



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 717/2014, de 29 de enero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 426/2014

SUMARIO:

Conducción temeraria. Homicidio. Concurso real o ideal de delitos. Principio acusatorio. El tipo penal de conducción temeraria del art. 381.1 CP, conducción con temeridad manifiesta poniendo en peligro concreto la vida y con manifiesto desprecio a la vida, requiere que el autor conduzca temerariamente, esto es, con inobservancia absoluta de las reglas de tráfico elementales, debiendo ser manifiesta, es decir, patente para terceros; y como consecuencia de esta conducta se ha de poner en concreto peligro la vida de terceras personas, si bien y esto es determinante, el peligro concreto se produce sobre personas indeterminadas pues se trata de un delito contra la seguridad del tráfico (si se actuase con dolo sobre personas determinadas no se aplicaría el delito contra la seguridad del tráfico). Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 CP y 76 CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 CP). Voto particular.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16.1, 20.2, 21.2 y 7, 62, 73, 76, 138, 379, 381.1, 382 y 617.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 733.

PONENTE:

Don Andrés Martínez Arrieta.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL y por las representaciones de Jose Pedro y la acusación particular de Juan Francisco, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, que condenó a Jose Pedro por delito contra la seguridad del tráfico, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Jose Pedro recurrente representado por el Procurador Sr. Antonio Angel Sánchez- Jauregui Alcaide; y Juan Francisco representado por la Procuradora Sra. Nieto Bolaño; y como recurrido PORTE OLIMPIC DE BARCELONA S.A. representado por el Procurador Sr. García García.



I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, instruyó sumario 6/11 contra Jose Pedro , por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 21 de noviembre de dos mil trece dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Declaramos probado que sobre las 05,45 horas de la madrugada del día 6 de noviembre de 2011, el aquí acusado Jose Pedro , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se encontraba en la zona de ocio del Port Olímpic de Barcelona junto con Conrado , Juan Francisco , y con los hermanos Florencio y Isidro , a quienes al inicio de la noche había trasladado hasta allí en su vehículo propio, un Mazda 323 con matrícula W-....-WC , que había dejado estacionado en el parking del Port Olímpic, bajo la rampa de acceso al recinto portuario, en las proximidades de los muelles de Marina y Gregal.

Así a la hora reseñada, cuando todos ellos habían accedido ya al interior del indicado vehículo con el fin de regresar a sus domicilios en Badalona, como el acusado estuviere muy molesto con sus acompañantes por haberle dejado solo, manifestándoles éste que había tenido un incidente con un grupo de jóvenes de la étnica gitana, y como, una vez dentro del turismo, los acompañantes le increparan diciéndole que si era una maricona, esta circunstancia incrementó su enfado hasta el extremo que, después de haber realizado una maniobra de marcha atrás para sacar el vehículo de la plaza de aparcamiento que ocupaba, iniciada la marcha ya hacia adelante, en lugar de dirigirse hacia la salida del parking, se introdujo en un espacio excluido a la circulación para girar nuevamente noventa grados a su izquierda y encarar la recta de aproximadamente unos treinta metros que no tenía otra salida ni obstáculo que impidiese la precipitación al mar inmediato, de tal forma que, una vez hubo encarado aquella recta, el acusado engranó la segunda velocidad y pisó el acelerador a fondo, desoyendo las voces de alguno de sus acompañantes que le instaban a que frenase, manteniendo a pesar de ello el rumbo y la aceleración hasta caer al vacío y al mar inmediato.

Como el vehículo se sumergió rápidamente en el agua, una vez se hubo llenado el habitáculo del gélido elemento, el acusado salió por la ventanilla correspondiente a su puerta, que había dejado abierta, lo que hicieron también instantes después los ocupantes de las plazas traseras, concretamente Florencio , que salió por la ventanilla trasera izquierda del vehículo, puesto que ocupaba el asiento inmediato a ella y estaba ya parcialmente bajada en el momento de la caída, y por ella también logró salir, después, Juan Francisco , que ocupaba el asiento trasero central; mientras que Conrado hubo de fracturar la ventanilla trasera derecha del turismo, pues ocupaba ese asiento y no logró bajarla mecánicamente; siendo que Isidro fue el último en salir del interior del turismo, a pesar de que ocupaba el asiento del copiloto y tenía la ventanilla también parcialmente bajada en el momento de la caída.

Sometido el acusado a la prueba de impregnación etílica por agentes de la Guardia Urbana de Barcelona que se personaron en el lugar de los hechos con inmediatez a su ocurrencia, arrojó unos resultados de 0,63 y 0,63 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos pruebas a que fue sometido de forma sucesiva a las 06:43 y a las 06:57 de aquella mañana.

A raíz de la caída y de la actividad que hubieron de desplegar para salir a flote, Conrado padeció lesiones consistentes en cervicalgia con limitación y contractura del trapecio derecho y edema con dolor en el cuarto metarpiano de la mano derecha, además de hipotermia, por las que no constan más atenciones médicas que una primer asistencia y el empleo de 21 días no impeditivos para su curación. Juan Francisco sufrió lesiones en el tobillo



www.civil-mercantil.com

derecho y una cervicalgia, por las que no constan más atenciones médicas que una primera asistencia y el empleo para su curación de 21 días sin impedimento. Isidro acreditó haber sufrido cervicodorsolumbalgia e inflamación con heridas superficiales y dolor en dedos tercero y cuarto de la mano derecha, precisando una única y primera asistencia médica y tardando en curar 14 días sin impedimento. Y Florencio sufrió cervicalgia con espino presión negativa, musculatura paravertebral positiva bilateral, además de lumbalgia y equimosis a nivel frontal derecho, lesiones por las que no constan más atenciones médicas que la primera asistencia y el empleo de 10 días para su curación, sin impedimento alguno.

El vehículo del acusado hubo de ser reflotado del mar, lo que generó unos gastos cifrados en 1.372,80 euros que afrontó la entidad Port Olympic de Barcelona S.A."

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: 1º.- Debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Pedro como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad del tráfico de conducción temeraria y con manifiesto desprecio para la vida de los demás, ya definido también, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de tres (3) meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo multa de dieciseis (16) meses, con una cuota diaria de cinco (5) euros y una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de seis (6) meses.

2º. Debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Pedro como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad del tráfico de conducción etílica, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de tres (3) meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de siete (7) años, con su pérdida de vigencia.

3º.- Debemos condenar y condenamos al acusado Jose Pedro como autor penal y civilmente responsable de cuatro faltas de lesiones, ya caracterizadas, a las penas, por cada una de las cuatro faltas, de multa un (1) mes, con una cuota diaria de cinco (5) euros y una responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas.

4º.- Que debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Pedro a que indemnice a Conrado en la cantidad de seiscientos treinta (630) euros por las lesiones y en dos mil quinientos (2.500) euros por daños morales; a Juan Francisco en la cantidad de seiscientos treinta (630) euros por las lesiones y en dos mil quinientos (2.500) euros por daños morales; a Isidro en la cantidad de cuatrocientos veinte (420) euros por las lesiones y en dos mil quinientos (2.500) euros por daños morales; y a Florencio en la cantidad de trescientos (300) euros por las lesiones y en dos mil quinientos (2.500) euros por daños morales; así mismo, deberá indemnizar a la entidad Port Olympic de Barcelona, S.A. en la cantidad de mil trescientos setenta y dos con ochenta (1.372,80) euros por gastos acreditados.

5º.- Debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Pedro al pago de las costas del proceso, incluidas las devengadas por las acusaciones particulares personadas en la causa.



www.civil-mercantil.com

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaselas saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Jose Pedro , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación del recurrente, formalizaron el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

Primero.

Por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 138, 16.1 y 62 del Código Penal e indebida aplicación del artículo 381.1 y del art. 617.1 del Código Penal .

Segundo.

Infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de la atenuante analógica de embriaguez del art. 21.7 en relación con los arts. 20.2 y 21.2 del Código Penal en los delitos de homicidio intentados.

La representación de Jose Pedro :

Primero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución Española .

Segundo.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución Española por vulneración del principio acusatorio. Señala que el acusado no fue acusado por delito de conducción temeraria del art. 381.1 del Código Penal .

Tercero.

Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 381.1 del Código Penal .



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución Española y del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la motivación de la sentencia respecto al delito del art. 381.1 del Código Penal .

Quinto.

Se renuncia.

Sexto.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 24 de la Constitución Española .

SÉPTIMO A DÉCIMO.- Se renuncian-

DÉCIMO PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma, del número 4 del art. 851 de la LECRim ., en relación con el art. 733 de la LECr .

