por la nota de dependencia: extensiva, en la actualidad, a todos los supuestos en los que exista beneplácito o aquiescencia de su principal, y d) la realización por el culpable criminal de los actos motivadores de la condena en el área del desempeño de los servicios que le tenga encomendado su principal, con su conocimiento o, al menos, sin la oposición o la prohibición expresa de éste.

Se regula, con su incorporación al Código Penal, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia.

Si, ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta en vigilando o in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abandonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal "...bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma..." –STS 822/2005 de 23 de junio–.

En definitiva esta teoría de la creación del riesgo no es sino una adaptación del viejo principio romano "...*qui sentir commodum, debet sentire incommodum...*" o, bien "...*ubi commodum, ibi incommodum...*". Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que se derivan de aquélla.

En definitiva, se trata de una responsabilidad vicarial en la que se prescinde de toda referencia a la negligencia del principal en la elección de sus dependientes, bastando solo la realidad de la situación de dependencia.

Esta relación es clara y patente que existía en relación al conductor del taxi –Romualdo–, taxi que era propiedad del recurrente, por lo que en el presente caso no solo existe la relación de dependencia, sino, además, la ventaja y beneficio que le suponía al recurrente la explotación del taxi por un asalariado suyo.»

(Sentencia núm. 237/2010, de 17 de marzo.)

ARTÍCULO 139.1

Asesinato. Apuñalamiento de un menor antifascista por un simpatizante de la ideología neonazi que acudía en metro a una manifestación de extrema derecha. Dolo directo. Capacidad mortífera del arma empleada, órgano vital alcanzado, contundencia del golpe y trayectoria del apuñalamiento. Ostentación de la ideología nazi. Alevosía sor-

presiva. Ataque repentino con una navaja oculta sin posibilidad de reacción defensiva de la víctima. Colocación del acusado a la entrada de la puerta del vagón del metro, a la espera de atacar, con cualquier excusa, a cualquiera de las personas que accedían y que por su estética consideraba antifascistas.

«La negación por el recurrente del dolo homicida en el apuñalamiento de Teodoro, no tiene ninguna posibilidad de prosperar. Toda la exposición impugnativa de aquél está basada en dos argumentos: Primero, que el autor de los hechos se encontró en una situación de grave riesgo para su persona ante la presencia de un numeroso grupo de adversarios ideológicos, lo que –se dice– provocó en aquél un estado anímico de miedo a ser agredido y la necesidad de actuar en legítima defensa.

Esta alegación debe ser prontamente rechazada.

El *animus necandi* no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS 614/2004, de 12 de mayo, entre otras, se exponía con meridiana claridad que el dolo homicida no es incompatible con la exigente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el *animus necandi* o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la “*neceditas defensionis*” que fundamenta la exigente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurran en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2003, “la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un “*animus defendendi*” que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (“*animus necandi*”), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo”.

Es decir, la legítima defensa –caso de que concurra– no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable *animus necandi*, por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles.

El segundo reparo pretende desacreditar el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal a partir de los datos fácticos indiciarios que maneja. El razonamiento de la Sala juzgadora de instancia es inobjetable: 1.º La zona anatómica a la que dirigió el ataque, como es el pectoral izquierdo, entre el tercer y cuarto espacio intercostal, situado unos 2 centímetros por encima de la mamila, donde se alojan órganos vitales, entre ellos el corazón, cuyo ventrículo izquierdo fue lesionado, lo que produjo el fallecimiento del agredido por shock hipovolémico, según el

