

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 20.4

*Legítima defensa incompleta. Supuesto de exceso intensivo. Necesidad racional del medio empleado. Módulos para su determinación. Reacción desproporcionada, al ser dirigido el ataque a partes vitales y por su carácter reiterado.*

Se postula la aplicación de la legítima defensa como eximente completa frente a la tesis de la sentencia de condenarle como eximente incompleta.

El motivo no puede ser admitido ya que en esta sede casacional se comparten los razonamientos de la sentencia relativos a la falta de proporcionalidad en la defensa que efectuó el recurrente al ver la agresión que sufría su amigo por los cinco que le golpeaban.

Retenemos este párrafo del fundamento jurídico noveno: «... Lo que es incuestionable es que existió un exceso intensivo en el uso de la defensa, habida cuenta de la utilización de una navaja en concreto hacia el tórax y hemitórax, región lumbar y rostro de Dámaso, con los resultados que se han descrito y que pusieron en grave peligro su vida de no mediar asistencia médica lo que hace que la defensa invocada se convierta en desproporcionada....».

En el presente caso, la desproporción no es tanto por la utilización de la navaja, porque la agresión que sufría el camarero era causada por los golpes de cinco personas. La desproporción se encuentra en las partes vitales que resultaron afectadas y por tanto, por la reiteración de tales actos –seis en total–.

Con la STS 1023/2010 de 23 de noviembre, debemos recordar que el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un juicio de valor que obliga «... no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*. Podemos concluir, afirmando que contra el injusto e ilícito proceder agresivo, la

defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que de mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues –cual ha resaltado la jurisprudencia– dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida medida de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión....».

En el presente caso, es claro que la reiteración en los golpes dados –seis, como ya se ha dicho– por el recurrente con la navaja de 9 centímetros y la afectación de factores vitales llevan a la conclusión de que la legítima defensa no puede calificarse como completa. Hubo un exceso en la defensa.

(Sentencia núm. 927/2011, de 20 de septiembre).

## ARTÍCULO 139.1

*Asesinato en grado de tentativa. Brutal agresión con una barra de hierro en la cabeza que ocasiona lesiones que, de no haber mediado la rápida intervención de la ambulancia y la acertada intervención de los médicos, habrían ocasionado el fallecimiento del agredido, de forma inevitable. Animus necandi. Alevosía. Uso de herramienta apta no sólo para causar graves lesiones, sino para matar, utilizada sobre zona vital, con una inusitada violencia y brutalidad. Ataque del acusado por la espalda de forma sorpresiva e inopinada.*

«Los hechos declarados probados –de necesaria observancia– evidencian de modo indiscutible la intención letal del autor de los hechos, cuando describe que: “Al ver que Ceferino colgaba el móvil, Juan Antonio, súbita e inopinadamente, entre las 21’40 y las 21’45 horas, se acercó por detrás a Ceferino, y con la barra de hierro tipo ‘pata de cabra’ que portaba le golpeó, con toda su fuerza e intensidad, en la parte posterior de la cabeza, haciendo caer aturdido a Ceferino de inmediato al suelo, donde Juan Antonio continuó golpeando con la barra a Ceferino en la cabeza y tórax, hasta que se percató de la presencia en las proximidades de tres señoras, una de las cuales le gritó ‘hijo de puta, llamo a la Policía’, momento en el que Juan Antonio huyó del lugar corriendo, dejando caer la barra de hierro a corta distancia”».

«Ceferino pudo salvar su vida gracias a la intervención de las tres señoras que aparecieron por el lugar y llamaron a la Policía y servicios médicos, y sobre todo a la atención que se le dispensó en los Hospitales de Sierrallana y Marqués de Valdecilla».

Todas las lesiones precisaron tratamiento médico y quirúrgico para su sanación, y, de no haber sido asistidas de inmediato, habrían producido el fallecimiento. Pre-

cisó 36 días de hospitalización y la curación se produjo tras 329 días con impedimento para el ejercicio de sus ocupaciones habituales. (...)

«Como recoge la propia sentencia de instancia, el delito de asesinato es un homicidio cualificado. Es un homicidio en el que concurre una o varias circunstancias de agravación específica concretas (alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa)».

En el presente caso concurre el dolo homicida que como sustrato básico exige el asesinato, dolo que en este caso es directo.

Como recuerda numerosa y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS de 16 de marzo de 1991 hasta las más recientes SSTs de 31 de octubre de 2002, 25 de marzo de 2004, 19 de abril de 2004, 2 de julio de 2004 (caso «Hiper-cor») y 11 de noviembre de 2004, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo porque lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte.

En el supuesto de autos se proclama el dolo directo. El procesado ataca a la víctima con una barra de hierro gruesa y pesada, de las conocidas como «uña» o «pata de cabra», perfectamente apta no sólo para causar graves lesiones, sino para matar, fuere cual fuere la zona vital contundida. Y la ataca en la cabeza, lugar en el que concentra la mayor parte de los golpes propinados con una inusitada violencia y brutalidad. El comportamiento del acusado, además, atacando por la espalda «y de forma sorpresiva e inopinada, deja traslucir una directa y decidida intención y voluntad de ejecutar su acción dando cumplimiento a finalidades aseguradoras para la ejecución y para el propio actuante tendentes a evitar una hipotética defensa por parte de la víctima. Es decir, de ejecutar el hecho con alevosía».

Con arreglo a ello, la subsunción está bien efectuada, y el motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia núm. 1406/2011, de 29 de diciembre).

## ARTÍCULO 147.1

*Lesiones. Causadas al arrojarse la víctima por la ventana huyendo de su agresor, que previamente había consumado un delito de violación y la amenazaba con matarla. Imputación objetiva del resultado. Nexo causal y creación de un riesgo desaprobado para la víctima, abarcado por el dolo del autor. Inexistencia de una voluntaria autopuesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida. El riesgo encuentra su origen en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro, ni aun cuando aquél afectase a un bien jurídico –libertad sexual– diverso del amenazado –integridad física– por la acción de salvamento emprendida por la víctima.*

La víctima «en un estado de pánico, aterrorizada, se abalanza por la ventana al vacío». Y a continuación la lesión derivada de la caída por la ventana.

Que la acción de arrojar por la ventana se considere como libre y voluntaria, resulta algo inadmisibile.

En un caso de dudable simetría con el que ahora juzgamos, dijimos en nuestra Sentencia número 449 /2009, de 6 de mayo:

El problema que suscita este motivo no es otro que el del fundamento y corrección de la atribución del resultado lesivo de la víctima a la acción que los hechos probados describen como realizada por el acusado recurrente.

A tal cuestión ha venido a dar respuesta la construcción dogmática de la imputación objetiva, de mayoritario refrendo en la doctrina, por más que desde diversas construcciones, cuyo examen no corresponde hacer en este lugar. Ello no impide afirmar como generalizado el criterio de que, cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado es su realización concreta.

A ello ha de unirse, según algunas posiciones doctrinales, por más que no pacíficas, la exigencia de que ese resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Es decir que no cabrá hacer aquella imputación si el tipo no se destina a la evitación del resultado de que se trate.

Esta última referencia adquiere especial relevancia precisamente, y en lo que ahora nos interesa, cuando el supuesto examinado puede encuadrarse en las hipótesis, entre otras, que pudieran calificarse de autopuesta en peligro. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Surge entonces la necesidad, en determinados casos, de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo.