NOVENO A DÉCIMO QUINTO.- Se renuncian.

DÉCIMO SEXTO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECr ..

La representación de la acusación particular de Juan Francisco :

Primero.

Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECRim ., por indebida inaplicación del art. 138 del Código Penal en relación con el art. 16 y 62 del mismo texto legal .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de octubre de 2014.

Séptimo.

Celebrada la deliberación con fecha 29 de octubre de 2014, esta Sala dictó Auto por el que se acordó prorrogar el plazo para dictar sentencia, hasta la celebración del Pleno no jurisdiccional de la Sala. Una vez celebrado éste, en fecha 20 de enero de 2015, la Sala acuerda levantar la suspensión del mencionado plazo, procediéndose a dictar la sentencia y el Excmo. Sr. Don Luciano Varela Castro anunció su deseo de formular voto particular por disentir de la opinión mayoritaria.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Exposición de los hechos y fundamentos de la sentencia impugnada.*

La sentencia objeto de la presente impugnación casacional condena al recurrente como autor de un delito contra la seguridad del tráfico por conducción bajo efectos de bebidas alcohólicas, otro de conducción temeraria con manifiesto desprecio para la vida, y como autor de cuatro faltas de lesiones, siendo absuelto, aunque no lo recoge la sentencia impugnada de forma expresa, de cuatro delitos de homicidio en tentativa que las acusaciones imputaron en el juicio oral. En síntesis, se declara probado que el acusado se encontraba en compañía de sus amigos en la zona del Puerto Olímpico de Barcelona. Que discutieron en el interior del vehículo para regresar a sus casas porque "el acusado estuviera muy molesto con sus acompañantes por haberle dejado solo", en una discusión que mantuvo con otros jóvenes; sus acompañantes le increparon llamándole "maricona", circunstancia que incrementó su enfado. Sacó el vehículo del aparcamiento, se introdujo en un espacio excluido a la circulación y encaró una recta de treinta metros que no tenía otra salida que el mar, "engranó la segunda velocidad y pisó el acelerador a fondo, desoyendo las voces de alguno de sus acompañantes que le instaban a que frenase manteniendo el rumbo y la aceleración hasta caer al vacío y al mar inmediato". Se añade que el acusado, una vez precipitado al mar logró salir del vehículo por la ventanilla que había dejado abierta. Narra que los demás ocupantes del vehículo también lograron salir, con las lesiones que se describen, y que le fue practicada la prueba de alcoholemia dando resultado positivo a la impregnación alcohólica.

La fundamentación de la sentencia expresa la convicción sobre los hechos probados, con base en las declaraciones de los testigos presenciales del hecho, quienes narraron haber visto la maniobra, el acelerón realizado para precipitarse al mar, lo que fue testificado también por un vigilante de seguridad. Por el testimonio de un policía que intervino en el rescate del vehículo, el tribunal declara que el vehículo se precipitó con la marcha segunda engranada. Los ocupantes del coche corroboran el hecho en declaraciones del sumario ratificadas parcialmente en el juicio oral. La pericial sobre la alcoholemia y las testificales evidencian la ingesta alcohólica y la forma de suceder los hechos resulta, como hemos dicho, de la testifical oída y la valorada del sumario. El acusado ha mantenido, por el contrario, que sufrió un error, lo que se compagina mal con las testificales oídas en el plenario y la resultancia de la prueba.

Fundamenta la sentencia la subsunción de los hechos en el delito de conducción temeraria del art. 381.1 Cp y no en los delitos de homicidio, desde una consideración discutible y que es discutida en las impugnaciones de las acusaciones. Afirma la existencia del dolo en la realización del hecho que reviste la modalidad de eventual. En este sentido, expresa en la motivación que "circulando en la forma en que lo hizo el vehículo de autos, incluso al ciudadano con menos luces se le representa unos riesgos tan clamorosos para la vida de todos los ocupantes del vehículo...". El núcleo central de la argumentación de la sentencia de instancia es la que se emplea para fundamentar la subsunción, desechando la tipicidad del hecho en los delitos de homicidio intentado, y asume la calificación en el delito de conducción temeraria del art. 381 del Código penal. Sin citar la STS 1019/2010 de 2 de noviembre reproduce una parte de su argumentación para afirmar que el delito del art. 381 del Código penal, "es concebido en la doctrina como tentativa de homicidio con dolo eventual, al estimarse que el "manifiesto desprecio" supone una objetivación del dolo basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, de tal modo que no se puede alegar que se esperaba o se confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado". De ahí, concluye la sentencia impugnada, que "el legislador ha optado por una solución tipificadora unitaria de todas aquellas conductas arriesgadas en el ámbito de la circulación de vehículos que pongan en concreto peligro la vida e integridad física de otro de tal forma que la totalidad de los riesgos generados,



www.civil-mercantil.com

independientemente del número de personas que hayan sido expuestas a riesgo, encuentran una retribución penalógica única a partir de las consecuencias sancionadoras previstas en el precepto penal indicado, el art. 381.1 del Código penal ...".

El tribunal de instancia afirma, por lo tanto, el actuar doloso pero, sostiene, no obstante, que sólo podrá acogerse la calificación en el delito de resultado intentado "si dispusiéramos de elementos probatorios bastantes para elaborar una inferencia segura sobre la presencia en el conductor de un ánimo o propósito directo de matar a sus acompañantes...". No existiendo este dolo directo, y concurrente un dolo eventual, la conducta no se subsume en el art. 138 Cp , sino en el delito de peligro, art. 381 Cp ., como "solución tipificadora unitaria". Esta argumentación es objeto de impugnación que analizaremos cuando estudiemos las impugnaciones de las acusaciones.

En definitiva, el tribunal de instancia tiene en cuenta en su argumentación para absolver de los delitos intentados de homicidio y condenar por el de peligro del art. 381 Cp , dos consideraciones: la proporcionalidad de la pena correspondiente al hecho que, en este caso, la consecuencia se agrava al ser cuatro los sujetos pasivos; y, además, que el art. 381 Cp contempla los hechos de la circulación generadores de peligros concretos a la vida e integridad con independencia de los resultados, "una solución tipificadora unitaria de todas aquellas conductas arriesgadas desplegadas en el ámbito de la circulación", de manera que se subsumen en el tipo de peligro los hechos generadores de un peligro cometidos por medio de un vehículo mediando dolo eventual, en tanto que se subsumen en el delito de resultado doloso cuando el dolo sea directo.

Segundo. *La tipicidad subjetiva del hecho y su subsunción en el dolo.*

El dolo admite diversas modalidades. Sin embargo no hay un dolo de primer orden, el dolo directo, y otros de menor intensidad, el de consecuencias necesarias o el eventual. Se trata de distintas modalidades para explicar la misma forma de tipicidad subjetiva.

Conviene recordar en este momento argumentativo nuestra doctrina sobre el dolo, recogida en la STS 772/2004, de 16 de junio , reiterada en jurisprudencia posterior, como las SSTS 890/2010, de 8 de octubre , o la 546/2012, de 25 de junio ;: "El dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolo intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado... En otros términos, aunque no lo persiguiera intencionalmente, conocía que utilizaba unos medios potencialmente capaces de producir la muerte y los actuó. Consecuentemente, que se produciría la muerte.

Desde una argumentación del dolo basado en la voluntad, el elemento subjetivo del delito doloso de homicidio concurre en el hecho probado pues, indudablemente, el autor se representa la probabilidad de que su acción produzca la muerte y persiste en la acción .

Estas dificultades en la explicación junto a las derivadas de la acreditación del elemento subjetivo que es necesario inferirlo del dolo, ha propiciado un concepto normativo del



www.civil-mercantil.com

dolo que esta Sala ha utilizado desde la Sentencia de la colza (STS 23.4.92), basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido".

El dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida. Desde esta perspectiva resulta patente que el hecho de dirigir el vehículo, a gran velocidad, por un espacio excluido a la circulación, sin ningún obstáculo que impida la caída al mar, evidencia el conocimiento de la situación generadora de un peligro concreto para la vida y desde ese conocimiento del peligro generado se ha actuado. El acusado conoce el peligro, se representa el elevado riesgo para la vida y continúa en la conducta pese a los gritos de sus acompañantes que le instaban a que frenase "manteniendo el rumbo y la aceleración hasta caer al vacío y al mar inmediato". Así lo expresa la sentencia impugnada: "incluso el ciudadano con menos luces se le representa unos riesgos tan clamorosos para la vida".