informe de autopsia, ratificado en el plenario por los doctores don Eulogio y don Nazario. 2.º La capacidad mortífera del arma empleada, una navaja de un solo filo y con un contrafilo no serrado y de escaso grosor –según puntualizaron en la vista los peritos que analizaron las prendas de Teodoro, en función de las dimensiones de su hoja, pues aunque no fue encontrada –siendo indiferente que el motivo fuera porque se le cayese en su huída, como sostiene el acusado, o porque se desprendiese de ella al salir de la estación, arrojándola debajo de vehículos estacionados antes llegar a la altura de los policías municipales, los cuales relatan que le vieron tirar un objeto, que al golpear el suelo produjo un sonido metálico, el cual no pudieron recuperar, a pesar de efectuar una minuciosa inspección de la zona, ayudados por otros compañeros–, y los peritos anteriormente referidos no pudieron determinarla, al desconocer la presión ejercida, al menos tenía unos siete centímetros de hoja, en atención a la profundidad alcanzada por la herida, similar a la sufrida por el testigo protegido, según señalaron los forenses en el plenario. 3.º La trayectoria del apuñalamiento, de arriba hacia abajo, cuando la víctima se encontraba frente a él. 4.º La contundencia del golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, afectase a la piel, tejido subcutáneo, pleura parietal, pericardio y ventrículo izquierdo del corazón.

Lo mismo acaece en relación con la cuchillada que el acusado propinó al testigo protegido. Siempre ateniéndonos a la narración fáctica, claro está. Allí se declara probado que dos personas intentaron desarmar a aquél, resultando levemente herida una de ellas, que sufrió una herida incisa superficial con la navaja. “Después el testigo protegido se dirigió hacia el acusado con la misma finalidad, entablándose entre ambos un forcejeo, en el curso del cual cuando Fermín le tenía sujeta la cabeza con su brazo izquierdo e inclinada hacia él, le clavó la navaja en el tórax izquierdo, entre el 6.º y 7.º espacio intercostal, ocasionándole: hemoneumotórax, laceración pulmonar en línula y hematoma mediastínico con compresión extrínseca de vía aérea y atelectasia secundaria”.

Cuál fuera el animus del acusado al ejecutar esta acción se desprende de diversas circunstancias que se recogen en la sentencia: ya es suficientemente ilustrativo que nada más clavar la navaja en el corazón de Teodoro, el acusado –dice el factum– “se quedó en el interior del vagón que fue desalojado por sus oponentes ideológicos ante el temor de ser agredidos, recorriendo el mismo de un lado a otro blandiendo la navaja y profiriendo contra ellos las siguientes frases: “guarros de mierda, os voy a matar a todos” y “Sieg Heil”, mientras saludaba al modo nazi extendiendo el brazo y mano derechos “; gestos y expresiones, debe decirse, que son manifestaciones externas de una ideología como la nazi, de la que hizo explícita ostentación el acusado, ideología que se caracteriza por el fanatismo irracional, la carencia de todo sentido de humanidad hacia quien se tiene por adversario, y el crimen. Junto a ello 1.º el lugar del cuerpo donde se produce la herida, tórax izquierdo, entre el 6.º y 7.º espacio intercostal, en la línea medio/posterior axilar, donde se encuentran importantes venas y arterias y órganos esenciales para el mantenimiento de la vida de una persona, como el corazón y los pulmones, siendo en este caso perforado el izquierdo, provocando un hemotórax grave según el parte del médico del hospital universitario 12 de octubre e informe provisional de UCI, y que según los citados forenses –que ratificaron el informe de sanidad– sería mortal sin la intervención quirúrgica realizada. 2.º La aptitud de la navaja empleada para ocasionar la muerte, que es incuestionable en atención al resultado producido el fallecimiento de Teodoro. 3.º La intensidad empleada en el golpe, como lo demuestra que la navaja perforase las prendas de la víctima, y la profundidad de la herida.

Sexto.—Todavía se hace necesaria una última reflexión para concluir el análisis de este motivo casacional.

Que el apuñalamiento de las dos víctimas principales estuvo impulsado por un *animus necandi* o dolo directo de matar de primer grado, ejecutándose las acciones con la voluntad específica de quitar la vida, es un juicio de inferencia plenamente justificado por la mecánica comisiva y el cúmulo de elementos indiciarios anteriores, coetáneos y posteriores a esas agresiones.

Pero, aunque se llegara a la conclusión hipotética de que el autor de los hechos no tenía el deseo, propósito ni la voluntad específica de matar, ello en nada empecería la concurrencia del elemento subjetivo del dolo homicida que requiere el tipo penal, cuanto menos en su modalidad eventual que también satisface el componente anímico del delito.

