



Roj: **STS 3485/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3485**

Id Cendoj: **28079120012023100606**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2023**

Nº de Recurso: **4062/2021**

Nº de Resolución: **628/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 628/2023**

Fecha de sentencia: 19/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4062/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL BARCELONA SECCION N. 7

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4062/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 628/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 4062/2021 interpuesto por la **acusación particular FERROCARRIL METROPOLITANA DE BARCELONA S.A.** representado por el procurador Sr. D. Ignacio de Anzizu Pigem y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Martín López contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de mayo de 2021 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona que absolvió a Armando , Arturo , Aurelio , Bernardino , Blas y Casimiro en causa seguida contra los mismos por el delito de daños. Ha sido parte recurrida D. Arturo representado por la Procuradora Sra. D.ª Paloma Gutiérrez París y bajo la dirección letrada de D. José Valero Alarcón; Aurelio , representado por la Procuradora Sra. D.ª Alicia Martín Yáñez y bajo la dirección letrada de D.ª Ana Isabel Martín Gómez; Armando representado por el Procurador Sr. D. Daniel Collado Matillas y bajo la dirección letrada de D. Jordi Rojos Rodes; Bernardino representado por el Procurador Sr. D. Norberto Pablo Jerez Fernández y bajo la dirección letrada de D.ª Eva M. Vivo Cerrada. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona en el PA con el nº 442/2019 , contra Armando , Arturo , Aurelio , Bernardino , Blas y Casimiro , que con fecha 1 de febrero de 2021 dictó Sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

**"ÚNICO.-** Los acusados, Armando , Aurelio , Bernardino , Blas y Casimiro , todos: ellos mayores de edad y sin antecedentes penales salvo Blas que le constan pero no son computables, sobre, las 2,30 horas del 23/12/17, puestos de común acuerdo detuvieron el convoy del metro de la 'línea 1' en la estación de Baró de Viver de esta ciudad accionando el ' pulsador de ' emergencia, para, a continuación, realizar pintadas a ambos lados de los vagones del metro con 'sprays de pintura. Cuyos costes de limpieza y adecentamiento han sido tasados en 4175,31 euros".

**SEGUNDO.-** El Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO, al/los acusado/s; Don Armando con DNI NUM000 , Don Arturo con DNI NUM001 , Don Aurelio con DNI NUM002 , Don Bernardino DNI NUM003 , Don Blas con DNI NUM004 y Don Casimiro con DNI NUM005 , del DELITO DE DAÑOS agravados previstos y penados en el 263.2.4 Cp., del que venían siendo acusados con todos y cada uno de los pronunciamientos favorables para todos ellos Se imponen las costas de oficio.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes la representación procesal de la entidad Ferrocarril Metropolitana de Barcelona SA formuló recurso de apelación remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona.

**CUARTO.-** La Sentencia de la Audiencia, fechada el 7 de mayo de 2021, acepta los hechos declarados probados de la de instancia. Su parte Dispositiva reza así:

"DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Ferrocarril Metropolitana de Barcelona SA, contra la sentencia dictada el día 1 de febrero del año en curso por el Juzgado de lo Penal no 23 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado no 442/2019, seguido por un delito de daños, CONFIRMAMOS dicha resolución. Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas y, en su caso, también a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el plazo de cinco días".

**QUINTO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por la acusación particular, 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

### **Motivos aducidos en nombre de la entidad Ferrocarril Metropolitana de Barcelona SA**

**Motivo primero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en error de hecho. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 263 del CP.

**SEXTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, apoyando su segundo motivo e impugnando el primero; la representación legal de Arturo , Aurelio , Armando , Bernardino impugnaron el recurso



de Ferrocarril Metropolitana Barcelona SA. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de julio de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que, desestimó la apelación entablada contra el pronunciamiento absolutorio dictado por el Juzgado de lo Penal nº 23 de tal ciudad. Se articulan dos motivos de casación.

El primero, por *error facti* (ar. 849.2 LECrim), se basa en una causal no invocable en recursos frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales: art. 847. 1 b) LECrim. El art. 849.1 LECrim es el único canal por el que pueden acceder a la casación los asuntos que han sido ventilados en primera instancia ante un Juzgado de lo Penal. Lo ponen de manifiesto en sus impugnaciones varios de los recurridos.