Como dijimos en la STS 294/2012, de 26 de abril : la configuración de la tipicidad dolosa, "no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del elevado peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" .

En similares términos, la STS 418/2014, de 21 de mayo , al señalar que La jurisprudencia actual en relación al dolo ha evolucionado desde el concepto de dolo clásico, como conocimiento y voluntad de la realización del tipo hacia una concepción del dolo que pone el acento en el peligro para bienes jurídicos protegidos que son puestos en riesgo por el autor de la acción quien consciente del riesgo creado, continúa con su acción siéndole indiferente el resultado. En tal sentido se pueden citar como Sentencias pioneras en este desplazamiento del elemento volitivo del dolo al de la puesta en peligro por el agente conscientemente para bienes jurídicamente protegidos creando un riesgo del que se desentiende y no puede controlar, las SSTS de 27 de diciembre de 1982- Caso Bultó - 23 de abril de 1992, -síndrome tóxico del aceite de colza".

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL Y DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Tercero.

El análisis del recurso de las acusaciones instando la condena por delitos intentados de homicidio no supone una revalorización de la prueba ni contraría el derecho de defensa.

Las acusaciones, pública y la particular, denuncian la indebida aplicación de los arts. 381 y 617 del Código penal y la inaplicación de los arts. 138, 16 y 62 del Código penal , calificando el hecho de cuatro delitos intentados de homicidio.

La vía de impugnación de la que parten los recurrentes es el error de derecho, por lo tanto, desde el respeto al hecho probado no instan su modificación, al entender que es reflejo de la prueba practicada en el juicio oral. El error del tribunal lo achacan a la subsunción. Entienden que es errónea la calificación de los hechos en el delito de peligro del art. 381 Cp . aplicado, siendo la correcta, y así lo postulan en el recurso, la del delito de homicidio intentado, tantos como personas fueron sujetos pasivos de la conducta del acusado. Destacan del hecho



www.civil-mercantil.com

probado que el acusado aceleró, tenía metida la segunda marcha hacia un lugar en el que no había obstáculo alguno hasta precipitarse al mar; que el acusado se encontraba molesto con sus amigos, a los que reprochó que le hubieran dejado sólo en una reyerta con otros individuos y que uno de los ocupantes le llamara "maricona"; además, que tuviera la ventanilla abierta predispuesta para salir del vehículo y para procurar su rápido hundimiento.

Con carácter previo a la resolución del recurso hemos de abordar la viabilidad de la impugnación, pues en la misma las acusaciones pretenden una condena por un título de condena de mayor gravedad que la contenida en la sentencia impugnada. Para ello seguimos la STS 156/2014 , que analizó la viabilidad del recurso de casación frente a una sentencia absolutoria, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera contrario al Convenio que interpreta la alteración de los hechos realizados por un tribunal que no ha percibido la prueba practicada, por lesionar el derecho a la presunción de inocencia y a la defensa, consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y nuestra Constitución. "Hemos de recordar lo que constituye una doctrina consolidada de esta Sala sobre el alcance de la revisión de las sentencias absolutorias cuando la misma es realizada por un tribunal que no tiene contacto directo con la actividad probatoria del enjuiciamiento, doctrina que inicia el Tribunal Europeo de derechos Humanos y ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido son claras las limitaciones a la revisión de sentencias absolutorias en la instancia cuando no se tiene un contacto directo con la prueba y ello tanto por el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías, establecido en su concreto contenido constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/202, como por las exigencias del derecho de defensa, en los casos en que una sentencia absolutoria en la instancia es objeto de recurso por las acusaciones con pretensiones de condena.

Lo indicamos en la STS 500/2012, de 12 de junio , en la que dijimos que el derecho de defensa del acusado absuelto impide realizar con ocasión del recurso un nuevo juicio de culpabilidad si aquél no es oído con inmediatez por el Tribunal que conoce del recurso, como ocurre con el recurso de casación (STS sentencias núms. 798/11 de 14 de julio y 698/2011 de 22 de junio , recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reafirmada en su Sentencia (45/2011 de 11 de abril) .

Son postulados esenciales de tal doctrina que: cuando el órgano ad quem "ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa" (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía , § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía , § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia , § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27).

La regla que define el alcance del contenido del derecho de defensa se expresa por el TEDH en la Sentencia citada caso Constantinescu c. Rumanía , §§ 58 y 59 de 27 de junio de 2000 , de manera inequívoca: "tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él".

Asumiendo la anterior exigencia constatamos que la pretensión de los recurrentes no es una modificación del hecho probado, ni una revaloración de la prueba sino una declaración jurídica relativa a la subsunción de los hechos. En la Sentencia anteriormente citada, dijimos también que "tal exigencia no juega cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria



www.civil-mercantil.com

sea una cuestión estrictamente jurídica. (En la Sentencia TS nº 138/2013 de 6 de febrero reiteramos la misma línea)".

En la presente casación también hay que referirse a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Naranjo Acevedo, de 22 de febrero de 2013, que consideró ajustado al Convenio la modificación de la subsunción, en los términos que interesa el Ministerio público y la acusación particular, cuando el "tribunal de revisión se ha limitado a interpretar de forma diferente la noción de dolo eventual", en la que el Tribunal de la revisión no se pronuncia sobre un elemento subjetivo propio del delito sino sobre la definición jurídica del delito. La pretensión de los recurrentes no versa sobre una cuestión fáctica, sino jurídica y esta puede ser objeto de revisión sin afectar al derecho de defensa, que es respetado.

Cuarto. *Calificación de los hechos en el delito intentado de homicidio y no en el delito contra la seguridad del tráfico.*

Resuelto lo anterior analizamos la impugnación. Los recurrentes cuestionan la subsunción del hecho en el delito contra la seguridad colectiva, precisamente porque el hecho probado no refiere esa afectación: se atentó contra la vida de los ocupantes del vehículo generando una situación de peligro, representada y asumida, en la causación del resultado.

El motivo será estimado. El tipo penal de la conducción temeraria del art. 381.1 Cp., conducción con temeridad manifiesta poniendo en peligro concreto la vida y con manifiesto desprecio a la vida, requiere que el autor conduzca temerariamente, esto es, con inobservancia absoluta de las reglas de tráfico elementales, debiendo ser manifiesta, esto es, patente para terceros; como consecuencia de esta conducta se ha de poner en concreto peligro la vida de terceras personas; peligro concreto de personas indeterminadas pues se trata de un delito contra la seguridad del tráfico. Destacamos los elementos esenciales en la configuración del delito: acto de conducción por vía pública; conducción temeraria; afectación de la seguridad colectiva; y concreta puesta en peligro de la vida de terceras personas.

La jurisprudencia existente sobre este delito es, ciertamente, escasa, porque la competencia se residencia en los Juzgados de lo penal, sin acceso a la casación. No obstante en algún pronunciamiento de esta Sala hemos destacado sus elementos principales (STS 363 /2014 de 5 de mayo):

a) La conducción de un ciclomotor o vehículo de motor con temeridad manifiesta, es decir, con una notoria y anormal desatención a las normas reguladoras del tráfico, en clave de desprecio a tales normas, y

b) Que tal acción suponga un concreto peligro para la vida o integridad de los otros usuarios de la vía. Por tanto la simple conducción temeraria creadora de un riesgo abstracto no sería suficiente para la ejecución del tipo. Si lo sería en la modalidad prevista en el párrafo 2 del art. 381 Cp. .

c) Además, el manifiesto desprecio por la vida de los demás.

El propio tipo penal exige con claridad la puesta en concreto peligro para otros usuarios de la vía y ello debe quedar claramente descrito en el hecho probado.

Finalmente recordar que se está en presencia de un delito que solo admite su ejecución dolosa, y no imprudente, y por ello, el dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo: el modo de conducir temerario y el peligro concreto para los otros usuarios de la vía, dolo que no desaparece ni se neutraliza por la concurrencia de otros móviles, como el de huir de la persecución de la policía. (SSTS de 29 de Noviembre de 2001 ; 561/2002 de 1 de Abril ; 1039/2001 de 29 de Mayo ó 1464/2005).



www.civil-mercantil.com

Nos interesa destacar, por la importancia para el caso de esta casación, el elemento del peligro para terceros usuarios de la vía pública, lo que no es sino consecuencia del requisito del acto de la circulación. Aunque el delito sea de peligro concreto, los destinatarios de la acción peligrosa son terceros indeterminados para el autor del hecho delictivo, pues la acción no va dirigida sólo contra los ocupantes del vehículo, sino que se dirige a poner en peligro una circulación de por sí peligrosa y fuertemente normativizada en su regulación. De esta manera, si la conducta se dirige contra personas determinadas a las que se quiere poner en peligro, asumiendo la materialización del riesgo en un resultado concreto, que se persigue o que una vez advertido se continua en la agresión al bien jurídico, la conducta no puede ser subsumida en el delito contra la seguridad del tráfico, sino en el de resultado, al atentarse contra la vida y la indemnidad de las personas concretas y determinadas, contra las que se dirige concretamente en el delito de homicidio.