Séptimo.—Combate también el recurrente la calificación jurídica de la agresión y muerte de Teodoro como constitutiva de un delito de asesinato consumado, al considerar que no concurre la agravante de alevosía que aprecia el Tribunal sentenciador.

En síntesis, lo que sostiene el motivo es que no hubo la alevosía súbita o sorpresiva que aprecia la sentencia, porque Teodoro debía ser consciente del peligro que se cernía sobre él y, por consiguiente, el ataque con el arma blanca no puede ser calificado de imprevisto.

Al margen de que el recurrente se equivoca al señalar que no concurre la alevosía “tanto en el primero como en el segundo ataque”, porque el Tribunal sólo la apreció en el primero de ellos, el que sufrió Teodoro; al margen de ello, decimos, el motivo carece de todo fundamento y debe ser rechazado.

Como expresa la sentencia apoyándose en la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo, para apreciar esta circunstancia es preciso: *a)* se trate de un delito contra las personas; *b)* se utilicen en su ejecución medios, modos o formas, que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; *c)* el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar su ejecución, al impedir la defensa del ofendido; y *d)* una mayor reprochabilidad de la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

A tenor de los hechos declarados probados, ninguna duda alberga este Tribunal de casación de que, por la forma y el arma con que se produjo, el ataque a Teodoro fue alevoso, en la modalidad de agresión súbita, sorpresiva, repentina e imprevista.

El recurrente, como ya se ha dicho, sostiene la tesis de que la víctima no podía “ignorar por su cognoscencia ... el peligro que le acechaba”. Pero esta alegación resulta tan infundada como irracional, porque al encontrarse Teodoro arropado por los compañeros que le acompañaban, en una palmaria situación de superioridad fáctica respecto al acusado, resulta de lo más razonable que Teodoro no recelara de una agresión tan mortífera como la que recibió. Sí que hubiera sido racionalmente previsible que en el escenario descrito se hubieran producido insultos, amenazas e incluso algunos movimientos agresivos como empujones o golpes entre uno y otros. Pero nada de esto hubo, sino que lo que sucedió realmente, un rapidísimo, súbito y fulgurante acto de apuñalamiento con la navaja que el acusado ya llevaba abierta y escondida, clavándola hasta la empuñadura en el pecho de la víctima, no entraba, ciertamente, dentro de lo previsible.

Por lo demás, esa mecánica comisiva satisface plenamente las exigencias legales o establecidas en el artículo 22.1.^ª CP, pues resulta incuestionable que el acusado

empleó medios, modos y formas de ejecución en la agresión que tendían directamente a asegurarla, impidiendo toda reacción defensiva por parte del agredido.»

(Sentencia núm. 360/2010, de 22 de abril.)

ARTÍCULO 149.1

Lesiones. Pérdida del globo ocular. Golpe propinado con una piedra en pleno rostro, con gran fuerza. Acción dolosa. Representación para el autor que con esa agresión desencadena un riesgo evidente de ocasionar lesiones graves para cualquiera de los sentidos que se alojan en la zona del impacto.

«La acción del acusado fue dolosa y así se desprende con nitidez del relato de hechos probados.

No resulta fácil, más allá de la legítima estrategia defensiva de degradar la gravedad objetiva de los hechos, explicar esa pérdida ocular a partir de un resultado que se habría producido por no prever lo previsible y, por tanto, evitable. La acción de Gumerindo fue esencialmente dolosa.

En supuestos similares al que hoy es objeto de enjuiciamiento, pérdida del globo ocular al golpear fuertemente el rostro con un palo, –STS 208/2008, 22 de mayo– la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del significado del dolo como elemento definitorio del tipo subjetivo. Sabemos que existe el dolo directo cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias al acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si, habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante, sin renunciar a la ejecución de los actos pensados.

En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se desee, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

Es decir, que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación. La Jurisprudencia se ha ido orientando, entre las varias teorizaciones doctrinales en torno al dolo eventual, hacia la aceptación de la teoría de la probabilidad, aunque sin dejar de tener en cuenta del todo la del consentimiento. Así, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar, y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado lesivo no se producirá, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados (SSTS 956/2000, de 24 julio; 972/2000, de 6 junio).