Desde luego resulta insatisfactorio recurrir a la invocación del consentimiento de la víctima para dirimir esa cuestión. Resulta evidente que en el caso que juzgamos, el consentimiento por parte de la víctima en afrontar la acción arriesgada que desembocó en el resultado lesivo, no puede en modo alguno estimarse válido, ya que el hecho declarado probado proclama que la víctima actuó forzada.

Es más, partiendo del hecho declarado probado hemos de convenir que tampoco es correcto hablar de una voluntaria autopuesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida, porque el riesgo encuentra su origen precisamente en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro creado por el acusado, ni aun cuando aquél afectase a un bien jurídico –libertad sexual– diverso del amenazado –integridad física– por la acción de salvamento emprendido por la víctima.

Analizados los hechos, tal como nos vienen declarados, debemos concluir que no son atribuibles a la autonomía autorresponsable de la víctima. Y está fuera de duda que la preservación de la libertad sexual y la integridad física entran de lleno en su esfera de organización, que debe permanecer indemne ante intromisiones ajenas. Por ello, esa acción de la víctima, no afecta a la valoración jurídico penal que merece el comportamiento descrito como realizado por el acusado.

Por lo dicho, no puede excluirse la tipicidad penal, del delito de lesiones, de la conducta descrita como realizada por el acusado recurrente, y también ha de concluirse que el comportamiento de la víctima no elimina tampoco la imputación al comportamiento del citado recurrente del resultado lesivo padecido por aquélla.

Y ello pese a que, como dijimos, el riesgo creado por el recurrente amenazaba un bien jurídico diverso del de la integridad física de su víctima. Porque lo relevante es la inminencia de la agresión a la libertad sexual, unida a que la víctima estaba, en expresión de los hechos probados, acorralada por el acusado, que le impedía escapar por la puerta de la vivienda, llegando a temer por su vida, y que fue en ese marco, en el que

la víctima adoptó la decisión de saltar por el balcón del segundo piso para dejarse caer en la terraza del primero, acción ésta que, por otro lado, estaba lejos de mostrarse como altamente peligrosa, de suerte que no puede calificarse de desproporcionada a la situación de peligro soportada, ni siquiera cabe tampoco calificar de imprudencia grave dicha actuación de la víctima.

Muy al contrario, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de imputación del resultado a la víctima. Y no tanto porque ésta, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, no es la persona a la que el Derecho Penal responsabiliza de tal lesión, sino porque su comportamiento no excluye la imputación del resultado al acusado.

A esta conclusión habría de llegarse de mantenerse que a la víctima no le será imputable el resultado cuando no puede considerarse que lo consiente con voluntad válida, por libre y consciente. Pero también asumiendo las tesis de su irresponsabilidad cuando concurren los supuestos en los que se excluye aquélla respecto al autor de un hecho punible. Así cuando se encuentra en alguna de las situaciones de exclusión de imputabilidad, o, como en este caso, en alguna situación en la que, como autor, estaría justificada su conducta por estado de necesidad.

Y también cabe proclamar la responsabilidad del autor, aquí acusado, yendo más allá de la mera tesis de irresponsabilidad de la víctima. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación. Desde luego resulta obvio, en lo que ahora interesa, la desaprobación por el Derecho de la creación de situaciones de emergencia, incidiendo en ámbitos de organización ajenos, respecto de cuyas situaciones la acción de salvamento o elusión, no solo por un tercero, sino por la misma víctima del riesgo, está justificada, desde luego en los casos en que esa acción es además proporcionada.

En alguna sentencia dictada en supuestos bien similares hemos dicho que, en tal situación el resultado era imputable al autor del riesgo desencadenante de la maniobra defensiva. Como los resueltos por las Sentencia de 8 de noviembre de 1991 y 26 de febrero de 2000.

En la STS núm. 444/2007, de 16 mayo dijimos: Así las cosas, aparece que la conducta de Cosme originaba un grave riesgo de que Silvia tratara de escapar de manera extremadamente peligrosa para su vida y para la del feto. Y no aparece que hubiera una exagerada autoprotección por parte de Silvia, una intervención imprevisible de ella que permita apreciar la interrupción del curso causal. Aun dentro del planteamiento adoptado por la Acusación y por la sentencia, la imputación objetiva ha de ser afirmada, con arreglo a la Doctrina jurisprudencial; véanse Sentencias de este Tribunal de 7 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2000. A igual solución se llegaría, desde un punto de vista penométrico, si se aplicara el artículo 11.b, Código Penal, partiendo de que Cosme había creado la ocasión de riesgo, con el deber de garante que ello conllevaba, e incurriendo en la comisión, por omisión, de los ataques a las vidas humanas independiente y dependiente.

Finalmente, en la medida en que la creación del riesgo para la víctima es abarcado por el dolo del autor, este título subjetivo de imputación ha de extenderse también al curso de los acontecimientos que no supongan exclusión de la imputación objetiva del resultado.

Debemos aquí recordar lo dicho en la citada Sentencia de 7 de abril de 2006: La esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar. Y como quiera que es incuestionable que en el caso examinado fue el acusado quien con su actuación previa dio lugar a

la situación de peligro a que se vio sometida la mujer, y que la acción de ésta para liberarse de tan acuciante situación no estuvo motivada por otras causas, resulta incontestable la relación de causalidad directa e inmediata con las lesiones sufridas por la misma y, por ello, que el acusado debe responder por el resultado lesivo de la integridad física de la víctima.

Nada empuja para ello que el acusado no hubiera tenido –acaso– la concreta y específica intención de producir a la víctima las lesiones que ésta sufrió, pero una ponderación mínimamente racional de los hechos y del desarrollo de los mismos, conduce inexorablemente a considerar que el acusado actuó con dolo eventual en cuanto en el escenario donde se produjeron los hechos destaca la persistente y decidida voluntad de la mujer de abandonar el vehículo, lo que le era impedido por el acusado al bloquear la apertura de las mismas con el cierre centralizado, y rechazando con actos de violencia física los intentos de aquélla de alcanzar dicho mecanismo, siendo evidente para cualquiera que en esa situación de angustia por escapar y evadirse de la amenaza que se cernía sobre la secuestrada, ésta podría realizar cualquier acción que le permitiera alcanzar esos objetivos, aun a riesgo de su propia integridad, como hubiera sido abalanzarse sobre el acusado o, lo que finalmente realizó, accionar la palanca reductora, y es claro que el acusado pudo y debió prever la posibilidad y la probabilidad de tales reacciones y las consecuencias de éstas, aceptándolas y consinténdolas.

Tal constante doctrina nos lleva pues a rechazar también esta pretensión en la medida que el escenario descrito en el hecho probado justifica la situación de angustia y terror de la víctima.

(Sentencia núm. 353/2011, de 9 de mayo).

## ARTÍCULO 173.2

*Violencia psíquica habitual. Exégesis del delito. Doctrina general. Violencia psíquica habitual sobre su esposa, 20 años más joven y con extremada dependencia afectiva hacia el acusado. Actos que configuran un estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, como frecuentes insultos, gritos y humillaciones, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano y sometiendo sus gastos a un extremo control.*

Hemos de convenir que la situación descrita en el hecho probado ha de tipificarse, como hace la sentencia recurrida, de violencia psíquica habitual.

Nuevamente la sentencia de instancia se muestra exquisita en las consideraciones sobre el sentido de la expresión que tipifica el delito citado como violencia psíquica. La creación de una atmósfera irrespirable por «sistemático maltrato», la configuración de la convivencia como «microcosmos regido por el miedo y la dominación», como referencia diferenciable de la concreta consideración de cada acto que se encuentra en el origen de aquella situación, constituyen el sustrato fáctico al que el legislador acude cuando, entendiendo la expresión en el sentido común del lenguaje, tipifica la que denomina violencia psíquica.

