

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal PLENO

Sentencia núm. 314/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Octava, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de _____, en procedimiento de juicio rápido 248/2019, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. y bajo la dirección Letrada de Dña. .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de _____, en las Diligencias urgentes de juicio rápido nº 1485/2019 dimanante del Juzgado de Instrucción nº 1 de _____, contra _____, dictó sentencia en fecha 11 de septiembre de 2019 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se declaran expresamente probados los que a continuación se relacionan: Sobre las 17:50 horas del día 28 de agosto de 2019 el acusado permitió a su hijo de ocho años de edad conducir el vehículo de alquiler matrícula....., propiedad de la empresa _____, por la _____, estacionamiento de marina, civil, zona de aglomerado asfáltico abierta a todos los usuarios dando el menor varias vueltas mientras el acusado le grababa desde el exterior del vehículo".

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo condenar y condeno a _____ como autor criminalmente responsable de un delito contra la seguridad vial, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias a la pena de multa de dos mil ciento sesenta euros (180 días de arresto caso de impago) resultante de multa de doce meses con cuota diaria de seis euros y al pago de las costas. Esta sentencia no es firme procediendo contra ella recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en los términos establecidos en el artículo 803 LECri."

La anterior *sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Octava, que con fecha 14 de enero de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:*

"Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de Pedro Antonio contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de _____ dictada en su procedimiento de enjuiciamiento rápido nº 248/2019, DEBEMOS CONFIRMAR y CONFIRMAMOS dicha sentencia en su integridad. Se impone a la parte apelante el abono de las costas procesales causadas en esta instancia. Contra esta sentencia cabe proponer la interposición de recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el *número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* y ello mediante escrito presentado ante este órgano jurisdiccional en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación de la presente resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado _____, 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.- El recurso interpuesto por la representación del acusado _____, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Con amparo en el *artículo 849.1º L.E.Cr .*, en su motivo primero, por infracción de ley al haberse aplicado indebidamente el *art. 384.2 en relación con el art.*

28 b) del C. Penal .

Segundo.- Con amparo en el *artículo 852 de la L.E.Cr .* en relación con el *art. 5 de la L.O.P.J .*, por infracción de precepto constitucional, citando como infringidos los *arts. 25.1 de la C.E .* en cuanto al principio de legalidad y de intervención mínima del derecho penal, el *art. 9.3 de la C.E .* en cuanto al derecho a la seguridad jurídica y el *art. 24.2* en cuanto al derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- De conformidad con el *art. 197 de la L.O.P.J .* se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso el día 14 de abril de 2021 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal del acusado Pedro Antonio, contra la *sentencia dictada por la Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 4/2020, de fecha 14 de enero de 2020 .*

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de ley por *art. 849.1 LECRIM .*

Debemos destacar, en primer lugar, que el recurso tiene interés casacional, habida cuenta la necesidad de fijación de criterio al respecto en cuanto a la interpretación del alcance típico, antijurídico, culpable y punible de conductas que giran sobre el *art. 384.2 CP* , tanto cuando se trata de mayores de edad, como en este caso de menores de edad, en conductas de ayuda relevante perpetradas por el padre, o tercero, que coadyuve directamente con el conductor en la conducción ex *art. 384 CP* .

Por ello, ante la diversidad de criterio que pueda existir al respecto, y la necesidad de cumplir la unificación de criterios que conlleva el análisis casacional por la vía del *art. 847.1 b) LECRIM ex art. 849.1 LECRIM* por infracción de ley, en este caso del *art. 384.2 CP* en cuanto afecta al cooperador necesario que coadyuva y permite la comisión del delito por "facilitar, ayudar y permitir la comisión" de este delito exige de pronunciamiento casacional.