En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Afirmando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción (STS 1841/2001, de 17 octubre). De manera que actúa con dolo eventual el que conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de la producción de tal resultado. Si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado, añadiendo que se admite la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones de peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, esto es, el dolo eventual no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (ATS 79/2002, de 14 enero).

En definitiva, la Jurisprudencia viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima (SSTS 1715/2001, de 19 octubre; 439/2000, de 26 de julio).

Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, “todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción” (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Pues bien, volcando ese cuerpo doctrinal al supuesto que nos ocupa, parece fuera de duda que, tanto desde la perspectiva de la teoría del consentimiento como de la probabilidad, un golpe propinado a una persona con una piedra en pleno rostro (“*la estampó directamente sobre la cara, a la altura del ojo izquierdo*”), con gran fuerza, permite a su autor representarse que con esa agresión desencadena un riesgo evidente de ocasionar lesiones graves para cualquiera de los sentidos que se alojan en la zona del impacto.»

(Sentencia núm. 339/2010, de 9 de abril.)

ARTÍCULO 390.1.4.º

Falsedad en documento oficial. «Caso YAK-42». Identificación errónea de 30 de los 62 militares españoles fallecidos en el accidente

aéreo de Turquía en su regreso de una misión de paz. Emisión de certificados de defunción e informes de necropsia con la inveraz atribución de 30 identidades a otros tantos cadáveres. Continuidad delictiva. No apreciación. Unidad natural de acción. Doctrina general. Pluralidad de emisiones de documentos que responden a una operación realizada simultáneamente con continuidad espacial y una estrecha inmediatez temporal, así como con una única voluntad criminal. Manipulaciones falsarias realizadas en un solo acto comprensivo de una única actuación delictiva.

«La sentencia objeto de la casación condena por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de “una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos... de manera que existe una mera intensificación cuantitativa del injusto, pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos”. La recurrente entiende, por el contrario, que cada uno de los documentos falsificados, los certificados de defunción se refieren a personas distintas y tienen una autonomía diferenciada, con producción de distintos efectos, por lo que la subsunción correcta es la del concurso real, unificado en orden a la penalidad en el delito continuado.

El Ministerio fiscal informa en sentido contrario a la estimación del recurso y reproduce la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado una única acción sobre la construcción de la unidad natural y jurídica de acción para aquellos supuestos en los que la pluralidad de emisiones de documentos responde a una operación que se realiza simultáneamente, casos en los que elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal. Esa jurisprudencia se ha desarrollado en varios antecedentes de esta Sala entre los que es preciso citar las SSTs 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2.

Como se recoge en la reciente STS 813/2009, de 7 de julio, en esas resoluciones se afirma que concurre una “unidad natural de acción” en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, [en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial], se lleva a cabo en “unidad de acto”. Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de la pluralidad. Lo determinante –dice esa jurisprudencia– es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos.

La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

El Ministerio fiscal, fiel a su papel procesal de “parte imparcial”, señala que la jurisprudencia no es pacífica en esta materia. Una segunda línea jurisprudencial da prioridad al criterio normativo de acción sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la

norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 1011; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4). Según esta dirección jurisprudencial “el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real.

En suma la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos”.

Ahora bien, también en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se aúna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

En el supuesto que ahora se enjuicia entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. Desde el hecho probado se relata que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el general Raúl en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, “sin levantar mano” podría decirse.

Desde la perspectiva expuesta el “quantum”, el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

Por lo tanto, el número de actuaciones documentales no es relevador de una perduración y reiteración del dolo por lo que, es procedente aplicar, a este supuesto, la corriente jurisprudencial de la unidad natural, también jurídica, de acción. También, ha de tenerse en consideración que los documentos falsos no lo son en su integridad, pues reflejan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, su fecha y su causa, elementos esenciales de los que derivan consecuencias jurídicas, aunque es mendaz en orden a la correspondencia de cada cuerpo con su identidad, de la que, como se destaca en la sentencia y analizaremos al abordar la impugnación de uno de los condenados, también surgen efectos jurídicos.