Ciertamente tal dimensión empírica debe acompañarse de una valoración normativa. Conforme a la misma, aquella situación ha de tener cierta entidad que resulte socialmente reprochable. Porque obedezca a una intolerable concepción asimétrica de

la relación de la pareja en la que uno de los sujetos impone una arbitraria jerarquía, consolidada mediante el temor que se suscita en el que resulta injustamente sometido.

No solamente por cualesquiera medios, de los que, conforme a aquel uso común del lenguaje, convenga la consideración de violento, sino también en relación a las múltiples facetas desde las que la relación citada puede ser concebida: tanto la repugnante sumisión de los criterios de uno a los que el otro postula, como en la inhibición atemorizada en el ejercicio de las diversas manifestaciones de libertad, sea la de movimientos, la de creencias o la de opinión. Y también cuando el control de los recursos económicos propios de la pareja se monopoliza por uno de ellos sin opción alguna del controlado a su empleo fuera de las pautas que el otro señala.

Desde luego la vejación o desprecio constituye ya una manifestación más grosera, si cabe, de aquella violencia psíquica.

El tipo penal exige que aquella situación histórica o fáctica, a la que convenga esa valoración normativa, ha de ser también habitual. Este concepto no equivale al de continuidad, en el sentido que la define el artículo 74 del Código Penal, ni es equiparable al delito que mediante un solo acto produce un resultado de permanente lesión del bien jurídico.

La habitualidad se configura como comportamiento, eso sí reiterado, pero del que deriva un único resultado específico y autónomo del concreto resultado de cada una de las acciones que se reiteran en el tiempo.

Precisamente por ello el legislador ha decidido sancionar separadamente y en concurso de delitos los diversos actos cometidos por el sujeto activo, si aisladamente valorados son susceptibles de tipificarse como tales delitos específicos: homicidio, lesiones –incluida la lesión psíquica–, amenazas, detenciones ilegales, coacciones, injurias, etc.

La consumación del delito aislado, autónomo del de violencia habitual, difiere así de la consumación del delito habitual. Ésta ocurre cuando puede decirse que la situación puede considerarse establecida atendiendo al número de actos, sean específicamente típicos o no, y a la proximidad entre ellos, tal como establece el artículo 173.2.

Así en nuestra Sentencia 1050/2007, de 20 de diciembre, dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007, de 14 de febrero, respecto a dicha autonomía que: «... La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual 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. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento».

De ahí que, además de la sanción que los actos específicos han merecido, merezca ser penada la situación permanente de dominación denigrante a que aquellos actos y los demás no objeto de pena aislada, han sometido a al víctima. Precisamente con la correcta aplicación del artículo 173.2 del Código Penal.

Y en la Sentencia de esta Sala de 19 de octubre del 2010 resolviendo el recurso 10526/2010 dijimos: lo que ocurre, es que el Legislador al modificar el artículo 173.2 CP por la LO 111/2003 ha incluido una cláusula concursal excluyendo la infracción del principio *non bis in idem*, cuando dice que las penas se impondrán «sin



perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Esta Sala ha dicho que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no suponen una infracción del citado principio. La violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad.

Merece especial atención la reciente STS 474/2010, de 17 de mayo, que expone: «El recurrente considera que las amenazas (constituídas por la expresión te voy a matar), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el artículo 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio *non bis in idem*».

«Se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS 927/2000, de 24 de junio y 1161/2000, de 26 de junio)».

«La STS 414/2003, de 24 de marzo (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que “el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el artículo 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por la LO 11/2003) 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 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril)».

«Y la misma sentencia recordó que “los concretos actos de violencia sólo tiene 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 las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)».

«Por su parte, la STS 645/2004, de 14 de mayo, 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’ (v. la redacción originaria del art. 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' (v. 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' (v. 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* (v. STS de 9 de julio de 2001)».

La más reciente Sentencia de 26 de enero del 2011, al resolver el recurso 10793/2012 reiteró: Si además se hubiera considerado la concurrencia de un daño psíquico nos encontraríamos ante un delito de lesiones, cuya autonomía exigiría la sanción separada.

Y es que, como dijimos en nuestra Sentencia 477/2009, de 10 de noviembre, resultando aquí indiscutido el carácter activo del sujeto acusado ejerciendo la violencia, «el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla».

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consuma cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008, de 3 de octubre, una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).

La descripción de hechos probados, que en este cauce procesal no cabe discutir, da cuenta, no solo de antecedentes como el ocurrido en La Haba hacia el año 2002, sino de actos mucho más recientes que configuran ese estado de habitual ultraje y reprochable sumisión, cuando relata la agresión en Rota en mayo de 2007, los insultos de julio de 2008 y, más genéricamente a la proclamación como acreditados, en el tercer párrafo del apartado primero de la declaración de hechos probados, de frecuentes «insultos gritos y humillaciones, tildándola de subnormal o hija de puta, mandándole callar ante terceros, levantándole la mano (por lo general sin llegar a golpearla) y sometiendo sus gastos a un extremo control». Y subraya que tal situación duró hasta que el acusado puso fin a la convivencia en octubre de 2007.

(Sentencia núm. 192/2011, de 18 de marzo).

## ARTÍCULO 183.1

*Abusos sexuales. Engaño. Intercambio sexual con menor de 12 años por la promesa de compra de un móvil. La promesa de adquisición de un teléfono móvil, dirigida a un impúber que ve en ese objeto el ansiado instrumento para intensificar sus incipientes relaciones sociales, puede actuar como un señuelo que lleve a liberar a la víc-*

*tima de la autocontención que, sin ese ofrecimiento, habría impedido la entrega sexual. Continuidad delictiva.*

Se denuncia indebida aplicación del delito continuado de abuso sexual de los artículos 183.1 y 2 y 74 del CP.

Razona la representación legal de Aureliano que los hechos que se declaran probados respecto de Saturnino no tienen entidad suficiente para incardinarse en un delito continuado de abuso sexual. El menor acompañó al acusado por propia voluntad, no medió engaño. El menor aceptó mantener relaciones sexuales porque quería el premio del móvil, pero ese estímulo –sostiene la defensa– no integra el engaño penalmente relevante. Tampoco existió delito continuado, pues medió una discontinuidad temporal que impediría hablar de un aprovechamiento de «idéntica ocasión».

No tiene razón el recurrente.

A) El precepto mediante el que han sido calificados los hechos –art. 183.1 y 2 CP– sanciona a quien, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis. La aplicación de este tipo penal, cuando no su misma existencia, suscita no pocas dificultades. No faltan quienes ven en el mismo una rémora histórica a la que el legislador no ha podido sustraerse, sancionando la promesa incumplida de matrimonio como elemento determinante de la prestación de un consentimiento viciado para el acceso carnal. La jurisprudencia histórica revela, sin embargo, una aplicación del estupro de prevalimiento –antecedente inmediato del precepto acogido en el art. 183.1 del CP– no siempre asociada a la promesa de matrimonio. Así, las SSTs de 13 de octubre de 1967 y de 20 de enero de 1973, condenaron al hombre casado que venció la resistencia de una menor persuadiéndola de que era soltero; la STS de 26 de junio de 1929, consideró suficiente el engaño de quien había prometido a la mujer dejarla heredera de sus bienes y la STS de 3 de diciembre de 1903, estimó que la simulación de una ceremonia formal de matrimonio, celebrada por sorpresa, a sabiendas de que no era jurídicamente válido, también integraba el abuso sexual logrado mediante engaño.