Llegados a este punto procedemos a destacar las diferencias entre ambos tipos penales, el de peligro, conducción temeraria con desprecio a la vida, art.381.1 Cp ., y el de resultado, homicidio en el caso, intentado, arts. 138, en relación con el 16 del Cp ...

En primer lugar, el requisito de acto de conducción como elemento del tipo penal del art. 381Cp . En su virtud, el autor debe utilizar el vehículo para un acto de circulación, utilizando una vía pública por regla general, si bien la conducta puede realizarse sobre vías que no tengan esa consideración. Lo relevante es la existencia de un acto de circulación. En el caso de nuestra casación, el autor no realiza propiamente un acto de conducción en el sentido antedicho, no pretende un traslado entre dos lugares. La acción se desarrolla en un espacio excluido de la circulación y el autor no realiza una conducta que se enmarca en la circulación, como acción de enlazar dos localizaciones, sino que quiere precipitar el coche al mar, no conducir a través de una vía pública reservada a la circulación de vehículos a motor. El acto de circulación aparece excluido en el hecho.

En segundo lugar, desde la perspectiva del bien jurídico hemos de proceder a la concreción del bien jurídico objeto de la agresión, si la vida o las condiciones de seguridad del tráfico. En el primer caso, si el autor realiza su acción contra personas concretas y determinadas sobre las que actúa, la tipificación se materializa en el delito contra la vida; si por el contrario, la acción va dirigida a atentar contra las condiciones de seguridad del tráfico, lo que supone un peligro para terceros usuarios de la vía pública en la que se conduce de forma temeraria, la subsunción procederá en el delito contra la seguridad del tráfico, en distintas modalidades típicas en función de la concreción del peligro. En el caso, el autor no compromete la seguridad del tráfico, sino la vida de sus amigos con los que está enfadado y realiza una conducta consistente en precipitar el vehículo al mar. No hay afectación de la seguridad del tráfico.

En tercer término, abordaremos la tipicidad subjetiva. En precedentes jurisprudenciales hemos declarado que "Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un peligro concreto para la vida o integridad física de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que las pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo eventual y en tal caso el resultado representado y admitido le convierte en autor a título de dolo (STS 561/2002, de 1 de abril).

En el caso de nuestra casación, el autor realiza una conducta respecto de la que conoce el peligro que para la vida de sus acompañantes produce, utilizando el vehículo como instrumento de agresión a los bienes jurídicos tutelados. Así, el relato fáctico refiere un supuesto de utilización del vehículo a motor como instrumento hábil para producir un resultado de muerte de los ocupantes del vehículo. Se declara probado que el acusado dirigió el vehículo, con un fuerte acelerón, hacia el mar, precipitándose, al tiempo que había abierto su ventana lo que propiciaba su escapatoria, de una parte, y la inmersión del vehículo, de otra. El



www.civil-mercantil.com

autor realizó el tipo penal del delito de resultado, homicidio del art. 138 Cp . El actuar declarado probado no fue un acto de conducción, un acto de tráfico, pues no se realizaba un traslado por vía pública dispuesta para ello, sino que el vehículo es empleado como instrumento de agresión en la creación del peligro; el autor no pone en peligro la vida o integridad de personas indeterminadas, típico de un delito contra la seguridad del tráfico, sino de las concretas personas a las que quiere atentar; por último el autor se representa el peligro, lo conocía y aceptó en los términos que hemos dejado expuestos.

En consecuencia, procede estimar la impugnación de las acusaciones y subsumir los hechos en los delitos intentados de homicidio, tantos como resultados intentados.

Quinto. *Pluralidad de delitos concurrentes según las normas del concurso real del art. 73 y 76 Cp .*

Señalado lo anterior, por lo tanto la subsunción de la conducta en los delitos de homicidio, procede analizar el régimen de concurrencia de los delitos de homicidio, concurso real o ideal.

La cuestión, como desarrollaremos a continuación, ha dado lugar a una larga discusión doctrinal y jurisprudencial. Anticipamos lo que será una conclusión: el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del art. 77 Cp . que, a priori , parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica. La pluralidad de resultados, en el concurso ideal, no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante. La regla penológica del art. 77 Cp contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el disvalor de la acción pero no el disvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal (por ejemplo, en la tentativa).

Por otra parte, el ejemplo, elaborado por la doctrina, del padre que decide matar a sus hijos y se plantea dos modalidades de conducta, matarlos uno a uno arrojándolos por un precipicio, o precipitar por el mismo precipicio un vehículo con los hijos en su interior, sitúa la discusión en un clarificador escenario en el que la misma conducta, matar a los hijos, tiene una distinta penalidad según se opte por las reglas del concurso real o ideal.

Es necesario realizar la interpretación de la norma para determinar el tipo de concurso aplicable a los supuestos de acción única causante de varios resultados, reales o potenciales.

Expondremos las soluciones propuestas y la opción de esta Sala tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del pasado 20 de enero de 2015, al que se acudió para unificar criterios de interpretación.

De acuerdo a la jurisprudencia clásica, los tipos penales aplicados en el caso de nuestra casación, los homicidios, describen conductas que incorporan un resultado, real o potencial. Para dilucidar el régimen concursal ha de tenerse en cuenta, no sólo la "acción" de matar, sino el "hecho" de matar, expresión última que incorpora en su comprensión no sólo la acción desarrollada, también el resultado producido o pretendido, pues si el término "acción", indica una conducta, el de "hecho", aglutina la conducta realizada y el resultado producido. Cuando la acción realizada causa varios resultados estamos en presencia no de una única acción de matar, una acción homicida, sino de tantos hechos como víctimas, o potenciales víctimas, de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, pues sobre cada uno de ellos se desarrolla la acción y ésta no tiene la misma antijuridicidad y culpabilidad cuando la acción se desarrolla contra una o contra varias víctimas.

En similares términos la STS 1837/2001, de 19 de octubre : "Cuando se trata de un homicidio, lo que se tiene en cuenta a los efectos del art. 77 no sería tanto la acción de matar



www.civil-mercantil.com

sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad, como el de la culpabilidad". También, la STS 122/2010, de 25 de febrero, dice que: "matar a varias personas, aunque se produce a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real". La STS 365/2013, de 20 de marzo, aun admitiendo la existencia de un debate sobre la cuestión, concluye afirmando que "unidad de hecho no es lo mismo que unidad de acción. Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo acción. En el delito de homicidio "hecho" en sentido penal viene constituido por la muerte de una persona, no por la acción que ocasiona esa muerte". Una última cita jurisprudencial, la 418/2014, de 21 de mayo, de forma más categórica, concluye "en los delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en las personas víctimas y, en consecuencia, habrá tantos delitos de homicidio o asesinatos, consumados o tentativa, cuantas fuesen los lesionados".

Esta ha sido la posición de la jurisprudencia. Para ello ha acudido a distintos argumentos. En primer lugar, una interpretación apoyada en la expresión "hecho" del art. 77 Cp, en los términos expuestos anteriormente, para excluir del concurso ideal a los supuestos de concurrencia de una pluralidad de resultados que dan lugar a una pluralidad de delitos homogéneos. También del propio art. 77 Cp resulta que la norma penológica que prevé se refiere a la concurrencia de delitos penados con distinta pena, lo que parece excluir los supuestos de concurrencia de delitos homogéneos. Un último argumento, también empleado para fundamentar esta dirección jurisprudencial, se refiere a la distinta intensidad, energía criminal, preparación del resultado, de la conducta dirigida a la causación de un único resultado de la que persigue una pluralidad de resultados, queridos o previstos y asumidos. Esa distinta conducta merece una distinta consecuencia, pues el autor que acepta varios resultados incorpora mayor intensidad en su acción, mayor carga de energía criminal, para conseguir la pluralidad de resultados que pretende, o se representa y asume.