En definitiva, y como dijimos en la STS 813/2009, antes citada, en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del artículo 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga.

En la Sentencia transcrita se sitúa en la individualización de la pena el reproche derivado de la pluralidad de acciones sobre varios documentos, individualización que el tribunal ha realizado en la instancia atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en el hecho y a las que nos hemos referidos al conectar la gravedad del accidente con las exigencias derivadas de la urgencia en la realización del duelo.»

(Sentencia núm. 279/2010, de 22 de marzo.)

ARTÍCULO 368

Tráfico de drogas. Consumo compartido. Compra de la droga por uno de los acusados con dinero común para distribuirla y consumirla entre el grupo de amigos con ocasión de una estancia de vacaciones en Ibiza. Circunstancias que deben concurrir para computar el consumo compartido «en grupo» como causa de exclusión de la tipicidad. Doctrina jurisprudencial.

«Los recurrentes alegan la existencia del *consumo compartido o la tenencia*, destinada a tal consumo, como causa de exclusión de la tipicidad.

Y, ciertamente, en los últimos años esta Sala (SSTS de 12-6-2008, núm. 364/2008; de 21-12-2006, núm. 1254/2006) ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros supuestos de autoconsumo en grupo, ante la frecuencia de casos en que particularmente los jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos. Supuesto de impunidad excepcional que excluye su aplicación cuando el grupo no es pequeño, o se trata de un número indeterminado de personas, cuando los componentes de ese grupo no quedan identificados, y cuando el consumo no se realiza en un local cerrado y determinado.

Y así, esta Sala ha venido generalmente exigiendo, para reputar atípica la conducta consistente en el consumo conjunto de droga por diversas personas (SSTS de 31-3-2006, núm. 378/2006; núm. 376/2000, de 8 de marzo; núm. 1969/2002, de 27 de noviembre y 286/2004, de 8 de marzo) como circunstancias que deben concurrir para estimar el consumo compartido las siguientes:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal, ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994; 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia (SSTS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante (ver sentencias de 25 de junio 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas. Al consumo normal e inmediato alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

la STS de 17-2-03, núm. 237/2003 (en idéntico sentido STS 983/2000, de 30 de mayo), entiende que la *condición de adictos*, debe ser interpretada en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, como el MDMA, que es un derivado sintético de la amfetamina, a un patrón de consumo de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas o celebraciones de amigos, no habiendo de interpretarse como drogadicto *strictu sensu*.

Y la misma sentencia, en relación a que el consumo proyectado fuese en un lugar cerrado estima que un consumo como el proyectado en una discoteca (para la celebración de un cumpleaños) da cumplimiento al requisito de lugar cerrado, eliminando toda trascendencia social del autoconsumo y da igualmente cumplimiento al requisito de evitar toda difusión en unos términos de razonabilidad compatibles con el patrón de consumo que ofrece tal droga, pues el escenario habitual del mismo suelen ser centros de diversión. Y argumenta que, en otro caso, podría quedar vacía de contenido la atipicidad, aunque considera preciso recordar la naturaleza excepcional de esta figura de consumo compartido, aunque recomienda la prudente aplicación de la misma y la importancia del examen, caso a caso, que debe efectuarse.

Igualmente, la misma resolución, en relación a que la *cantidad de droga* sea pequeña y capaz de ser consumida en el acto, evitando el riesgo de almacenamiento, considera evidente que la cantidad de droga debe disponerse en relación con el *número de personas* integrantes del autoconsumo compartido.