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial ha estimado que el engaño determinante del consentimiento prestado por Saturnino consistió en la promesa del acusado de comprarle un móvil. Resulta indudable que la determinación de la idoneidad del engaño ha de estar fijada, no con arreglo a parámetros universales, sino atendiendo a las circunstancias personales de quien presta su consentimiento para un acto sexual que, en otras circunstancias, no habría consentido. Ese engaño, pues, ha de ser determinante, en términos de causalidad jurídica, de la prestación del consentimiento. Y no parece irrazonable afirmar que un menor de 12 años –a esa edad se iniciaron los contactos sexuales con el procesado a quien Saturnino dijo que ya había cumplido 13 años– presenta una inmadurez anímica que puede llevarle a prestar un consentimiento que, sin mediar ese engaño, nunca habría ofrecido. Es cierto que Saturnino tolera el intercambio sexual por la promesa de compra de un objeto. Sin embargo, no se trata de un regalo intrascendente para cualquier niño de su generación. La promesa de adquisición de un teléfono móvil, dirigida a un impúber que ve en ese objeto el ansiado instrumento para intensificar sus incipientes relaciones sociales, puede actuar como un señuelo que lleve a liberar a la víctima de la autocontención que, sin ese ofrecimiento, habría impedido la entrega sexual.

La nueva redacción del artículo 187.1 del CP, conforme a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de octubre y por tanto no vigente en la fecha de comisión de los hechos enjuiciados, ha incluido entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, castigando con una pena de 1 a 5 años de prisión y multa, la con-

ducta de quien «... solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz». Es cierto que no existe identidad en la acción prevista en cada uno de los tipos, siendo llamativa la diferencia de pena. Sin embargo, es perfectamente posible imaginar supuestos que presenten elementos comunes con el vigente artículo 182 del CP que, en el futuro, obligarán a delimitar jurisprudencialmente la relación concursal entre ambos tipos penales.

En cualquier caso, ciñéndonos al caso que es objeto de atención y a los instrumentos jurídicos vigentes para su calificación jurídica, la Sala concluye, en sintonía con la Audiencia Provincial, que existió un engaño determinante del consentimiento prestado por Saturnino para los actos sexuales en que fue involucrado por Aureliano.

B) Tampoco ha errado el Tribunal de instancia cuando ha calificado los hechos como integrantes de un delito continuado de abuso sexual. En efecto, la excepcionalidad de aplicación del delito continuado forma parte del enunciado mismo del artículo 74 del CP, en cuyo apartado 3 se precisa que «...quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Aun sin la unanimidad que sería deseable, la jurisprudencia de esta Sala –decíamos en nuestra STS 510/2009, 12 de mayo– tiende a rechazar la idea de continuidad delictiva cuando de agresiones sexuales se trata (cfr. por todas, SSTS 1378/1994, 30 de junio, 1387/1994, 5 de julio, 626/2005, 13 de mayo y 553/2007, 18 de junio). Recordábamos en la STS 319/2009, 23 de marzo, que la unidad de sujeto pasivo constituye un presupuesto sine qua non para la apreciación de la continuidad delictiva (cfr. SSTS 767/2005, 7 de junio, 275/2001, 23 de febrero, 1209/1993, 28 de mayo y 1272/1999, 9 de septiembre). A partir de esta idea, existen numerosos precedentes jurisprudenciales de admisión de la continuidad delictiva al tratarse de una misma víctima a la que, en ejecución de idéntico propósito libidinoso, se somete a abusos o agresiones sexuales durante un período dilatado de tiempo (cfr. por todos, SSTS 1832/1998, 23 de diciembre; 938/2004, 12 de julio y 360/2008, 9 de junio).

En el presente caso, la existencia de una continuidad delictiva respecto de los hechos imputados en relación con Saturnino se derivaría, no ya de la constatación de una única víctima, sino de la utilización de un mismo modus operandi, tratándose además de una reiterada infracción del mismo precepto, aprovechando semejantes ocasiones, con una visible proximidad temporal y, en fin, con el propósito de satisfacer un afán sexual que inspiraba todas las acciones ejecutadas.

(Sentencia núm. 1143/2011, de 28 de octubre).

## ARTÍCULO 189.2

*Posesión de pornografía infantil. Revocación de la condena de instancia por atipicidad. Posesión fugaz de archivos que ya se habían borrado cuando se practica el registro del ordenador. Recuperación de fotogramas residuales, de contenido sexual explícito en los que aparecen menores de edad, a través de la huella o rastro informático. Dado que no consta dato alguno sobre el momento de su grabación y posterior eliminación, ha de inferirse en beneficio del reo, que una*

*mera detentación no constituye un delito del artículo 189.2 CP. Doctrina de la Sala sobre la distinción entre visionar y poseer.*

El artículo 189.2 del Código Penal castiga al que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, el cual lo será con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual».

Nuestra jurisprudencia en STS 20 de octubre de 2003, consideró que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10 de octubre de 2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y el pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil.

Como señala nuestra STS 105/2009, de 30 de enero, el artículo 189.2 del Código penal requiere los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica nos debe conducir a interpretar el tipo penal incluido en el artículo 189.1.b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya «exhibido» (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con

tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de «redifusión» de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido «recopilando» en variadas ocasiones por el autor; c) será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Tercero.—El supuesto enjuiciado contiene unas especiales características fácticas que han de ser valoradas para la aplicación del tipo penal con que ha sido sancionado el ahora recurrente. Por un lado, se cuestiona el mismo elemento objetivo, es decir, la posesión de tales imágenes o archivos (que únicamente han resultado ser fotogramas residuales obtenidos tras la operación de recuperación del material grabado y borrado posteriormente), lo que podemos denominar «posesión fugaz», y de otro lado, se desconoce el momento concreto de la descarga, o bien el lapso temporal en que fueron poseídas por el acusado las imágenes que fueron posteriormente recuperadas, a modo de huella o rastro informático de su pretérita existencia.

Comenzando por este último reproche, que afecta a la prescripción del delito —tres años en el caso—, no consta en el *factum* dato alguno de donde deducir el momento, ni de la descarga, ni de la duración de la posesión. En efecto, señalan los jueces «a quibus» que desconocen el tiempo de la posesión, pero que ésta existió, aunque «no fuera particularmente prolongada o incluso muy reducida en el tiempo»; y más adelante que «los archivos fueron borrados, sin poder precisarse un tiempo prolongado de posesión».

Pues, bien, como quiera que solamente consta un dato temporal, esto es, que el día 15 de junio de 2006 se practicó una entrada y registro en el domicilio del acusado, autorizada judicialmente, y que en el curso de la misma se intervino el material informático que se analiza por la policía científica (folios 1229 a 1240) —Grupo de Pericias Informáticas—, tras el volcado de los discos duros de ambos sistemas, y no existe ni una fecha más, ni otro dato temporal, hemos de concluir que, al desconocerse la fecha de la incorporación —por el procedimiento que sea— de los archivos citados, y del borrado de los mismos, ha de inferirse, en beneficio del reo, que tal descarga o traslación a los cuerpos de almacenamiento del sistema informático pudieron ser tan fugaces, que durasen el tiempo correspondiente a su visionado y posterior destrucción, o bien el traslado a la papelera de reciclaje, o en fin, pudieron incorporarse en tiempo pasado, de manera que la acción estaría ya prescrita, aspecto éste que puede ser cuestionado incluso de oficio por el propio Tribunal enjuiciador, en cualquier instancia jurisdiccional, de manera que por la penalidad que se establece en el artículo 189.2 del Código Penal, a tenor del contenido del artículo 131.1 (antes de su reforma operada por LO 5/2010, la prescripción habría que determinarla en tres años, de conformidad con nuestro Acuerdo Plenario del día 26 de octubre de 2010 (delito cometido, no acusado).