Así, la división en este sentido entre las Audiencias Provinciales existe. Por ejemplo, quienes descartan la responsabilidad penal en estos casos de cooperación a la comisión del delito del *art. 384 CP* (*Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, Sentencia de 21 Oct. 2011* , Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sta. de 9-3-2010, no 23/2010, entre otras) frente a las que afirman la concurrencia de responsabilidad penal (*Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, Sentencia de 7 Jun. 2011, rec. 132/2011, Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 16-11-2009* , Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, Sentencia de 1 Mar. 2011 , Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, Sentencia de 19 Mar. 2013, rec. 718/2012 y sentencias de 6 de octubre de 2.000 (A.P. de La Coruña), 12 de abril de 2010 (A.P. de Sevilla); S. 14-6-2010 (A.P. de Málaga , S. 29-11-2010 y 10-6-2011 A.P . de Valencia, entre otras, siendo este último criterio mayoritario).

Incluso, este mismo caso fue tratado en la *sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 16-11-2009*, que sí admite esta forma de participación. En este caso se trataba de un menor de trece años, hijo del acusado, el que llevaba el vehículo, con el peligro que ello comportaba, tanto para el menor como para los usuarios de la vía, entendiéndose que la actitud del acusado fue determinante al consentir que el menor condujera el vehículo, y que debía ser incluida en el *art. 28 b) del Código Penal* como colaborador necesario, al consentir que su hijo de trece años condujera el vehículo. De esta tesis participan las Fiscalías de Seguridad Vial, como las de Sevilla, Extremadura y Málaga, que admiten la posibilidad de condenar al propietario, no conductor, que presta el vehículo a quien no tiene permiso o licencia, conociendo dicha circunstancia, en concepto de cooperador necesario.

Por ello, la circunstancia de que se trate el autor directo de menor de edad no desnaturaliza el interés casacional, porque permite el acceso a la casación para unificar la doctrina sobre este tipo penal en estos casos, aunque en este caso lo sea menor de edad.

Pues bien, al plantearse el recurso por infracción de ley ex *art. 849.1 LECRIM* es preciso destacar que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (*SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero*, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el *artículo 849.1 LECRIM* sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Pues bien, se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal en el resultado de hechos probados que:

"Se declaran expresamente probados los que a continuación se relacionan: Sobre las 17:50 horas del día 28 de agosto de 2019 el acusado permitió a su hijo de ocho años de edad conducir el vehículo de alquiler matrícula....., propiedad de la empresa _____, por la _____, estacionamiento de marina civil, zona de aglomerado asfáltico abierta a todos los usuarios dando el menor varias vueltas mientras el acusado le grababa desde el exterior del vehículo".

Es condenado por la vía del *art. 384.2 CP* como cooperador necesario que castiga:

Al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

Por ello, señala la sentencia del juzgado de lo penal que:

"Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra la seguridad vial, previsto y penado en el *artículo 384.2 CP* al concurrir los elementos que

configuran dicho tipo penal, delito de peligro abstracto para cuya consumación .no se precisa la creación un riesgo concreto para los demás usuarios de la vía.

De los referidos hechos es autor, por cooperación necesaria, el acusado por su participación voluntaria y directa en los mismos".

Es por ello por lo que el juzgado de lo penal dictó sentencia condenando al recurrente como cooperador necesario en el delito del art.

384.2 CP "a la pena de multa de dos mil ciento sesenta euros (180 días de arresto caso de impago) resultante de multa de doce meses con cuota diaria de seis euros y al pago de las costas."

Los alegatos que efectúa el recurrente se ubican en los siguientes extremos:

a.- No es correcta la subsunción de los hechos en la norma penal. El *art. 384.2 CP* pertenece a la categoría que la doctrina denomina "delitos de propia mano". La especial configuración del tipo cierra la intervención de otras formas de participación en el delito distintas a la del autor del CP, pues la posible consumación por parte de terceros no puede encarnar la lesión del bien jurídico por requerir la infracción de un deber altamente personal.

No es el recurrente quien el día de autos condujo el vehículo a motor sin la licencia de conducción. Su intervención en los hechos declarados probados, la valoración a efectos de aplicación de la sanción penal, es la de permitir que su hijo menor diera varias vueltas con el vehículo dentro del estacionamiento en que ambos se encontraban.