El destino de este primer motivo, que debiera haber sido inadmitido, viene fatalmente condicionado por el marco casacional en que nos movemos: casación contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial. Esta modalidad casacional implantada en 2015 sirve exclusivamente a la función nomofiláctica; esto es, interpretación de las leyes penales sustantivas. Tal finalidad se consigue con la apertura de un único cauce casacional, el art. 849.1º LECrim, despojado de las adherencias de otras clásicas vías casacionales que habían ido ensanchándose progresivamente llegando a abarcar una capacidad de fiscalización relativamente amplia (infracción de normas constitucionales; revisión de ciertos aspectos probatorios, aunque limitadamente; irregularidades procesales...). La nueva casación obedece al propósito de supervisar la interpretación de la norma penal sustantiva. Cuestiones procesales probatorias, e incluso constitucionales, quedan al margen si no aparece implicada una duda sobre los perfiles de una tipicidad penal. Solo habilita, para comprobar si la norma penal sustantiva ha sido correctamente interpretada y aplicada. Para el resto de posibles infracciones o errores aplicativos el debate queda cerrado con la resolución de la Audiencia Provincial.

Esos contornos aparecen claros en la legalidad reformada si la leemos desde las pautas sentadas en su Exposición de Motivos. Esta Sala de casación en un acuerdo de pleno no jurisdiccional (9 de junio de 2016) cuyo contenido ha sido reiterado en un nutrido número de sentencias y, un todavía mucho más abultado, volumen de autos y providencias, sentó categóricamente esa exégesis: solo cabe una impugnación basada en el art. 849.1º LECrim. Se abre una posibilidad de control pero solo desde la legalidad penal sustantiva, que no procesal, ni probatoria ni constitucional. Esa concepción está refrendada por el Tribunal Constitucional. ( ATC 40/2018, de 13 de abril).

No es viable un motivo basado en el art. 849.2º que, por otra parte, difícilmente puede utilizarse *contra reo*.

Pero en el fondo lo que quiere aclararse en el hecho probado carece de trascendencia. Basta el relato consignado para la prosperabilidad del segundo motivo.

**SEGUNDO.-** El segundo de los motivos, que ha logrado recabar el apoyo del Ministerio Fiscal, sí se acomoda a esa disciplina legal. Suscita un problema estricto de tipicidad consistente en el concepto penal de *daños*. ¿Comprende solo el menoscabo material o físico de los objetos? O ¿son susceptibles de incardinarse en los preceptos que sancionan esa acción resultados de *deslucimiento*? Así hay que catalogar las pintadas realizadas por los acusados recurridos en unos vagones de metro cuyo titular es la Compañía recurrente.

Tanto el Juzgado como la Audiencia brindan una respuesta negativa al segundo interrogante con razones variadas que gozan de solvencia suficiente como para haber sido asumidas por muchos órganos jurisdiccionales. Son mayoritarios, en cambio, los que manejan un concepto más funcional y teleológico de *daños* que tampoco traiciona su significado gramatical.

El recurso hace alarde de conocer muchas de esas resoluciones y consigna varias de ellas favorables a su pretensión.

Este Tribunal ha tenido ocasión de mediar en ese debate decantándose en una sentencia de Pleno por la tesis que abandera la recurrente. Ha de ser acogida refrendando lo que ya es doctrina jurisprudencial.

La STS Pleno 333/2021, de 22 de abril, -que ha evocado la recurrente en el trámite del art. 882 LECrim- que estimaba el recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra una sentencia igualmente absolutoria por hechos que, en lo esencial, son asimilables a los que ahora examinamos. Los párrafos que siguen constituyen en buena medida reproducción de los argumentos entonces expuestos. Por ser en su mayor



parte transcripción, con alguna adaptación, prescindiremos incluso de la tipografía destinada a resaltar lo que es cita. Casi todo es cita.

La jurisprudencia menor, en efecto, estaba dividida. Alguna audiencia sostuvo que cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepasara la mera limpieza, estaríamos ante un mero deslucimiento, atípico tras la despenalización de la falta específica (antiguo art. 626 CP). En cambio, si la retirada de las pinturas genera un menoscabo o deterioro real del objeto que exija su reposición, sería de aplicación el art. 263 CP. El importe del menoscabo determinaría si estábamos ante un delito leve o menos grave. El tipo penal del delito de daños exige un resultado dañoso que se concreta en la destrucción o inutilización del bien sobre el que se actúa.