La cuestión, no obstante, no es pacífica. Conocidos son las divergencias que gran parte de la doctrina penal mantiene frente a esta posición de la jurisprudencia. Incluso nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de la dificultad de la cuestión. En algunos pronunciamientos se ha mantenido que la concurrencia de delitos homogéneos, derivados de una única acción, ha de ser regulada por la norma del concurso ideal. Así la STS de 23 de abril de 1992, (Sentencia de la Colza), afirma "partiendo del carácter personal de lo ilícito es evidente que la pena se dirige contra la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos pues el delito es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano. Es indudable que si sólo las acciones puedan infringir una norma, de infracciones de la norma dependerá el número de acciones...". En un sentido similar, la STS 357/2002, de 4 de marzo. En esta construcción el resultado, realizado o previsto, apenas tiene relevancia en la conformación de la pena.

En otros pronunciamientos jurisprudenciales se ha argumentado sobre una distinta solución en el régimen en concurrencia, real o ideal, apoyada en la distinta modalidad del tipo subjetivo doloso, dependiendo si es directo o eventual. Así, la STS 861/97, de 11 de junio indica "si el sujeto pretende alcanzar con su acción la titularidad de los resultados producidos (dolo directo) y dichos resultados constituyen la lesión de otros bienes jurídicos protegidos, habría que concluir que estamos en presencia de varios "hechos" punibles en concurso real. Cuando la voluntad del sujeto afecta directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado previsto pero no directamente perseguido (dolo eventual), estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existiría unidad de acción y diversidad de resultados



www.civil-mercantil.com

penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso". En un sentido idéntico, la STS 187/1998, de 11 de febrero .

En este contexto de dispersión jurisprudencial, la función atribuida a un tribunal de casación, básicamente la de propiciar la unificación interpretativa en aras a asegurar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, llevó a la Sala encargada de la decisión a instar del Pleno de la Sala II un pronunciamiento de unificación.

El pasado día 20 de enero de 2015, el Pleno no jurisdiccional de la Sala adoptó el siguiente acuerdo: "Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp .)".

En el Acuerdo transcrito se reitera la que ha sido la jurisprudencia clásica de esta Sala sobre el régimen de concurrencia de los delitos con pluralidades de resultados que afectan al mismo bien jurídico, causales a una única acción.

No es objeto del Acuerdo de unificación los supuestos sobre los que no existe una divergencia jurisprudencial. Así, los supuestos de una unidad natural de acción, que permite aglutinar la pluralidad de resultados sobre un bien jurídico de titularidad única; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción, o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia. Cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 Cp , es clara y uniforme en su interpretación. También los supuestos que se encuadran en la unidad natural de acción que absorbe los plurales resultados que afectan a un único titular del bien jurídico. Por último, tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado.

El Acuerdo se refiere por lo tanto a los supuestos en los que concurre una unidad natural de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos, haciendo especial salvedad de las reglas específicas de concurrencia, como la del art. 382 Cp .

En estos supuestos el criterio acordado resuelve la concurrencia bajo las reglas del concurso real, atendiendo a los criterios antedichos al exponer la posición jurisprudencial. El "hecho" de matar al que se refiere el art. 77 para aplicar el concurso ideal comprende acción y resultado, por lo que existen tantos delitos como titulares de los bienes ofendidos. En el caso de concurrencia de varios "hechos", se aplica el régimen previsto en los artículos 73 y 76 del Código penal , concurso real y expresamente excluido el régimen del concurso ideal del art. 77 Cp . Régimen, por otra parte, no previsto para los supuestos de homogeneidad delictiva, al expresar la regla penológica en referencia al delito más grave, supuesto que no se produce en los delitos que se subsumen en la misma norma penal.

Dijimos anteriormente que en el fondo latía un problema de proporcionalidad de la pena pues el régimen del concurso ideal, a priori aplicable a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada a la pluralidad de resultados. En este régimen concursal, los segundos y posteriores resultados no tienen prevista penalidad. Para ahondar en la necesidad de una interpretación que lleve a una solución proporcionada, destacamos la importancia que en la solución que se propugna alcanza el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y la extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad. En efecto, en los delitos contra el patrimonio, cuando el ataque se dirige contra una pluralidad de bienes pertenecientes a distintos titulares, el instituto de la



www.civil-mercantil.com

continuidad delictiva, con su variedad del delito masa, el Código proporciona una solución penalógica que unifica la pluralidad de acciones mediante la fórmula típica del aprovechamiento de circunstancias, lo que convierte al art. 74 en una regla de determinación e individualización de la pena para aquellos supuestos en los que, no obstante la pluralidad de acciones, éstas se unifican en una, eso sí con una penalidad elevada, que puede llegar a la pena superior en grado, o en dos grados, para los supuestos de delito masa. Pero ese instituto no nos sirve cuando se trata de bienes personalísimos en los que, de manera expresa, se excluye la continuidad. Es necesario acudir a un criterio interpretativo que contemple la pluralidad de resultados y permita la proporcionalidad de la pena, pues no sería lógico que en el ejemplo al que aludíamos anteriormente, el padre que decide despeñar el coche por el precipicio con sus tres hijos, con la idea de acabar con su vida, no tuviera prevista una pena proporcional a sus "hechos", la muerte de sus tres hijos.

La solución del art. 77 Cp . para los supuestos de unidad de acción causales a varios resultados homogéneos no acierta a explicar el porqué de un tratamiento punitivo beneficioso hasta el punto de no prever pena para los plurales resultados, pues el concurso ideal solo prevé la pena correspondiente al delito en su mitad superior, como si concurriera una circunstancia de agravación, dejando, sin consecuencia jurídica, los plurales resultados y éstos siempre han sido tenidos en cuenta por el legislador para conformar la penalidad. La necesaria proporcionalidad no se respeta imponiendo la pena prevista por un solo hecho. Y, realmente, no es lo mismo realizar una acción dirigida a la causación de uno o de varios resultados típicos. Esa actuación con conocimiento, o previsión, de la causación de varios resultados típicos merece una distinta consecuencia jurídica superior a la correspondiente a un único resultado. La solución viene dada por la regla concursal de los arts. 73 y 76 Cp , las penas correspondientes a tantos delitos como hechos cometidos. La limitación en la penalidad viene proporcionada por el sistema de acumulación del art. 76 Cp ., el triplo de la máxima y las limitaciones de duración máxima de las penas privativas de libertad.

Resuelto lo anterior, el Acuerdo no hace distinción entre las modalidades de dolo que pueden concurrir en el hecho, dolo directo, de consecuencias necesarias o eventual.

Ya nos hemos referido en esta Sentencia a las modalidades de dolo y su diferencia. Como tales modalidades no varían la calificación de dolosa del tipo subjetivo y no alteran la consideración de dolosa de la conducta. No entenderlo así supondría abrir un portillo sin una base dogmática firme, una especie de categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia que añadiría mayores dificultades de delimitación entre dolo y culpa y supondría tratar de solucionar problemas de proporcionalidad de la pena a través de la desnaturalización dogmática del dolo; máxime cuando en la mayoría de las ocasiones se afirma la existencia de un dolo eventual a supuestos de dolo directo en los que la motivación exigida se apoya en criterios de inferencia.

Los problemas de proporcionalidad han de ser resueltos con el empleo de las facultades de individualización, empleando las posibilidades que prevé el Código penal con las circunstancias de atenuación y las facultades de individualización.

Por último, y en lo que se refiere a la tentativa de los cuatro delitos de homicidio, debe ponderarse que nos hallamos ante unas tentativas acabadas y con un patente resultado tangible de peligro concreto para la vida de las cuatro víctimas, dado que el acusado dirigió el vehículo a notable velocidad hacia el bordillo del puerto, a las 5,45 horas de la madrugada de un día de noviembre, a sabiendas de que se precipitaba con él a los cuatro compañeros al fondo de las aguas del puerto en el interior del turismo.

Siendo así, no cabe duda de que ejecutó todos los actos integrantes de la acción homicida y que con su conducta generó un grave peligro concreto para la vida de los cuatro sujetos que acompañaban en el vehículo al acusado, peligro que finalmente, debido a la habilidad de los ocupantes, no se llegó a materializar en un resultado homicida, pero sí en peligros concretos tangibles para el bien jurídico que tutela el art. 138 Cp ..



www.civil-mercantil.com

Al hallarnos ante unas tentativas acabadas generadoras de un grave peligro concreto para la vida, ha de entenderse que concurre un concurso real del tipo previsto en los arts. 138 en relación con el art. 16.2 y 62, todos del Código penal .

Una hipotética situación en la que las potenciales víctimas no estuvieran expuestas a la concreción del elevado peligro del supuesto que analizamos en esta Sentencia, podría configurar una distinta solución concursal, pero no es el caso de esta casación.

Sexto. Concurrencia de atenuantes e individualización de la pena.