Siendo así, procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que —por otro lado— al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS 105/2009, de 30 de enero, sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado, y así se lee en la misma que el acusado «poseyó, por más o menos tiempo, en el caso unos dos meses» el material que se cita, y en todo caso, porque no puede afirmarse con rotundidad si fue, o no, borrada inmediatamente, al advertirse el contenido pedófilo de la misma, pues ha de distinguirse entre visionar y poseer.

(Sentencia núm. 373/2011, de 13 de mayo).

## ARTÍCULO 250

*Estafa. Compra de vehículo en un concesionario de coches de lujo entregando para su pago cheque sin fondos. Engaño bastante. Apariencia de solvencia económica de la que el acusado carecía. Teoría de la autopuesta en peligro e imputación objetiva del resultado. Doctrina jurisprudencial. Inexistencia de grave negligencia por parte del director del concesionario a la hora de tutelar los intereses de la empresa.*

El motivo cuestiona la existencia del engaño bastante, elemento esencial del delito de estafa, que a su juicio, queda desdibujado y sin la precisión suficiente en el *factum*, por cuando ha de analizarse no solo la conducta realizada por el acusado, sino también por el director comercial del concesionario de coches de lujo, Británica de Automóviles, S.L. en el sentido de si el mismo actuó con la diligencia debida a su condición para proteger el patrimonio de la empresa para la que trabajaba, para concluir que el mismo omitió no solo la diligencia debida sino la más elemental diligencia de una persona de su cargo, al aceptar como medio de pago de unos vehículos, primero un simple cheque emitido por una persona de la que no tenía ninguna referencia y después aceptó como forma de pago un pagaré sin firmar, por lo que, contrariamente a lo considerado en la sentencia, el engaño bastante no existió en la conducta del acusado, sino una dejación de las más elementales normas de protección por parte del director comercial.

Respecto a la inexistencia o insuficiencia del engaño cuestionada por el recurrente, hemos dicho en SSTS 954/2010, de 3 de noviembre, 733/2009, de 9 de julio, 368/2007, de 9 de mayo, 182/2005, de 15 de febrero, 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 1479/2000, de 22 de septiembre, 577/2002, de 8 de marzo y 267/2003, de 29 de febrero), 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 ingenio humano y «la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece» (SSTS 44/93, de 25 de enero, 733/93, de 2 de abril), 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 17 de enero de 1998, 2 de marzo de 2000, 26 de julio de 2000).

Ahora bien el concepto calificativo de «bastante» que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera «mise en scene» capaz de provocar error a las personas más «avispidas», mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS 1243/2000, de 11 de julio).

La STS 1508/2005, de 13 de diciembre insiste en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello –hemos dicho en la STS 918/2008, de 31 de diciembre– 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.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS 2464/2001, de 20 de diciembre).

A este respecto debemos señalar (STS 1195/2005, de 9 de octubre, 945/2008, de 10 de diciembre) que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.



Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la «perspicacia» de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o «filo-mish», billete de lotería premiado o «tocomocho», timo del pañuelo o «paquero», etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado.

Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea».

La reciente sentencia 476/2009, de 7 de mayo, da respuesta a esta cuestión desde la construcción dogmática de la imputación objetiva, que permite afirmar que cuando se trata de delitos de resultado, el mismo es imputable al comportamiento del autor si éste crea un riesgo, jurídicamente desaprobado, y de cuyo riesgo el resultado (aquí el desplazamiento patrimonial perjudicial) es su realización concreta.

Esta sentencia analiza de forma minuciosa la hipótesis que pudiera calificarse de «autopuesta en peligro». Es decir cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. Supuesto en que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal, bajo criterios de autorresponsabilidad, o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad al autor que creó el riesgo. Lo determinante sería la existencia de ámbitos de responsabilidad diferenciados, con determinación normativa previa a la imputación.

Y en este sentido la citada sentencia nos dice: «Parece claro que no puede entenderse cometido el tipo penal de estafa, como cualquiera otro tipo de los que implican desplazamiento o sustracción patrimonial, a los que es común que la víctima sufra la pérdida de una cosa, si esa pérdida puede imputarse plenamente a quien –generalmente la víctima– era tenedor o poseedor de esa cosa.

Pero esa imputación a la víctima de la pérdida no cabe si el poseedor no ha tomado parte alguna en aquélla, ni de manera activa ni por omisión. Y tampoco si, habiendo tenido esa participación, concurre alguna causa obstativa de la imputación. Lo que puede ocurrir por encontrarse el poseedor en situación que le imposibilita intervenir o de desconocimiento de la eventualidad de tal desposesión. En algunos casos puede ser

un tercero el que provoca el comportamiento de la víctima, privándole de autonomía o generándole un error. Entonces la imputación solamente podrá hacerse a quien ha puesto tal causa que obsta que pueda hacerse la misma a la víctima.

En el caso de la estafa no cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente. Y no cabe hablar de voluntariedad, en ese sentido, aun cuando el acto de desplazamiento sea voluntario, si esa voluntad es fruto del engaño, como si lo es de la violencia o de la ignorancia....

No existirá la imputación que la doctrina denomina «de segundo nivel», cuando, aún pudiendo predicarse la voluntad del acto en el sujeto, éste actúa bajo error exculpante, que no sobre el tipo. Eso ocurre si no le era exigible una actitud de atención mayor que la desplegada. La víctima no puede entonces estimarse «culpable» del error padecido.

Tercero.—En el caso presente en el motivo se cuestiona la suficiencia del engaño por cuanto el director del concesionario habría incurrido en una grave negligencia a la hora de tutelar los intereses de la empresa.

En este punto es cierto, como señalan las SSTS 1227/2004, de 18 de octubre, 898/2005, de 7 de julio, 1276/2006, de 20 de diciembre, 368/2007, de 9 de mayo y 581/2009, de 2 de junio, 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. 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 cuando 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 socio-económica. 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 per-

sonales 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 solo 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 solo 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— producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

(Sentencia núm. 452/2011, de 31 de mayo).

## ARTÍCULO 318 BIS

*Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Los acusados pasan la frontera con Marruecos en un vehículo que transporta oculto en un doble fondo a un sujeto extranjero sin documentación.*

Se denuncia la inaplicación del apartado quinto del artículo 318 bis, que prevé la reducción en un grado de la pena atendiendo a la menor gravedad del hecho, las condiciones personales y la finalidad perseguida. Afirma que se trata de un único acto de transporte, la inexistencia de una organización y la situación de desempleo para fundamentar la atenuación.

Sin embargo, la reducción de pena que postula, como tipo atenuado, requiere, la concurrencia de unos elementos fácticos precisos para justificar un trato atenuado que en el hecho probado no se describen. Antes al contrario, del hecho, y de la fundamentación de la sentencia, resultan que el coche propiedad de esta recurrente estaba especialmente dispuesto para el transporte de personas en esta situación de ilicitud; de la causa resulta que el coche fue visto en varias ocasiones cruzar la frontera siendo ocupado por dos personas, de lo que razonablemente resulta la dedicación a la ilícita actividad para lo que contaban con especiales medios para la realización del transporte.