De acuerdo con lo expuesto, esta conducta no puede subsumirse en la figura del cooperador necesario del *artículo 384.2 CP*, pues en el tipo no cabe la intervención de un tercero coadyuvante. Esta forma de participación no tiene cabida en el contenido del injusto típico, pues la conducción sin licencia es un acto personalísimo en que no cabe la ejecución por terceros ni el desplazamiento del ilícito a un tercero que no sea el autor. La actividad de un tercero no puede encarnar la lesión del bien jurídico, pues la norma sanciona solo una determinada circunstancia personal, la de conducir un vehículo a motor sin licencia, que no tiene lugar en persona distinta al autor.

b.- La intervención del cooperador necesario mantiene una estructura accesoria del delito principal. Las exigencias están orientadas a que el hecho del autor principal sea típico, antijurídico y doloso, de acuerdo con la teoría de la accesoriedad limitada. No es suficiente como señala la sentencia recurrida con que el autor haya realizado una acción antijurídica. El fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por el autor, y es necesario que el autor actúe dolosamente o con previsibilidad objetiva de la posibilidad de realizar el tipo objetivo. En consecuencia el desconocimiento por parte del autor de las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo no satisface el juicio de antijuridicidad y resulta insuficiente para justificar la punibilidad del partícipe.

c.- El tipo delictivo del *artículo 384 CP*, se trata de un delito de propia mano y que el hecho de conducir sin carné no es extrapolable a que exista un coadyuvante.

No es posible exigir responsabilidad al recurrente a título de cooperador necesario, pues es incompatible con la interpretación jurisprudencial del *artículo 28 b) CP*. Sólo sería responsable el menor. Por su edad existe una falta absoluta de conocimiento sobre la adecuación a derecho de su conducta.

Pues bien, ante estas alegaciones es preciso destacar que: 1.- El hecho tiene reprochabilidad penal.

Sobre esta ya recoge la sentencia de la Audiencia que:

"El recurrente mantuvo un comportamiento relevantemente incumplidor en relación con la atención de los deberes que, en tanto que progenitor, le competían respecto a su hijo menor de edad -nacido el día... y que, por lo tanto, contaba tan solo con 8 años de edad- y ello al permitir a aquel no ya solo conducir un vehículo a motor -comportamiento que por sí mismo se aprecia como reprochable- sino además, por si ello fuera poco, hacerlo en solitario y, en consecuencia, sin que persona adulta alguna le acompañara a fin de, en su caso, remediar los posibles errores en la conducción que dicho menor pudiera cometer, ya que, notoriamente, estamos ante una persona carente de aptitud para desarrollar tal conducción, de tal modo que el hoy recurrente puso en peligro no solo a quien en ese momento pudiera circular por el ámbito espacial de referencia sino a su propio hijo, todo ello en manifiesta disonancia con las previsiones establecidas en el *artículo 154, párrafos 2 y 3 Código Civil* al efecto y ello al señalar que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende [entre otros] los siguientes deberes y facultades: velar por ellos [y] tenerlos en su compañía."

El padre tenía una función de control del peligro que provenía del acto de conducción del menor, evitando exponerle al propio peligro que suponía la conducción, pero no hacer lo que hizo, cual fue, no lo olvidemos, una conducta ni tan siquiera de comisión por omisión, sino una conducta activa, al poner todos los medios a su alcance para que el menor condujera, y en la forma en la que lo hizo de forma continuada con tan solo 8 años de edad, mientras el padre estaba fuera del vehículo grabándole, lo que es más grave en su conducta que si fuera dentro, porque incrementó el peligro que ya había creado dolosamente

La responsabilidad del padre, recurrente en este caso, no viene, como luego insistimos, por la circunstancia de que el menor le hubiera arrebatado las llaves del vehículo en un descuido, y, sin percatarse de ello el padre, el menor hubiera conducido el vehículo, sino que participa en que tal conducción se llevara a cabo. Sin su colaboración, el hecho no se habría producido. Su conducta no es que sea omisiva, sino que es activa, y, además, de autoría mediata.