Por otra parte, sentencias como la STS de 14 de febrero de 1996, o la STS de 6-3-2000, núm. 402/2000, nos dicen que “el metilenedioximetanfetamina, integrante del MDMA, es una droga recreacional que por las reacciones personales que su consumo origina (euforia, empatía, sentimientos placenteros, cambios visuales mal interpretados como alucinaciones satisfactorias, etc.) tiene una aparente inocencia por los placeres iniciales obtenidos con su consumo, que se diluye cuando de sus efectos posteriores se trata, pues las reacciones últimas son extremadamente peligrosas, pudiéndose producir secuelas de adicción, labilidad emocional, irritabilidad, insomnio, ansiedad y crisis de pánico, hasta llegar a otras situaciones extremas, tales como delirio, convulsiones, elevación de la presión arterial, hemorragias cerebrales, rigidez muscular e incluso fallecimientos subsiguientes.

Y que la *dosis habitual de consumo* suele ser a partir de un *mínimo de 50 miligramos, hasta 150 miligramos*, por toma, con una duración, en sus efectos, de unas seis horas, con lo cual se puede establecer, siquiera sea por aproximación, una justa apreciación sobre las cantidades apropiadas para el autoconsumo o para el tráfico con tercero.

Por otra parte, el Instituto Nacional de Toxicología, en su informe, remitido a esta Sala en 22-12-03, sobre las diferentes sustancias de abuso, especificando sus nombres, su fiscalización, su dosis de abuso habitual, su consumo diario y sus dosis mínimas psicoactivas, hacía constar que, por lo que se refiere al clorhidrato de cocaína, la dosis de abuso habitual se encontraba entre los 100 a 250 mg. (2 a 4 rayas), y que el

consumo diario estimado podría alcanzar las 6 dosis como máximo (12 a 24 rayas), equivalente a 1,5 grs.

7. En el supuesto ante el que nos encontramos, esos valores nos pueden dar idea, a partir de la cantidad de droga hallada en poder de los acusados, y desde el hecho probado en que se fija la cantidad de individuos (seis) destinados a compartirla, el proyecto de consumo que los acusados y acompañantes tenían, y la entidad del mismo, deduciéndose de ello la existencia o no del supuesto como excepción a su normal tipicidad.

Pues bien, si se parte de la cantidad total de MDMA, no puro, aprehendido, (69 comprimidos) 20.577 mgs., dividido entre los seis consumidores, resulta cada uno de ellos a 11,5 comprimidos y 3.429,5 mgs., lo que dividido por la dosis mínima diaria de 50 mgs., da un resultado de 68,59 días. Si la división se efectúa por la dosis máxima de 150 mgs., el resultado es de 22,8 días. Por otra parte 11,5 comprimidos, divididos entre 6 días, no alcanza a 2 por día para cada uno de los consumidores.

Pero si se toma el MDMA puro, ascendente a la cantidad de 2.746 mgs., dividido entre seis consumidores, nos da 457,6 mgs. cada uno, que con una dosis diaria mínima de 50 mgs., nos da 9,1 días; y 3,0 días, si la dosis es la máxima de 150 mgs diarios.

Si el cálculo lo referimos a cocaína, no pura, 23.280 mgs., divididos entre 6 consumidores, nos da 3.880 miligramos por cabeza, que, divididos por un consumo máximo de 1,5 grs. (1500 mgs.), nos da que la cantidad portada alcanzaría para un consumo durante 2,5 días, de cada uno de aquéllos.

Si, en cambio, tomamos en cuenta la cocaína pura, 14.199 mgs., divididos por 6 consumidores, atribuiría, a cada uno de ellos, 2366,5 mgs., que, divididos por un consumo máximo diario de 1500 mgs., nos daría 1,5 días de consumo.

Por tanto, no puede sostenerse, en nuestro caso, que las cantidades de drogas ocupadas exceden de las adecuadas para el consumo más o menos inmediato por seis personas en el periodo considerado.

De otro lado, el concepto del requisito de inmediatez del consumo, no puede restringirse tanto que se haga consistir en la ingesta, u otro modo de autoadministración de la droga “en un solo acto”, excluyendo –en el estudio, caso por caso, que debe hacerse– el alegado por los acusados y recurrentes (y declarado probado) consumo, a lo largo de la estancia en la isla de sus vacaciones, durante seis días.»

(Sentencia núm. 86/2010, de 9 de febrero.)