En todo caso, desde el hecho probado no resultan los elementos fácticos precisos para la aplicación del tipo atenuado que insta.

También denuncia que los hechos debieron ser subsumidos en la complicidad. Entiende que la función de la condenada, recurrente, es la de mero cómplice en la acción de otro, al limitar su actuación al mero acompañamiento del otro recurrente.

El motivo se desestima. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo, desde ese respeto, la aplicación al hecho del precepto penal que invoca como indebidamente aplicado o inaplicado. En el hecho se afirma que los acusados iban juntos, que el coche era propiedad de la acusada, aunque lo condujera el

otro recurrente, siendo ella la persona a cuyo nombre estaba el vehículo. El hecho probado recoge que la recurrente iba en el coche de copiloto y que en el interior del mismo estaba alojado, en las condiciones que relata, el inmigrante cuya introducción realizaban en el vehículo propiedad de la recurrente. Desde el hecho probado la subsunción es correcta y ningún error cabe declarar.

(Sentencia núm. 1358/2011, de 20 de diciembre).

## ARTÍCULOS 368 Y 369.3.<sup>a</sup>

*Tráfico de drogas. Examen del subtipo agravado de venta en establecimiento público Venta de papelinas por las acusadas en el bar que regentaban. Supuesto en que es de aplicación, al no ser las cinco ventas de droga en el bar acto meramente episódico. Nuevo marco punitivo.*

El Ministerio Fiscal interponer recurso de casación contra la sentencia de instancia a través de un único motivo encauzado por la vía del *error iuris* del artículo 849.1.º LECrim. por inaplicación indebida del actual artículo 369.1-3.º CP, subtipo agravado de venta de sustancias estupefacientes en establecimiento público.

Se sostiene en la argumentación, que desde el riguroso respeto a los hechos declarados probados, el Tribunal de instancia debió inexcusablemente haber aplicado el subtipo de venta en establecimiento público, ya que se dice en el relato histórico que en dicho bar y en el plazo de las cinco ocasiones que se relatan en el *factum*, en tres veces Celia y Zaira en otras dos, vendieron cocaína a clientes que así se lo solicitaron estando ellas tras la barra, e igualmente se dice que detenida Celia le fue ocupada en el interior del coche una balanza de precisión, y que en el interior del bar se ocupó también un bolso conteniendo recortes circulares de plástico y una balanza de precisión y un envoltorio con 2'389 gramos de cocaína y otras dos bolsas de plástico con huecos de los recortes anteriores, y en el interior del bar, en diversos lugares, dinero y recortes para papelinas así como anotaciones.

Se cita en la argumentación del motivo diversas sentencias de esta Sala que sostienen la aplicación del subtipo agravado en casos como el presente y concluye el motivo solicitando la pena de diez años de prisión.

En un nuevo informe de 12 de enero de 2011, posterior a la vigencia de la LO 5/2010, a la vista del nuevo marco penológico que acuerda dicha Ley en materia de tráfico de drogas, se solicita la pena de seis años y un día de prisión para cada una de las condenadas en la instancia.

Hay que reconocer que le asiste toda la razón al Ministerio Fiscal en el recurso formalizado ya que resulta inexcusable a la vista de los hechos probados la aplicación del subtipo de venta en establecimiento público que se solicita, no pudiendo admitirse la argumentación de la sentencia que excluye tal aplicación .

Retenemos en primer lugar del relato de hechos probados los siguientes datos (en síntesis):

1.º El día 28 de septiembre de 2006 Celia, que estaba tras la barra, le vendió a Rafael una papelina de cocaína.

2.º A las 20 horas del mismo día Celia, que estaba detrás de la barra, le vendió otra papelina de cocaína a Luis Alberto.

3.º El 10 de octubre del 2006, sobre las 19'45 horas, Celia que estaba tras la barra, vendió una papelina de cocaína a Benito.

4.º El 11 de octubre sobre las 11'15 horas, Celia, que estaba tras la barra, vendió a Fernando una papelina de cocaína.

5.º El 27 de octubre a las 18'10 horas, Zaira que estaba tras la barra, vendió una papelina de cocaína a Benito.

6.º El mismo día, a las 19'25 horas, fue detenida Celia en el bar encontrándose en su poder, dentro del bolso, una báscula de precisión, un envoltorio con 2'389 gramos de cocaína al 58%, 3 recortes de plástico y 2 bolsas con huecos de recortes. En su vehículo se encontró otra báscula de precisión.

7.º En el registro del bar, se encontró en un cajón, 130 euros, en la caja registradora 88'50 euros y debajo de la cafetera en un bolso 400 euros, recortes circulares de plástico, bolsas con huecos de recortes y en una balda de la cocina del bar una libreta con anotaciones alfanuméricas manuscritas por Celia.

En relación al dinero tampoco se comparte la valoración de la sentencia obrante en el fundamento jurídico cuarto de que se trata de cantidades normales y usuales en el giro de un bar porque la mayor parte se encontraba fuera de la caja registradora (en concreto 130 y 400 euros), que teniendo en cuenta todos los demás datos, conducen razonablemente a que se trataba de dinero de ventas de droga.

Esta Sala no va a acordar el comiso de estas cantidades porque no ha sido solicitado pero con independencia de ello, no es obstáculo a su valoración como un indicio más que conduce a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

Quinto.—Hay que recordar que la razón de ser del subtipo agravado de venta en establecimiento abierto al público se encuentra, por un lado, en la mayor facilidad que ofrece tal establecimiento a los vendedores de droga para la consecución de sus fines ya que lo hacen parapetados tras la apariencia normal de la explotación de un negocio en el que por la presencia frecuente de personas que entran en el mismo, queda dificultada la investigación de este delito y paralelamente facilitada su comisión, dado precisamente el indiscriminado acceso de personas al bar, ello supone un plus de impunidad que justifica el plus de punibilidad que implica el subtipo agravado. En tal sentido, STS 501/2003, de 8 de abril.

Precisamente por ello y por la exacerbación de la respuesta punitiva que ello supone, esta Sala tiene declarado que no procede la aplicación del subtipo cuando se está en una venta puramente episódica u ocasional de drogas en el establecimiento, o esta venta es llevada a cabo por persona al margen o con total desconocimiento del titular o gerente del bar o el establecimiento es solo lugar de almacenamiento y no venta. En tal sentido, SSTS 722/2008, de 28 de octubre; 1317/2009, de 17 de diciembre.

La Sala de instancia en el último párrafo del fundamento jurídico segundo excluye la aplicación del subtipo agravado por entender que efectuar cinco transacciones en un mes no es relevante ni supone que el bar se hubiese puesto exclusivamente a disposición de la venta de drogas, de suerte que el giro propio del bar fuese una mera pantalla subordinada a la venta de drogas y que ni siquiera se localizó sustancia estupefaciente en el interior del bar.