Es preciso destacar que en los casos en los que se produce esta colaboración del "tercero" para que otra persona mayor de edad conduzca sin permiso de una forma activa y participativa, como aquí ocurrió, y no por mero descuido, nos encontramos ante una cooperación necesaria en el tipo penal del *art. 384.2 CP*. Pero en este caso concreto se trata, hasta incluso, más de una autoría mediata que de una cooperación necesaria por la circunstancia de ser menor de edad, y sin que ello suponga una situación de indefensión, ya que la defensa se ha podido ejercitar respecto al *factum* descrito y respecto a la conducta desplegada por el recurrente en relación al tipo penal objeto de acusación y la participación del mismo.

No puede hablarse, así, de que en el caso concreto hay una mera "accesoriedad" a la acción llevada a cabo, por cuanto no existe un injusto culpable del menor. La conducta del recurrente es en sí misma delictiva, por cuanto no hay una mera *participación accesoria*, sino una autoría mediata en el desarrollo de una conducta que se despliega por el padre, al poner todos los medios al alcance del menor para que conduzca. Y sobre ello se ha podido

defender el recurrente, siendo la cooperación una de las formas de autoría previstas en el art. 28 CP .

En términos generales, este tipo de conductas se sancionan por la vía de la cooperación necesaria por la decisiva colaboración que existe en el "tercero" que coadyuva con *necesariamente* en la conducción del autor directo imputable, pero en el caso del inimputable, como el menor, sin injusto culpable, es predicable más técnicamente la teoría de la autoría mediata.

En cualquier caso, los argumentos del recurrente se desestiman por la participación decisiva del mismo en la acción desplegada por el menor que consta reflejada en la sentencia, y que solo por su inimputabilidad no responde, pero sí el padre que puso el vehículo a su alcance para ser conducido, a sabiendas de que no podía hacerlo, y de lo que tuvo ocasión de defenderse el mismo y exponer su motivo impugnatorio.

Además, la circunstancia de que el *art. 76 v) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial señale que es infracción grave *Incumplir la obligación de impedir que el vehículo sea conducido por quien nunca haya obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente* no impide su persecución penal, como ocurre con otras infracciones graves que también tiene su reflejo típico en el texto penal si se dan las circunstancias para ello, tales como:

a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida, de acuerdo con lo recogido en el anexo IV

c) Incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcones y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación

j) No respetar las señales y órdenes de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico

m) Conducción negligente

O las muy graves del art. 77 de:

c) Conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan, o con presencia en el organismo de drogas.

d) Incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos, y de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de tráfico o hayan cometido una infracción, de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo.

e) Conducción temeraria.

f) Circular en sentido contrario al establecido.

g) Participar en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas .

Ya la propia sentencia recurrida de la Audiencia Provincial señala que "la misma legislación administrativa deja abierta la posibilidad de una eventual sanción penal de tal comportamiento. Y ello, al señalar, en el inciso inicial del precepto antes citado, que el reproche administrativo en forma de sanción de tal naturaleza estará presente cuando las conductas allí recogidas no sean constitutivas de delito, dejando expedita así el propio legislador la posibilidad de que una misma conducta, que, en todo caso, se considera reprochable pueda merecer, según el supuesto, una sanción administrativa o una sanción penal, lo que obligará a examinar las circunstancias en presencia para la concreta determinación de si estamos ante una u otra situación".

Así, no es óbice, como exponemos, el hecho de que dicha conducta sea también infracción administrativa, puesto que el derecho penal prevalece sobre aquel, así también se recoge en el artículo 76 citado, y sólo en el supuesto de que finalmente fuera absuelto en esta jurisdicción penal, en su caso, es cuando podría derivarse, en su caso, a la vía administrativa.

Con ello, habrá que estar a cada caso para evaluar si la conducta es típica en razón a su gravedad, y en este caso lo es en razón al hecho probado de un padre que, con absoluto desprecio de la vida de su hijo, nada menos que de 8 años de edad, le pone al frente de un vehículo de motor para conducirlo y le graba, mientras que el menor lleva a cabo la conducción del mismo, constituyendo una evidente colaboración activa en el peligro que pone de manifiesto su propio hijo, de cara a su propia vida e integridad física y de las demás personas que podrían haber sido atropelladas de pasar por allí.