ARTÍCULO 370.1

Tráfico de drogas. Subtipo agravado de utilización de menores. Aplicación indebida. Menor de 17 años de edad que tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo. Acuerdo de Sala.

«Décimo.–El motivo cuarto utiliza como pretexto la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque en realidad denuncia la aplicación indebida del subtipo agravado de utilización de menor (art. 370.1.º del Código Penal).

1. La argumentación se centra en contradecir las conclusiones de la sentencia basándose en que la intervención del menor es muy anterior a la aparición del padre en los hechos por los que ha sido condenado, luego, difícilmente puede aplicarse

dicho subtipo agravado cuando el menor actúa por su cuenta y se implica en la comisión del delito, antes de que aparezca el padre.

2. El debate no debe canalizarse por la vía de la cronología de los hechos, sino, entrando en el fondo, por la actividad y comportamiento del menor dentro de todo el ensamblaje delictivo. Por cierto, llama la atención el hecho de que sólo se aplique la agravante de utilización de menor al padre del mismo, cuando se considera que existe una organización, lo que implica que todos, teóricamente, compartirían las posibles ventajas derivadas de la participación de un menor en los hechos.

3. La cuestión de fondo debe canalizarse por otras vertientes. Como se ha dicho en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 26 de Febrero de 2009, el tipo agravado previsto en el artículo 370. 1.º del Código Penal, resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y “en provecho propio o de un grupo”, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

4. La inclusión de esta modalidad agravada nace de una de las múltiples recomendaciones de la Convención de Viena de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y tiene relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protección.

5. Como puede observarse, la agravante persigue una doble finalidad: por un lado, aumentar la pena por la mayor facilidad o impunidad que puede producir la utilización de un menor y, al mismo tiempo, protegerle frente a los efectos perniciosos de introducirlo en el mundo del tráfico de drogas en edades tempranas.

6. El caso que nos ocupa no encaja en ninguna de estas previsiones. Se trata de un menor de 17 años de edad, que según se desprende del relato de hechos probados, tiene un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo, hasta tal punto, que la sentencia le imputa actividades autónomas como viajes en ferry, sin la custodia ni tutela del padre. Su autonomía es tal que en un momento del desarrollo de la trama llama a su padre, con cierto enfado, porque no se ha cumplido con lo convenido en cuanto a la entrega de un automóvil.

7. En consecuencia, la necesaria influencia derivada de la autoridad que un padre ejerce sobre su hijo, no aparece por ningún lado y mucho menos, cualquier actitud de coacción o intimidación que le obligase a participar en la realización de los hechos. El tipo penal aplicado no está previsto, como hemos dicho, para supuestos como el que acabamos de relatar.»

(Sentencia núm. 4/2010, de 28 de enero.)

ARTÍCULO 443.2.º

Solicitud sexual por parte de un funcionario de Instituciones Penitenciarias a una reclusa. Petición explícita, contundente e inequívoca, a cambio de favores, reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario.

«4. La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2.º del Código Penal castiga al funcionario de Institu-

ciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda. Los elementos del tipo penal, que es un delito especial propio, que sólo pueden cometer los funcionarios de prisiones respecto de las personas sometidas a su guarda, está plenamente acreditados, por lo que no procede ninguna discusión o debate sobre este punto.

5. La discrepancia radica en torno a si las expresiones que se dan por probadas y que, por tanto, son inalterables, constituyen o no “una solicitud sexual”. Según el diccionario, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona.

Podemos afirmar que el acusado estaba pidiendo que la recurrente aceptara favores a cambio de prestaciones sexuales, lo que se refleja de forma explícita, contundente, inequívoca y abrumadora en las expresiones que hemos destacado y en las actuaciones que siguieron a la negativa de la interna.

6. El contenido de la solicitud, que ya hemos destacado, es de naturaleza inequívocamente sexual y como es evidente al acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad.

7. Las referencias explícitas al impacto que le producían sus ojos y que tenía una boca para besar, van seguidas de un inequívoco propósito de solicitar sus favores sexuales, conminándola con amenazas que, si siempre son intolerables mucho más para un funcionario de prisiones respecto de las personas de las que tiene encomendada su custodia. El reproche penal y social debe ser incuestionable, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y su marido.»