No podemos estar de acuerdo con esta argumentación, como ya se ha visto ambas recurrentes son las titulares del bar y las únicas, según se deriva del *factum*, que se encontraban en el mismo y por tanto las que atendían tanto el giro propio del bar como la venta de drogas. No puede calificarse de meramente episódico efectuar cinco ventas de drogas entre el 28 de septiembre y el 27 de octubre del 2006, máxime si se tiene en cuenta que si bien en el registro del bar ciertamente no se encontró droga, si se le ocupó en el bolso de Celia cuando fue detenida, en cuyo interior se encontró 2,389 gramos de cocaína al 58%, bolso que se encontraba dentro del bar y en el que también había una

báscula de precisión, habiéndose encontrado otra en el coche de ella y también es muy relevante que al margen del dinero que lógicamente se encontró en la caja registradora –85 euros–, propio del giro del bar, se encontró dinero fuera de la caja registradora, en un cajón 130 euros y debajo de la cafetera otros 400 euros, lugares absolutamente inadecuados para guardar el dinero fruto del giro del bar.

Razonablemente hay que afirmar que procedían de la venta de drogas, y asimismo también se encontró dentro del bar una libreta con anotaciones alfanuméricas manuscritas por Celia, así como recortes de plástico para confeccionar los envoltorios.

Todos estos datos patentizan más allá de toda duda razonable que con independencia de que el bar tuviese su propio giro comercial de venta de bebidas y demás, también y aprovechándose de esta circunstancia se vendían drogas con asiduidad y no de una manera episódica o aislada, y lo que es más importante tal venta era llevada a cabo directamente por las dos encargadas o titulares del bar, las condenadas en la instancia, Celia y Zaira.

Esta Sala, en la reciente STS 783/2008, de 20 de noviembre, tiene declarado en relación a la aplicación de este subtipo que: «...La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrolla ha de estar subordinada a la clandestina distribución de estupefacientes. Por lo general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa, para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas....».

Sin perjuicio de añadir que esta doctrina debe modularse a la luz de las concretas circunstancias del caso enjuiciado, en el presente, es significativo el cúmulo de datos que nos llevan a declarar que el tráfico de drogas no era algo episódico, sino relevante, aunque el bar simultanease también su función propia de tal. En definitiva, una valoración del conjunto de datos citados y analizados nos llevan a la conclusión más allá de toda duda razonable a la aplicación del subtipo agravado.

(Sentencia núm. 806/2011, de 19 de julio).

## ARTÍCULO 386 Y ARTÍCULO 400

*Falsificación de moneda. Tenencia de útiles para la fabricación de billetes falsos (billetes de 100 dólares USA). Incautación de elementos específicamente destinados a la falsificación como programas que se encontraban archivados en el disco duro del ordenador; imágenes digitalizadas de los billetes y los documentos. Consumación. No hubo tentativa alguna, ni desistimiento activo, ya que el delito se encontraba consumado pues los útiles se encontraron en la nave y en el domicilio, sin que sea necesario que el documento falso o el papel moneda entre el tráfico jurídico, pues la misma confección es ya delictiva.*

No es posible la aplicación de la teoría de la impunidad de los actos preparatorios a un delito que específicamente castiga éstos (art. 400 del Código Penal).



Así lo declara la STS 279/2008, de 9 de mayo, en un caso en que se consideró como subsumible jurídicamente la tentativa de falsedad documental, siendo así, se declaró, que ya estaba consumado el delito tipificado en el artículo 400, de tenencia de útiles, materiales o instrumentos específicamente destinados a la falsificación, haciendo hincapié esta Sala Casacional en que el meritado delito se consume con la disponibilidad sobre los instrumentos destinados a dicha falsificación. Tal resolución judicial declara que la tenencia del instrumental no requiere conocer la técnica del funcionamiento; en consecuencia, el delito se consume con la disposición sobre dichos instrumentos, puesto que ella fundamenta la posibilidad que el legislador ha querido prevenir de que sean puestos a disposición de quien disponga de los conocimientos técnicos necesarios para su utilización o de que sean utilizados valiéndose de quienes los puedan manejar. De otro lado, la STS 226/2008, de 9 de mayo, insiste en la idea de que, aunque pudiera llevarse a cabo una doble tipificación entre la tentativa y la consumación de un delito de tenencia de útiles para la falsificación, operaría en tal operación un concurso de normas, a resolver bajo el principio de alternatividad, y en consecuencia, con la aplicación del delito que contenga la pena más grave, como es lo que ha ocurrido en el caso sometido a nuestra revisión casacional. Añade esta última Sentencia que no tendría sentido alguno que, estando prevista expresamente en la ley la figura de la mera tenencia de útiles, cuando se inicia la efectiva utilización de éstos para falsificar, la pena hubiera de rebajarse, al vincularse a un grado imperfecto de ejecución del delito de referencia.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

Sexto.-El sexto motivo reprocha la falta de tipicidad de los hechos declarados como probados en el artículo 400 del Código Penal, en relación con los artículos 386 y 387 del mismo Texto legal.

Claramente la multiplicidad de útiles que les fueron incautados, tanto en la nave industrial, como en el domicilio de Higinio, eran aptos para la falsificación de moneda y de documentos oficiales, y buena prueba de ello es que, como aseguraron los peritos en el acto del juicio oral, el producto final de los mismos, mediante la utilización de las técnicas igualmente descritas, dieron como resultado –al menos– tres billetes de 100 \$ USA, que a simple vista y para un ciudadano normal, incluso para un funcionario policial no especializado, según dijeron, pasaban por auténticos, y otro tanto cabe afirmar del DNI y el permiso de conducción que fueron incautados a Augusto y que se había elaborado sustancialmente con los instrumentos hallados en el domicilio de Augusto, y que aquél pensaba entregar a su destinatario.

En el motivo 10.º se insiste en tal atipicidad, desde la perspectiva de que habían desistido de su acción, lo que implica, en la tesis del recurrente «que dichos medios ya no estén destinados a ningún uso delictivo, igualmente, por la no idoneidad de los mismos, así como por no ser una actividad de fabricación». Sobre esta última actividad, claro es que no han sido condenados por fabricación de moneda falsa, sino por tenencia de útiles para su fabricación, y con respecto a la pretendida inidoneidad, nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

Que el artículo 400 del Código Penal disponga como uno de sus elementos típicos objetivos que tales útiles y programas estén específicamente destinados a la fabricación de moneda falsa, no quiere decir que haya de tratarse de unos materiales o equipos cuyo uso no pueda tener otras finalidades, de manera que una impresora o un ordenador pueden llevar a cabo tales cometidos, o una prensa, o bien una imprenta, tintes, disolventes, fijadores, etc. siendo evidente que de tales elementos se valen las administraciones públicas competentes para la fabricación de la moneda auténtica, pero es que en el caso, dentro de tales equipos, los archivos y programas informáticos estaban preparados y eran aptos para la digitalización de billetes que tenían que ser

ulteriormente elaborados con la apariencia de auténticos. De tal modo, que de la lectura de los hechos probados claramente se deduce que esa multitud de instrumentos informáticos, junto a tintas, prensas, secaderos, etc. eran útiles necesarios para su fabricación, como, por otra parte, ellos mismos confesaron ante la autoridad judicial. Y siguiendo con sus declaraciones, en realidad lo que iban a hacer, momentos antes de ser detenidos por la policía autonómica catalana, era «desembarazarse de los documentos que pudieran ser peligrosos, entre los que estaban los documentos de identidad falsos», sin que este dato revele desistimiento alguno activo, sino una fórmula de protección ante una inminente presencia e intervención policial, sospechada por ellos mismos, que, en efecto, muy pronto quedó corroborada por la secuencia de los acontecimientos. Augusto declaró en el plenario: «fuimos al almacén... recogimos todo lo que nos parecía que podía ser (...) peligroso, y nos lo llevamos, y cuando salimos a la calle, nos detienen los Mossos de Esquadra y me encuentran a mí todo lo que llevaba... pero aquello era para tirarlo».