Y es que hay un dato relevante, cual es que la irresponsabilidad del padre en este caso no puede sancionarse solo como una mera infracción administrativa, sino que hay un componente de individualización del caso en concreto que le hace ser responsable penal, dada la menor edad del hijo y el reproche, no solo social, sino penal que la grave ejecución del hecho lleva consigo.

La responsabilidad penal del padre es absoluta, en tanto en cuanto no se trata tan solo de que haya descuidado la vigilancia del menor para que éste no utilice el vehículo, sino que le ha ayudado a ello. El recurrente lleva a cabo una conducta activa de forma mediata a la ejecución del delito como aquí ha ocurrido, no siendo la irresponsabilidad penal del menor por su minoría de edad un *salvoconducto o pasaporte* para que el padre que ayuda al menor a coger el vehículo de motor y conducir con él sin permiso de conducir quede, luego, exento de responsabilidad penal, cuando la acción llevada a cabo es típica ex *art. 384.2 CP* y antijurídica por ello.

El padre no puede escudarse en que el menor es no imputable para ligar su reclamada falta de responsabilidad penal al menor cuando la conducta es típica y antijurídica, y más aún en la individualización del caso, como exponemos. Ha contribuido con su decisiva actuación a la conducción típica del menor, coadyuvando en la comisión del hecho delictivo, con lo que su acción no puede estar exenta de responsabilidad penal, quedando en una mera infracción administrativa. Esto no es admisible.

Además, la conducta del recurrente supone una asunción directa de las posibles responsabilidades civiles que se hubieran derivado de su irregular proceder, ante la posible causación de daños, o lesiones a terceros, de los que tendría que responder ante la compañía de seguros que tuviera que cubrirlos, precisamente por ser determinante su conducta en la contribución causal a que estos hechos dañosos, o lesivos, se hubieran producido, en su caso. Porque no se trató de una conducta aislada individual del menor, sino de una conducción en la que tuvo participación activa y decisiva la contribución del padre

para que la conducción del menor del vehículo de motor sin permiso fuera posible.

2.- La posición del recurrente le obligaba a no ejecutar lo que hizo, y, además, de evitar que el menor lo llevara a cabo. Pero su conducta fue activa y colaboradora desde el punto de vista de la *necesariedad y eficacia relevante de su conducta* para que el menor condujera el vehículo sin autorización reglamentaria dada su corta edad.

El *art. 384 CP* tipifica un delito de peligro abstracto, en el que se considera que la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello, supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto es merecedora de sanción penal. Y los colaboradores necesarios en esta conducción serán responsables penalmente. Más en este caso en el que el conductor era un menor y, ante ello, la posición del recurrente emerge como conducta activa de poner todos los medios al alcance por parte de *la persona que está detrás, a la persona que está delante*, tal y como se construye en la teoría de la autoría mediata, y, sobre todo, en los casos de menor de edad del ejecutante directo del acto.

Además, no se trata de que el menor, por sí mismo, haya llevado a cabo una conducta ilícita con desconocimiento del padre sustrayéndole las llaves, por ejemplo, lo que no sería punible para este último, sino que es este el que la propicia con su acción, ya que es evidente que es él quien le lleva al lugar donde el menor se pone el frente del volante, y es él quien le graba, demostrando una conducta absolutamente colaboradora en la comisión del ilícito penal. No se trata de un descuido, o de una omisión del deber de vigilancia del padre respecto del menor, sino que se trata de una acción coadyuvante a que el menor actúe como lo hizo, conduciendo un vehículo de motor sin permiso de conducir.