(Sentencia núm. 1002/2010, de 10 de noviembre.)

ARTÍCULO 515.1

Asociación ilícita. Características del delito tipificado en el artículo 515.1 CP. Falta de determinación de la jerarquía establecida entre los imputados que conlleva la consideración de todos como «miembros activos». Grupo de ciudadanos albaneses que ingresan ilegalmente en España con el objetivo exclusivo de robar, se proveen para ello de las herramientas necesarias así como de un vehículo y de manera unánime cometen los sucesivos delitos, depositando los objetos sustraídos en dos viviendas comunes. Actuación coordinada, cohesionada y organizada con fines ilícitos.

«Según doctrina explícita de esta Sala al respecto, los requisitos para la existencia de una asociación de estas características serían:

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

- b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y
- d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1, inciso 1.º, CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS de 10 de abril de 2003).

No precisándose, por tanto, más que “...una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen han de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porqué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos” (STS de 28 de octubre de 1997).

Y en el presente caso tales exigencias, sin duda, concurren y así se afirma expresamente en el relato fáctico de la recurrida, por mucho que no se haya podido precisar concretamente la tarea o ubicación jerárquica de cada uno de sus integrantes. Razón esta última por la que tampoco se han establecido diferencias en orden a su punición.

Los cuatro acusados, según se nos dice, ya ingresaron irregularmente en nuestro país con el objetivo exclusivo de dedicarse conjuntamente al expolio de locales hosteleros, se proveen de las herramientas para ello adquiriéndolas también de forma conjunta, como observaron los policías que les vigilaban, consiguen hacerse con un vehículo en el que se trasladan a los establecimientos en los que, de nuevo, de manera unánime cometen los robos y disponen de dos viviendas para el almacenaje de los objetos sustraídos.

De tal modo que queda plenamente confirmada la existencia de la “asociación” en el sentido en el que semejante término es interpretado por nuestra Jurisprudencia en relación con el precepto aplicado por la Audiencia.

(Sentencia núm. 500/2010, de 28 de mayo)

ARTÍCULO 516 [ART. 571.2, 576 Y 576 BIS. LEY 5/2010]

Pertenencia a organización terrorista. Notas caracterizadoras del tipo. Diferenciación con la figura de colaboración. Incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración,

El artículo 516 CP sanciona –como bien pone de relieve la sentencia– a los «integrantes de las organizaciones terroristas» y el artículo 576, cuya aplicación propugna en el motivo el recurrente, las conductas de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada o grupo terrorista. La diferencia entre ambas figuras delictivas, según tiene dicho esta Sala, no puede ser otra que el grado de integración o

la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración, prevista en el artículo 576 CP. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del artículo 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista sean desempeñados (propriadamente, ejecutados) por activistas de la organización integrados en la misma por consistir la tipología penal que debe calificarse de pertenencia a una organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, algo más que los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización, pues si existe dicho lazo de pertenencia debe aplicarse el artículo 516 CP en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4) (SS. 1346/2001 de 28-6, 1127/2002 de 17-6 y 50/2007 de 19-1).

El delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas implica la condición de miembro o integrante de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas. Se trata de un delito de mera actividad y permanente que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la banda del agente hasta que se produce su apartamiento. Dicha cooperación cuando se produce la ejecución de delitos concretos se traduce en una situación concursal que deberá resolverse, en su caso, conforme a las reglas del artículo 8.º CP.

De acuerdo con tal doctrina es evidente que el delito cometido por el recurrente es el previsto en el artículo 516-2 CP respecto al cual existió prueba suficiente. No puede reputarse la conducta del recurrente como constitutiva de un delito de colaboración, tipo residual, caracterizado por su naturaleza genérica, episódica o no permanente, frente al tipo legal de pertenencia a banda armada que integra un estado permanente de incorporación a la banda, cualquiera que sean las actividades que desarrolle en la misma.

(Sentencia núm. 188/2010, de 11 de marzo.)