La STS 567/2006, de 9 de mayo, declara que la expresión «específicamente destino a la falsificación» hace referencia a la aptitud y cualidad del objeto para servir a la falsificación, esto es, cuando no se encuentra otra utilidad en el mismo, lo que sucede con los programas que se encontraban archivados en el disco duro del ordenador, las imágenes digitalizadas de los billetes y los documentos, y el resto de elementos que les fueron incautados.

Por consiguiente, no hubo tentativa alguna, ni desistimiento activo, ya que el delito se encontraba consumado (nos remitimos a la jurisprudencia que ya hemos citado ut supra), pues los útiles se encontraron en la nave y en el domicilio, y la falsedad documental estaba ya consumada, sin que sea necesario que el documento falso o el papel moneda entre el tráfico jurídico, pues la misma confección es ya delictiva, por lo que no puede atenderse la rebaja punitiva que en virtud del reclamado artículo 62 del Código Penal, se denuncia en el motivo undécimo del recurso, que igualmente tampoco puede prosperar.

(Sentencia núm. 988/2011, de 30 de septiembre).

## ARTÍCULO 515.5.<sup>a</sup>

*Asociación ilícita. «Hammerskin-España». Organización de ideología nacional socialista que promueve la discriminación, el odio o la violencia contra las personas por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o incita a ello. Organización con estructura jerárquica estable, sistema de selección de integrantes, normas rigurosas de comportamiento y sanciones para casos de incumplimiento.*

Por la vía del *error iuris* denuncia como indebidamente «aplicado el artículo 515-5.º en relación con el artículo 517-2.º del CP». Los recurrentes niegan que HSE sea una asociación ilícita de las tipificadas en el núm. 5 del artículo 515 CP y en todo caso afirman que no son autores de dicho delito, al no haber tenido una participación relevante por lo que no se procedería tampoco la aplicación del artículo 28 CP.

Hay que recordar que el núm. 5 del artículo 515 CP se refiere como asociaciones ilícitas a «...las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos, asociaciones, por razón de su ideología, religión, creencias...».

A justificar la tesis de la inexistencia de la asociación ilícita, dedican los recurrentes los folios 378 a 434 de su recurso. Se trata de una extensa argumentación, tan extensa como inútil en la medida que se realiza un estudio de cada uno de los recurrentes condenados –no solo los firmantes de este recurso– para en una valoración de los elementos probatorios que analiza concluir que ninguno formaba parte de HSE, con lo que por esta vía se viene a introducir, de nuevo, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia lo que ya ha sido resuelto en el motivo anterior, y quedó extramuros del presente.

Se olvidan los recurrentes que el marco del debate que permite el cauce casacional utilizado –el *error iuris* del art. 849-1.º es el de cuestionar la calificación jurídica de unos hechos probados que se aceptan expresamente. Dicho de otro modo, desde el respeto a los hechos probados declarados como tales en la sentencia, lo que se cuestiona es su subsunción jurídica, por ello queda extramuros del ámbito del motivo, todo aquello que cuestiona los hechos probados, cuyo respeto es el presupuesto de admisibilidad de este cauce.

Algunas sentencias de esta Sala, se refieren a este respecto a los hechos probados con términos incluso litúrgicos. Así, las SSTs de 17 de diciembre de 1996, 30 de noviembre de 1998, recordadas en las más recientes 956/2009 o 914/2010, se refieren al «respeto reverencial y absoluto al hecho probado».

Basta recordar que en el *factum* se recogen, de forma clara expresiones tales como:

a) Que todos los recurrentes forman parte «...de una asociación denominada Hammerskin España –HSE– la cual no está legalmente constituida, y cuyos componentes participan de la ideología nacional socialista creyendo en la supremacía de la raza blanca y en la discriminación, en consecuencia, de otras personas por razón de raza, orientación sexual, y nacionalidad y por lo que su finalidad es extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, que sienten propagando dichos sentimientos entre otras personas a través de la realización de conciertos...».

b) Se dice quienes ocupan puestos relevantes en dicha asociación, y que todos los condenados recurrentes son miembros de pleno derecho a excepción de Millán y Ernesto que son «miembros en perspectiva», pero todos tienen una efectiva participación en la actividad de la organización para la consecución de sus fines.

c) Que propagan la supremacía de la raza blanca impulsando el odio y la violencia utilizando como medios de difusión los conciertos de música, citando al grupo Odal del que dos recurrentes forman parte.

d) Se citan las revistas *El Martillo* y *Extremo* a través de las cuales se expanden sus ideas racistas aunque tales revistas tengan una apariencia de publicaciones de contenido musical.

e) Para la venta y difusión de las publicaciones y discos HSE utiliza dos apartados de correos cuyos titulares que se citan también son recurrentes.

Habrà de convenirse desde un mínimo rigor intelectual que ante esta descripción que en resumen se ha hecho de lo que con más detalle consta en el *factum*, no puede cuestionarse que se está ante una de las asociaciones a las que se refiere el artículo 515-5.º CP, y que los recurrentes forman parte de la misma, con independencia de que dos de ellos sean «prospects» ya que todos coadyuvan a los fines de la asociación, y con independencia de que algunos tengan específicos cometidos a causa de

concreta actuación y responsabilidad, unos confeccionando la página web, otros encargados de las ventas por Internet, otros de tesorería, seguridad, etc. etc.

La sentencia de instancia analiza la naturaleza de HSE en el fundamento jurídico decimoquinto –folios 154 y siguientes–, donde se estudian con detenimiento el contenido documental de los anexos que se citan en referencia a los efectos que les fueron ocupados a los recurrentes en los respectivos registros e igualmente, la Sala ha observado toda la documentación que conforma los anexos uno a veintisiete que se encuentran en el Tomo VII de la instrucción, folios 2120 a 2285. Tanto los textos y documentos ocupados como las banderas y demás efectos ocupados son tan explícitos en cuanto que ensalzan la doctrina nacionalsocialista, promoviendo el odio y el racismo y xenofobia que sobra cualquier argumentación adicional, y lo mismo puede decirse de las fotos obrantes en las actuaciones en las que aparecen algunos de los recurrentes con toda la liturgia nazi, debiéndose rechazar algunas objeciones en relación a la letra de las canciones de Odal –folios 2155 a 2162– se dice que se desconoce el autor de las transcripciones, tal alegación carece de toda virtualidad si se tiene en cuenta que obra en las mismas el sello del Servicio de Información de la Guardia Civil, siendo funcionarios de dicho servicio quienes la han efectuado, careciendo de relevancia la identidad de las mismas, como ocurre también en las transcripciones de las intervenciones telefónicas, en las que no suele aparecer la identidad de los agentes. Lo relevante son los discos ocupados siendo las letras de los folios indicados mero medio de facilitación.

En definitiva, se está ante una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS 372/2011, de 10 de mayo, nominada «Skin Heads Blood and Honour España» que promueve el odio o la violencia, o incitan a ello. Es tan patente el «discurso del odio» que predica HSE que incluso el término «odio» aparece proclamado escrito en los nudillos de la mano de uno de los recurrentes –Bienvenido–, en la foto obrante al folio 2143. En relación al «discurso del odio», STS 224/2010, de 3 de marzo, en relación al terrorismo, pero doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

(Sentencia núm. 1396/2011, de 28 de diciembre).