Sobre ello apunta la sentencia recurrida que:

"El recurrente facilitó al menor el uso del vehículo de referencia, uso que no hubiera sido materialmente posible sin la intervención del mentado recurrente, ya que fue este el que alquiló el reseñado vehículo para su utilización durante el intervalo temporal en el que tuvieron lugar los hechos ahora objeto de enjuiciamiento, tal y como se constata a partir de la precisa información policial sobre el particular obrante en autos - véanse, en este sentido, los folios 5 y 26 a 28 de las actuaciones - , siendo nuevamente un hecho notorio que el menor de referencia, dada su corta de edad y su correlativa ausencia de capacidad de obrar, no podría haber concertado un vínculo contractual de arrendamiento como que el que, final y materialmente, dio lugar a la indebida utilización del vehículo de referencia."

Le graba mientras conduce el vehículo que le ha dejado, y, además, propiciado conducir, a sabiendas de que su minoría de edad le impide hacerlo por carecer de permiso de conducir.

3.- La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el padre, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que permite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

Hay un elemento clave en este tema, cual es el conocimiento de la inexistencia de permiso de conducir y la decisiva colaboración en que, a sabiendas de esa imposibilidad de conducir, lo haya llevado a cabo.

Y, además, como se expone, la conducta del recurrente es decisiva en la comisión del delito.

4.- Dada la necesaria fijación de unificación de doctrina hay que recordar que, en términos generales, cometido el hecho por imputable penalmente la actuación del tercero iría por la vía de la cooperación necesaria y en el caso concreto por la de la autoría mediata ante la inexistencia de injusto culpable en la conducta del menor inimputable, donde no existe accesoriadad en la conducta del padre, sino autoría mediata.

En términos generales, como hemos expuesto, los partícipes en un delito ajeno, pueden responder (prescindiendo de los inductores - *art. 28 a*)- *como cómplices del art. 29 CP*, o como cooperadores necesarios del artículo 28 b), según esa participación haya de considerarse necesaria o no necesaria para la comisión del delito por el autor principal.

Debemos recordar al respecto que la cooperación necesaria, según el art. 28, es un grado de participación que presenta los caracteres propios de la complicidad, pero con una contribución decisiva a la consecución del resultado prohibido por la norma penal. Tiene de común con la autoría la intención, comparte con el mismo la decisión consciente y voluntaria de vulnerar la norma penal con una contribución además decisiva, aunque no es el ejecutor material.

La cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por uno y otro, o por unos y otros, en el contexto del concierto previo.

Así, como se ha expuesto, sería cooperador necesario quien cede el vehículo para su conducción a una persona a sabiendas de que carecía de habitación administrativa para ello y precisamente para conducirlo.

Al respecto hay que matizar que también es preciso diferenciar en la coparticipación en el delito la cooperación necesaria de la mera complicidad. Y así, muchas son las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría directa de la cooperación necesaria o de la mera complicidad, tales la de la *conditio sine qua non*; la del « *dominio del hecho* » o la de las « *aportaciones necesarias para el resultado* ». Y, como elementos claves, podemos destacar que:

1. Existencia de consenso: Todas ellas exigen sin embargo un grado más o menos amplio de consenso.

2. Existencia de concierto previo: Todas ellas parten de un concierto previo que incluso puede devenir después en las denominadas participaciones adhesivas que surgen *subsequens* tras la iniciación y durante el desarrollo del *iter criminis*.

La *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 988/2007 de 20 noviembre* señala que "el cooperador necesario acredita su *imprescindibilidad* cuando dada la estructura del hecho delictivo se puede sostener, sin vacilaciones, que si retira su aportación, la ejecución es imposible. Por eso, en los casos en los que el titular del vehículo no es el que materialmente comete un acto de permisividad positiva y deja las llaves al que comete el delito y es conecedor de la carencia del permiso de conducir no puede entenderse cometido el delito".

Lo importante, pues, es averiguar si la contribución del titular del vehículo ha sido decisiva para la ejecución del hecho (conducción sin permiso), con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse. Por ello, en conductas en las que al titular del vehículo no puede exigírsele una conducta más allá de tratar de evitar que por ejemplo coja las llaves del vehículo una persona que carece de permiso no puede derivársele responsabilidad penal. Pero en este caso, como decimos, no se trató de que el menor le coge las llaves en un descuido, conduce el vehículo y es sorprendido, sino que el recurrente *colaboró decisivamente* en la comisión del delito.