El Ministerio fiscal denuncia en el segundo de los motivos la inaplicación al hecho probado de la atenuación por la embriaguez no habitual. Lo hace desde el respeto al hecho probado, que refiere que el acusado había estado en compañía de sus acompañantes ingiriendo bebidas alcohólicas y que tras los hechos se practicaron dos pruebas de alcoholemia reflejando una concentración de alcohol de 0.63 gramos por litro de sangre. El acusado es condenado por un delito de conducción de bebidas alcohólicas.

El motivo se estima. Desde el hecho probado resulta la ingesta alcohólica y la causalidad de esa ingesta en el devenir de los hechos.

La atenuación que surge de la pericial realizada alcanza en el caso una especial intensidad no tanto por la ingesta alcohólica, ya relevante, sino por la concurrencia de unas concausas que aparecen en el hecho probado y que hacen que la atenuación tenga una especial calificación. Así, el hecho probado recoge una ingesta alcohólica relevante que merece la atenuación en los delitos intentados y, además, se afirma que el acusado se encontraba muy enfadado en unas circunstancias, también relevantes, como la hora en que ocurren los hechos, que estuvieran toda la noche de fiesta y alternando en varios locales de ocio, con sus amigos a los que reprochó que le hubieran dejado solo en una reyerta con otras personas y, en lugar de atender esa queja y reproche, recibe un improperio de ellos, lo que incrementa su enfado, que se traduce, en un análisis conjunto, en una disminución de capacidades psíquicas potenciadas por la ingesta alcohólica y la noche en vela. Ello evidencia una reducción de la culpabilidad en el hecho que se traduce en la consideración de cualificación de la atenuación.

En consecuencia procede imponer una pena de 2 años y 6 meses de prisión por cada uno de los homicidios intentados al concurrir la atenuación por la embriaguez que se considera cualificada, ratificando el resto de la condena en lo referente a costas procesales y responsabilidad civil. La penalidad inpuesta por los cuatro delitos se ve afectada por la limitación derivada del sistema de acumulación jurídica del art. 76 Cp .

RECURSO DE Jose Pedro

Séptimo. Motivo formulado para denunciar la vulneración en su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El recurso de este recurrente es complejo en su comprensión. Mezcla impugnaciones por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y vulneración del principio acusatorio con otros en los que reitera, bajo distintas impugnaciones el núcleo de su disensión, la vulneración de ambos derechos a la inocencia y a las exigencias del principio acusatorio.

En el primer motivo denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Para ello reproduce lo que ya expresó en el juicio oral, el despiste de su conducción derivado de la ingesta alcohólica y las condiciones climatológicas concurrentes el día de los hechos.



www.civil-mercantil.com

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, el derecho constitucional a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución Española ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la comprobación.

Desde la perspectiva expuesta la desestimación es procedente. El tribunal de instancia declara probados los hechos que refiere a partir de la testifical oída en el juicio, básicamente las declaraciones de los funcionarios de policía y de la vigilancia del puerto deportivo y las declaraciones de los ocupantes del vehículo vertidas en el sumario y en el juicio oral. Como tal prueba personal está sometida a la inmediación del tribunal que la percibe, desde su presencia en la práctica de la prueba, sin que en esa función valoradora, sujeta a la percepción directa de prueba, pueda ser sustituida por la defensa o por otro tribunal que no ha percibido. Como prueba personal esta sujeta a la valoración racional, conforme al art. 717 de la Ley procesal penal , lo que el tribunal realiza en la fundamentación de la sentencia.

El motivo, consecuentemente, se desestima.

Octavo. Vulneración del principio acusatorio.

En el segundo motivo denuncia la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva en su manifestación de vulneración del principio acusatorio, al haber sido condenado por un delito de conducción temeraria que no fue objeto de acusación.

El motivo se desestima. Las acusaciones calificaron los hechos por el delito intentado de homicidio y el tribunal considera que el legislador en el tipo penal del art. 381 Cp ., anticipa la protección del bien jurídico y unifica los distintos resultados que puedan producirse de una conducción temeraria. Además, entiende, que esa punición en el delito de riesgo constituye una respuesta penal más justa y proporcionada al desvalor de la conducta que enjuicia, razones que le llevan a una subsunción en un tipo penal de peligro que tiene prevista una consecuencia jurídica de menor gravedad que la que fue objeto de acusación.

No obstante, la estimación del recurso de las acusaciones deja sin contenido la de este recurrente analizamos su pretensión revisora en los términos que solicita.

Como dijimos en la STS 981/2013 de 23 de diciembre , la vigencia del principio acusatorio parte de una estricta correlación entre la acusación y la declaración judicial de condena realizada por el tribunal, de manera que éste no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y del que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide supone la realización de la justicia de acuerdo a las exigencias derivadas de la observancia del derecho de defensa. Así el tribunal no puede condenar por un delito del que la defensa no haya podido defenderse, no haya podido practicar prueba en su



www.civil-mercantil.com

interés y realizar alegaciones en su contra. En el fondo late un aspecto de legitimidad en el ejercicio del ius puniendi. Sólo quien ostenta un interés de accionar penalmente, la acusación pública que ostenta un interés social, o la particular, que ostenta y defiende su interés particular, pueden hacerlo. De esa pretensión de condena ha de darse traslado a la defensa para actuar su concreto interés en defensa de los derechos que le asisten. Así se conforma un proceso acorde con las exigencias del principio democrático, el debido equilibrio entre la acción y la defensa, con igualdad de armas y vigencia de los principios de contradicción efectiva, igualdad y de defensa.

La esencia del principio acusatorio consiste en asegurar la vigencia del derecho de defensa, propiciando que la defensa del imputado pueda actuar su derecho a defenderse de una previa acusación que le ha sido comunicada y que no pueda verse sorprendido por una subsunción inesperada efectuada por un tribunal que, como hemos señalado, no tiene legitimidad para efectuar un reproche sin una acusación previa. El tribunal se sitúa en el enjuiciamiento como un órgano que recibe una relación fáctica y una subsunción, comunicada a la defensa, y que en el juicio debe proceder a la reconstrucción del hecho con la celebración de la prueba que las partes proponen para su valoración.

Desde la perspectiva expuesta comprobamos que el recurrente ha vertebrado con plenitud de garantías su derecho de defensa, tanto respecto del hecho como de la calificación jurídica, al poder cuestionar, como lo ha hecho de forma efectiva, los elementos de la imputación, el empleo del coche, la conducción temeraria, el dolo, y el desprecio a la vida, que fueron objeto de acusación y que el tribunal ha observado en la declaración de hechos y en la subsunción cuyos elementos típicos han sido objeto de defensa.

Noveno. *Analizamos el error de derecho por la indebida aplicación del art. 381 del Código penal .*

Arguye, en síntesis, que los hechos no ocurrieron como se expresa en el hecho probado, sino por mero accidente.

La vía de impugnación empleada en el motivo exige el respeto al hecho probado el cual refiere un hecho en el que no se evidencia una omisión del deber objetivo de cuidado sino la voluntariedad de la conducta de sumergir el coche en el mar.

El relato fáctico no refiere en momento alguno una omisión de la diligencia debida, una omisión del deber objetivo de cuidado, típico de la imprudencia, sino un actuar voluntario al provocar la precipitación al mar.

Décimo. *Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de motivación de la sentencia.*

El motivo se desestima. Nuestra jurisprudencia viene declarando que entre la carencia de motivación y una extensa y prolija pormenorización de los elementos probatorios, existe una franja en la que caben las justificaciones sucintas pero suficientes a tenor de la naturaleza del hecho, la clase de prueba manejada y los elementos componentes del debate probatorio. El recurrente en realidad combate la interpretación de los actos que conforman la ilicitud declarada, tanto discutiendo los hechos, al imputarlo a un accidente, como el concreto peligro al que sometió a sus amigos y acompañantes. Recordamos de nuevo que no se puede confundir el error denunciado por infracción de ley, o por error de hecho, con la falta de motivación.

En el caso que nos ocupa, el hecho probado refiere que realizó una conducta que comprometía seriamente la vida de los ocupantes, al precipitar, voluntariamente y con pleno



www.civil-mercantil.com

conocimiento al mar el vehículo que conducía. Existe motivación que ha permitido conocer el porqué de la condena y justifica el ejercicio de la jurisdicción en esta sentencia condenatoria.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Décimo primero.

Los motivos quinto a décimo son renunciados. En el undécimo denuncia el quebrantamiento de forma por haber condenado por un delito que no fue objeto de acusación, quebrantamiento de forma cuya impugnación ha sido analizada en el segundo motivo de su impugnación.