Otros Juzgados y Tribunales provinciales, por el contrario, afirmaban la incardinabilidad en el delito de daños de la conducta analizada. Dañar significa causar un perjuicio. Quien desluce lo provoca; más aún en casos en los que la modificación del aspecto exterior diferencia el objeto de los restantes idénticos, dificultando o impidiendo la uniformidad estética adecuada para una determinada función.

**TERCERO.-** El tipo penal del art. 263 CP, -delito de daños- describe como conducta típica la causación de daños en propiedad ajena. La vertiente objetiva consiste en causar un daño (no comprendido en otros títulos) en propiedad ajena. En el concepto de daños suelen considerarse la destrucción, la inutilización, el deterioro o el menoscabo de una cosa. La *destrucción* equivale a la pérdida total de su valor; la *inutilización* supone la desaparición de sus cualidades y utilidades; el *deterioro*, por su parte, la pérdida de su funcionalidad; el *menoscabo* de la cosa misma, por fin, consiste en su destrucción parcial, un cercenamiento de la integridad, o una pérdida de valor. Al tratarse de un delito patrimonial, el resultado debe comprender su evaluación económica debidamente tasada.

**a)** Desde una perspectiva gramatical la tipicidad del delito de daños abarca comportamientos de destrucción, deterioro, inutilización y menoscabo. Conforme al diccionario de la lengua española, menoscabar "*supone disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo; deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de asignación o lucimiento que antes tenía*". Por su parte, deteriorar equivale a "*estropear, menoscabar, poner de inferior condición algo o empeorar, degenerar*". De estas definiciones resulta que existen ámbitos en los que, no produciéndose una destrucción o un menoscabo físico del objeto material, se produce, sin embargo, un deterioro, ligado a una alteración relevante de su apariencia externa. La conducta descrita en el *factum* causó un menoscabo al bien. Su reparación reclamó una actuación para la restitución a su estado anterior, económicamente evaluable y que ha sido cuantificada.

**b)** Desde una interpretación lógica, la realización de unas pintadas produce un daño en el bien: subsumible en el delito de daños en tanto la reparación requiere un desembolso económico. El bien ha sido *dañado* en su configuración física, estética y funcional. Difícilmente podríamos afirmar que los vagones no han sido dañados y/o deteriorados, cuando es precisa una reparación, evaluable económicamente, para su reposición al estado en el que su titular los tenía.

**c)** Desde una interpretación derivada de la evolución legislativa ha de valorarse que el Código de 1995, decidió diferenciar el delito de daños del deslucimiento de bienes ( art. 626 CP). El primero contemplaba los resultados dañosos con pérdida de la sustancia; el deslucimiento, por su parte, incluía actos de afeamiento del bien, sin dañarlo físicamente, o dañándolo de forma susceptible de ser reparada, es decir, sin afectar a la sustancia, sin producir menoscabo por ser fácilmente reparable. No era acción subsumible en los daños del art. 263, sino en el deslucimiento tipificado en la falta del art. 626 CP derogada por la reforma del Código de 2015. En la tipicidad del daño se incluyó la destrucción de la cosa, o la pérdida total de su valor, o su inutilización (que supone la desaparición de sus cualidades o utilidades), así como el menoscabo de la cosa misma (destrucción parcial, cercenamiento de su integridad o la pérdida parcial de su valor). Quedaba fuera de la tipicidad, pues reservaba una novedosa figura en el art. 626, el llamado "deslucimiento". En su acepción gramatical es "acción de quitar gracia, atractivo o lustre a una cosa": no afecta a la sustancia de la cosa que sigue existiendo como tal, aunque deslucida. Funcionalmente, continua prestando su utilidad. Por ello, si el resultado suponía la pérdida de condiciones estéticas susceptibles de ser reparadas, encontraba su acomodo típico en la falta del artículo 626 del Código Penal y, tras su derogación, en el ámbito administrativo sancionador de la Ley de Seguridad Ciudadana (art. 37).