En el motivo decimosexto, tras la renuncia de los anteriores, denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba que en la subsiguiente argumentación no desarrolla sino que denuncia el error de hecho al no aplicar la atenuación derivada de la ingesta alcohólica y la conducción de un vehículo a motor.

El motivo se desestima. La cuestión ha sido analizada y estimada como causa de atenuación. Nos remitimos a lo que hemos dicho al analizar el recurso de las acusaciones, sobre la distinta subsunción del hecho en los delitos intentados de homicidio y la concurrencia de la atenuación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por El Ministerio Fiscal y la representación de la acusación particular de Juan Francisco , contra la sentencia dictada el día 21 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Barcelona , en la causa seguida contra Jose Pedro , por delito contra la seguridad del tráfico que casamos y anulamos. Declarando de oficio las costas causadas correspondientes a sus recursos . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de Jose Pedro contra la sentencia dictada el día 21 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Barcelona , en la causa seguida contra el mismo, por delito contra la seguridad del tráfico. Declarando de oficio las costas causadas correspondientes a sus recursos . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas correspondientes a su recurso . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, con el número 6/11 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, por delito contra la seguridad del tráfico contra Jose Pedro y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha



www.civil-mercantil.com

21 de noviembre de 2013 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

Segundo.

Que por las razones expresadas en el sexto y séptimo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular de Juan Francisco .

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Pedro como autor de cuatro delitos intentados de homicidio concurriendo la circunstancia muy calificada de embriaguez a cuatro penas de 2 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN , con la limitación del art. 76 Cp . dejando sin efecto la condena por el art. 381 Cp y ratificando el resto de la condena de la instancia en lo referente a costas procesales y responsabilidad civil.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Ana Maria Ferrer Garcia Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR que emite el EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO a la sentencia nº 717/2014 dictada en el recurso de casación nº 426/2014.

1.- Emito este voto a los efectos de mostrar mi discrepancia en relación a la doctrina de la sentencia aprobada por la mayoría, al recoger el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de enero de 2015.

No es mi propósito entrar a analizar las justificaciones que en esta sentencia quieren encontrarse en consideraciones dogmáticas sobre el concepto de dolo, por cuanto las



www.civil-mercantil.com

considero, en buena medida, no necesarias funcionalmente para avalar la conclusión a que se llega, sino excursos obiter dicta.

Salvo en cuanto a la identificación, como categorías conceptuales de diferenciación pretendidamente irrelevante, de las manifestaciones de dolo en el que el autor va en la procura de un resultado, cuya realización desea, con aquel otro en que el resultado es de ocurrencia eventual, pero de objetiva probabilidad y subjetivo desprecio por el autor. Diferencia para mi de indudable trascendencia y que, a modo de ejemplo, excluye la posibilidad de imputar algunos tipos delictivos, que tienen como presupuesto la intención dirigida a la obtención precisamente del resultado.

Por otra parte muestro mi conformidad con la consideración de que en este caso nada impide entrar a valorar la tesis de las acusaciones para llegar a la condena más grave de la propuesta en la instancia. En efecto, este debate se suscita en términos estrictamente jurídicos, de mera subsunción en la norma penal del hecho declarado probado por la recurrida, y, por ello, la falta de audiencia personal del penado en la casación no minora su defensa.

Ahora bien, ello solamente para el caso de mantener la imputación a título de dolo eventual como expresamente imputa la sentencia impugnada. No puedo compartir que, para casar la sentencia, se altere esa premisa fáctica constituida por el elemento subjetivo del tipo y se afirme que "en realidad" el dolo con que actuó el acusado era dolo directo.

El objeto de mi discrepancia concierne al cambio sustancial inferido a la doctrina jurisprudencial que, hasta el momento, era de reconducción de los supuestos de pluralidad de delitos cometidos con dolo eventual a las reglas penológicas del artículo 77 como concurso ideal. A salvo de la aportación de una suficiente argumentación que justifique ese cambio de doctrina. Mi discrepancia es más decidida aún cuando, en tales casos, los plurales comportamientos delictivos no alcanzaron a causar el resultado del tipo penal imputado.

2.- A estos efectos también me parece oportuno mostrar mi discrepancia con toda justificación de una resolución judicial de pretensiones correctoras de la voluntad legislativa. Así cuando se dice que se opta por una solución para lograr una mayor sanción, o, eufemísticamente, más proporcionada, si el texto de la ley no ha incluido, con o sin desidia del legislador, tal respuesta a la hora de sancionar conductas de los ciudadanos. Es al legislador al que compete la dosimetría penológica en abstracto, y a ella debe someterse todo tribunal en el caso concreto. Como se pretendía, para casos como el presente, en algún proyecto del Código Penal, previo al que culminó en el Código Penal de 1995.

3.- La Jurisprudencia ha venido manteniendo que, cuando una acción se lleva a cabo subjetivamente con las características del dolo eventual, aquella unidad, pese a la pluralidad de resultados, ha de tratarse como concurso ideal.

Ya la STS de 29 de septiembre de 1987, había establecido que la unidad de acción en que se cimienta o apoya el concurso ideal no coincide con el concepto general de acción según la teoría general del delito; aquella acción es equiparable a «hecho» que viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delito concurrentes, sin que pierda su unidad sustancial por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados.

La STS de 23 de abril de 1992 (caso de la colza) afirmó: La idea de la unidad de acción en los supuestos de delitos dolosos con pluralidad de resultados, por otra parte, se percibe de una manera clara en los casos de la unidad de acción por continuación (delito continuado). Aquí la pluralidad de resultados no impide la unidad de hecho, como se observa en la copiosa jurisprudencia que existe en materia de delito continuado, figura que, como es claro, sólo se configura en presencia de dolo. En tal sentido las SSTS de 16 de enero de 1981, 16 de febrero de 1982 y 26 de octubre de 1982 (entre otras) señalan categóricamente que se apreciará



www.civil-mercantil.com

unidad delictiva cuando concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización del delito, aunque , como es lógico, éstos tengan pluralidad de resultados .

La diversidad de soluciones según el carácter doloso o imprudente de la acción, por otra parte, no parece ser la más adecuada.

El criterio del resultado, por lo demás, no está impuesto por el legislador, dado que no es una consecuencia de que uno de los textos legales haga referencia al "hecho" (art.68) como se pudiera creer. En realidad, los otros textos se refieren también a " dos o más delitos o faltas " (art.69 del Código Penal y art. 69 bis del Código Penal). Una razón que explique la preferencia de la palabra " hecho " respecto de las otras expresiones utilizadas por el legislador no surge de los textos ni del contexto de la ley. Pero aunque se entendiera que la ley se quiso referir exclusivamente a "hechos" por oposición a "acciones" es indudable que, desde el punto de vista de una interpretación gramatical , tal entendimiento no parece adecuado para apuntalar el criterio del resultado, dado que el "hecho" que es objeto de una norma se compone necesariamente de una acción, mientras el resultado material es meramente contingente y, en consecuencia, puede formar parte o no del mismo. Por otra parte, si el criterio del resultado estuviera impuesto por el texto de la ley, se lo tendría que aplicar también en el caso del delito imprudente, pues los artículos 68 y siguientes del Código Penal no distinguen entre delitos dolosos e imprudentes.

(énfasis añadido)

Posteriormente supone una inflexión con importante matización la STS 861/1997 que decía al efecto: Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si este pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos es decir, si el mismo actúa con dolo directo y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de «varios hechos» punibles en concurso real .

La Jurisprudencia, desde entonces, ha venido distinguiendo el tipo de dolo concurrente para calificar de ideal el concurso si aquél era meramente eventual.

La STS 187/1998 y la 1837/2001 de 19 de octubre , siguen esa línea. Ésta dice: Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo , estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad. (En este sentido sentencia 861/97, de 11 de junio).

(énfasis añadido)

También la STS 1464/2005 siguen esa línea. En ella se dice: Desde el punto de vista del tipo subjetivo la referencia es el dolo, como ya hemos señalado anteriormente, de forma que si el conductor obrase con dolo directo de matar a alguien poniendo en peligro también la vida de otras personas indudablemente se trataría de un supuesto de concurso real . Si el dolo es eventual, habrá concurso si acaece el resultado lesivo . La cuestión es si este concurso debe resolverse como si se tratase de dolo directo, es decir, si cabe aplicar el concurso real de delitos o el medial o ideal como ha sido calificado por el Ministerio Fiscal. Esta última parece ser la opción acogida mayoritariamente.

La STS 357/2002 mantuvo la tesis del concurso ideal incluso en un supuesto en que concurría dolo directo con dolo de consecuencias necesarias (siquiera se trataba de un delito heterogéneo: muerte y aborto).

La STS 788/2003 se alinea con la inflexión mantenida por el Tribunal Supremo a partir de la citada 861/1997 : La jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por entender que los distintos resultados dolosos directamente queridos producidos por una sola acción deben ser sancionados como un concurso real al tratarse de varios hechos. La acción del autor,



www.civil-mercantil.com

aparentemente única, se diversifica al dirigirse dolosamente hacia varios resultados diferentes, dando lugar a hechos distintos. La STS nº 1672/1999 de 24 de noviembre, se refirió expresamente a esta cuestión y citó la STS nº 187/1998 de 11 de febrero, en la que se había afirmado lo siguiente: "Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos -es decir, si el mismo actúa con "dolo directo"- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de "varios hechos" punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado -previsto pero no directamente perseguido-, es decir, cuando se actúa con "dolo eventual" como sucede en el caso de autos estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso".

(Énfasis añadido. En el caso, sin embargo, por concurrir dolo directo, se aplicó concurso real).

El criterio se reitera en la STS 1019/2010. Ese mismo año, en la STS 890/2010, en que se imputan a título de dolo eventual dos homicidios, en concurso ideal, no se hizo cuestión en la casación que estimó la exención completa del acusado frente a la incompleta estimada en la instancia.

Alguna aislada Sentencia del Tribunal Supremo como la 122/2010 estimó sin embargo que, aún imputando los delitos (consumado e intentado homicidas) a título de dolo eventual procedía aplicar el artículo 76 y no el 77, si bien advertía que ninguna de las partes había hecho cuestión de ello en la instancia. También la 418/2014 manifiesta que la diferencia entre el dolo directo..... y el eventual, no autoriza a considerar éste como un expediente atenuatorio generalizado. Pero, eso sí, lo afirma precisando que el dolo directo "... en el presente caso es evidente", es decir proclamando la tesis general como mero obiter dicta.

La mayoría no ha invocado, quiero suponer que sí habría querido, de ser conocidas, más numerosas resoluciones de este Tribunal que aplicasen la solución del concurso real para los supuestos de unidad de acción y pluralidad de resultados, atribuidos a título de dolo eventual, incluso en caso de homogeneidad. Menos aún resoluciones en la que la tesis del concurso real se esgrima como ratio decidendi y no como gratuito obiter dicta.

La STS nº 365/2013 admite que "los casos de dolo eventual serían más proclives para abrazar resultados a través del artículo 77". Más aún si los delitos en concurso no se consuman. Pero extrañamente alude a una supuesta línea "predominante en la actualidad" que entiende postula el concurso real en casos de dolo directo o de segundo grado (de consecuencias necesarias). Tal predominancia jurisprudencial me es desconocida.

Así pues, la Jurisprudencia, que acogió un endurecimiento para el caso de plurales resultados vinculados a una única acción, imponiendo la pena del concurso real, lo hizo, salvo alguna aislada ocasión, de manera restrictiva solamente para el caso de estimarse que el autor, pese a la única acción, buscaba con ellas de manera directa todos los resultados.

El acuerdo del Pleno no jurisdiccional, que asume la mayoría en esta sentencia que nos ocupa, implica pues una nueva inflexión en la línea de imponer mayor castigo a casos que hasta ahora se habían visto excluidos.



www.civil-mercantil.com

4.- Y lo hace contra una opinión doctrinal mayoritaria, alineada más en la tesis de la sentencia de 23 de abril de 1992 (caso de la colza)

Para la doctrina mayoritaria la unidad y pluralidad de hechos punibles depende de la unidad y pluralidad de acciones (Tatenheit y Tatmehrheit), esto es, hecho equivale a la manifestación de voluntad, dependiendo, en principio, el número de hechos del número de actuaciones volitivas. Se advierte incluso que si todo hecho exigiera un solo «resultado jurídico» sería imposible la configuración de un concurso ideal de delitos, pues toda pluralidad de este deberá provenir de varios «hechos».

Y esa tesis no admite derogación en el supuesto de homogeneidad de la pluralidad delictiva, que se quiere predicar por la pluralidad de resultados.

Ciertamente algunos autores, cuando postulan el concurso real, mantienen tal solución para el caso de que se trate de pluralidad homogénea. Así parece entender el acuerdo plenario la mayoría de este Tribunal en el presente caso cuando afirma que no alcanza al caso de heterogeneidad en los delitos imputados vinculados a una sola acción.

Parece inédito el argumento que justifique un tratamiento penal tan diferente por el mero hecho de que los delitos causados sean homogéneos.

¿Como lograr coherencia entre la tesis del concurso ideal en caso de delitos heterogéneos y la proclamación de que la penalidad acumulada, como concurso real, tiene su justificación en que el artículo 77 del Código Penal contempla el desvalor de la acción pero no el desvalor de los plurales resultados?

Desde luego el sentido del lenguaje no permite introducir en el artículo 77 una expresión «excluyente de los delitos homogéneos» que en modo alguno existe en su literatura. La tesis que pretende indagar esa voluntad legislativa en la solución de que la pena se impone partiendo de la que castiga el delito más grave (lo que implicaría que los delitos siempre habrán de ser de diversa gravedad) no tiene más poyo en la doctrina que el casi simbólico de un sector aislado. Ni parece de mayor solvencia que la de considerar que tal previsión es compatible con la de imponer la del único tipo de delito en su mitad superior, que se justifica precisamente por la toma en consideración de la pluralidad.

Y si el énfasis se pone en la homogeneidad del resultado, y subsiguiente homogeneidad de los plurales delitos, ¿cómo mantener la coherencia con la afirmación de que los delitos culposos, resultado de una única acción, que causan plurales resultados tipificados en el mismo tipo penal, siempre se califican como concurso ideal?

La coherencia tampoco es evidente en el caso de que los delitos imputados no fueran más allá de la tentativa. Si la justificación de la tesis de la mayoría es acomodar la pena al desvalor del resultado, por qué se mantiene la solución penológica más agravada si el resultado no llega a producirse?

5.- La discrepancia con la decisión de la mayoría no se limita a la diversidad de opinión para el tratamiento en abstracto de los casos a que nos venimos refiriendo.

Como nos recuerda el TEDH, (Sentencia de 21 de octubre de 2013 en el caso Del Río Prada contra España, en especial puntos 93 y siguientes) a los efectos del principio de legalidad la noción de "Derecho" ("law") utilizada en el artículo 7 corresponde a la de "Derecho" que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial, e implica condiciones cualitativas, como las de accesibilidad y previsibilidad (Kokkinakis, antes citado, §§ 40-41, Cantoni, antes citado, § 29, Coëme y otros, antes citado, § 145, y E.K. contra Turquía, no 28496/95, § 51, 7 de febrero de 2002). Estas condiciones cualitativas deben cumplirse tanto para la definición de un delito como para la pena que este implica.

(énfasis añadido)

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Pues bien, no es ocioso advertir que la descrita versatilidad jurisprudencial no se ha acompañado de la más mínima modificación de lo dispuesto en el artículo aplicado 77 del Código Penal. De ahí que, aún reconociendo la legitimidad de la evolución de la Jurisprudencia, al menos cuando es adecuadamente justificada para apartarse de posiciones anteriores, resulta difícil admitir la aplicación de las novedades desfavorables de reciente introducción a supuestos en que los hechos juzgados ocurrieron bajo una razonable previsión de respuesta jurisdiccional más favorable.

Difícilmente alcanzará la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la necesaria autorrictas para homogeneizar las decisiones de los demás tribunales si, inmutable el texto de la ley, se zigzaguea en la fijación de los criterios de interpretación de la ley. Y menos plausible resulta la evolución si se hace con efectos retroactivos, por más que se proteste efectos meramente declarativos a las sentencias, precisamente con ocasión de cambios más desfavorables para los reos.

La estimación del recurso de la acusación en la extensión e intensidad que lo hace la mayoría lesiona, a mí modesto entender, el derecho que garantiza el artículo 25 de la Constitución y el 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos .

Discrepo pues también, y con mayor énfasis, si cabe, de la decisión de la mayoría aplicando la nueva tesis jurisprudencial al aquí acusado penado. Estimo que, a lo sumo, cabría su condena en concurso ideal de los homicidios imputados cometidos con dolo eventual en los términos previstos en el artículo 77 del Código Penal .

En ese sentido emito este voto particular.

Luciano Varela Castro

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.