La interpretación según la cual la conducta que en 1995 fue subsumida en la desaparecida falta del art. 626 CP, no nos lleva, empero, sin más, a la despenalización de la conducta por la desaparición de la figura típica. El deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente, ha de ser reconducido al delito de daños. La derogación de ese precepto no arrastra a la despenalización de la conducta que contemplaba. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 y algunas incidencias en la tramitación que la recurrente destaca en su argumentario y que



ilustran sobre lo que era la voluntad del legislador. Despenalizada la falta del art. 626 CP, que constituía un precepto especial ( art. 8 CP) al contemplar supuestos en los que el resultado básico solo requería labores de limpieza, la conducta encontrará acomodo en el delito de daños si resultan perjuicios patrimoniales. La cuantía determinaría el rango del delito (leve o menos grave).

Si cuando estaba vigente el art. 626 CP, la discusión se producía entre el delito de daños y la falta de deslucimiento, ahora la discusión se produce entre el delito y el delito leve y la infracción administrativa del art. 37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana. Ha de solventarse de acuerdo a los criterios clásicos de diferenciación de las infracciones penal y administrativa en función de la gravedad de la conducta y del resultado. Será preciso actuar, en cada caso, con criterios de proporcionalidad.

Consecuentemente, el daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. La necesidad de reparación, -todo en último término es susceptible de ser reparado-, comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en una merma causada por el mal producido.

La STS 273/2022, de 23 de marzo reitera esa doctrina, aunque analizando el art. 323 CP.

El recurso, en el que se contienen algunas referencias criminológicas y sociológicas y extrajurídicas que, alimentadas por una legítima indignación, intentan evidenciar los graves trastornos que reportan conductas como la analizada, ha de ser estimado en virtud de la motivación estrictamente dogmática expuesta.

**CUARTO.-** Conforme a las previsiones del art. 901 LECrim, se declaran de oficio las costas de esta instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.- Estimarel recurso de casación interpuesto por la acusación particular FERROCARRIL METROPOLITANA DE BARCELONA S.A.** contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de mayo de 2021 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona que absolvió a Armando , Arturo , Aurelio , Bernardino , Blas y Casimiro en causa seguida contra los mismos por el delito de daños.

**2.- Declarar las costas de este recurso de oficio**, así como a la **devolución del importe del depósito** legalmente establecido.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 4062/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de julio de 2023.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y que fue seguida por delitos de daños contra Armando, Arturo, Aurelio, Bernardino, Blas y Casimiro en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes y hechos probados de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución, aunque subsanando el hecho probado por tratarse de un obvio error material, en el sentido de incluir a Arturo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Conforme se ha razonado los hechos son constitutivos de un delito de daños del art. 263.2.4º CP del que son autores los acusados. Las penas a la vista de la forma de comisión y cuantía de los daños pueden incrementarse ligeramente sobre los mínimos: quince meses de prisión y quince meses de multa con una cuota muy moderada al no existir datos de una relevante solvencia económica.

**SEGUNDO.-** Cumple aclarar que la omisión que se advierte en el hecho probado (no se menciona a Arturo) es subsanable al tratarse de un evidente error material (art. 267 LOPJ y 161 LECrim) probablemente ocasionado por la duplicidad de escritos de acusación por razones procesales (folio 223 del tomo I y folios 330, 338 y 345 del tomo II), lo que había llevado al juzgador a confeccionar su hecho probado valiéndose solo del primer escrito de acusación. Pero es obvio que se imputan los hechos a todos los acusados ("la autoría es clara" - se dice - y se considera a todos los acusados autores materiales"). El citado Arturo ha intervenido tanto en la apelación como en esta casación limitándose a alegar la atipicidad de la conducta atribuida.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.- Condenamos a los acusados**, Armando, Aurelio, Bernardino, Blas, Casimiro y Arturo como autores de un DELITO DE DAÑOS agravados previstos y penados en el art. 263.2.4 del Código Penal a las penas a cada uno de ellos de QUINCE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de QUINCE MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS y la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago.

Asimismo deberán indemnizar conjunta, solidariamente y por partes iguales a la entidad Ferrocarril Metropolitana de Barcelona SA en 4175,31 euros.

**2.- Se les condena igualmente al pago de las costas procesales** de la instancia por partes iguales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García