En estos casos, cuando tratamos de conductor mayor de edad con quien colabora decisivamente el "tercero" que coadyuva para que aquél conduzca, el partícipe ha de actuar con un doble conocimiento:

a) Ha de conocer todos y cada uno de los elementos objetivos del hecho constitutivo del delito que va a cometer, o se encuentra cometiendo el autor principal, en nuestro caso el del *artículo 384 CP* .; ya que hasta donde llegue ese conocimiento, llegará la responsabilidad criminal del partícipe; y

b) Ha de conocer también que con su acción auxilia, favorece o hace posible el delito cometido por el autor principal.

Se puede afirmar, así, que la cooperación necesaria del que colabora en que un tercero que no tiene permiso de conducir circule con vehículo de motor concurre cuando lo hacen dos requisitos legales y jurisprudenciales, a saber:

a.- Un *requisito de carácter objetivo* , consistente en que el propietario facilite el uso del vehículo a motor o ciclomotor, elemento material imprescindible para cometer el delito, al conductor. Y en este caso, tal acto de facilitarlo se produjo por la indisponibilidad del menor de poder acceder a la conducción de un vehículo y precisar de la ayuda del tercero.

b.- Un *requisito de carácter subjetivo* , que el propietario tenga la constancia de que el usuario no tiene el permiso o licencia necesaria que le habilite para el uso del vehículo, y el conocimiento general de cualquier ciudadano, de que conducir sin él es delito, por lo que su conducta facilita la consumación.

5.- Es posible intervenir en un delito a título de partícipe (cooperador necesario o cómplice) en el delito del *art. 384.2 CP* .

Si el cooperador sabe que el conductor carece de la preceptiva autorización para conducir, pone a su disposición el vehículo para que lo conduzca, lo que constituye una contribución esencial al delito; es decir, coadyuva a que condujera sin permiso de conducir y pone todos los medios a su alcance para que así sea.

Incluso, no se trataría de una mera complicidad, sino propiamente de una cooperación necesaria. Así, respecto a la apreciación de la participación en grado de complicidad, en lugar de estimar la autoría por cooperación necesaria, cabe señalar que ambas figuras tienen en común el carácter accesorio respecto del autor material, diferenciándose en que en la cooperación necesaria la aportación colaborativa resulta esencial para conseguir el resultado prohibido.

6.- No se trató de una mera omisión, sino que colaboró activamente con *actos*

eficaces ejecutivos de despliegue para conseguir la conducción sin permiso.

En cualquier caso, el *principio de personalidad de la responsabilidad criminal* obliga a descender en cada caso concreto el estudio de las específicas circunstancias que permitan individualizar e identificar la conducta que se reprocha penalmente al acusado en cada procedimiento penal y en este caso no se trató de un descuido o dejadez en la tutela del padre sobre su vehículo, sino una conducta activa de participación decisiva para que el menor, lógicamente sin tener el permiso, condujera el vehículo de motor.

En efecto, el *TC en su sentencia 131/87* proclamó «que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad».

Esta personalidad de la responsabilidad individual ad hoc al caso concreto se evidencia cuando la sentencia recurrida señala que:

"El hoy recurrente permitió a su hijo, a la vista del testimonio prestado por el testigo presencial Prudencio, no solo conducir en solitario sino también hacerlo de forma continuada, ya que, cuanto menos el reseñado menor dio 2 vueltas en solitario al aparcamiento de referencia - mientras el propio recurrente, lejos de mantener un comportamiento de cuidado del menor, se limitaba a grabarlo con un dispositivo electrónico desde el exterior, auto limitándose el propio recurrente así la real posibilidad de auxiliar a aquel en caso de necesidad, además de que, seguidamente el menor, ya acompañado por el recurrente, dio una tercera vuelta al lugar al mando de los vehículos, eso sí, con un apreciable incremento de la velocidad.

Esto evidencia que el caso concreto no pone de manifiesto una inocuidad de la conducta desplegada por el recurrente, sino un absoluto desprecio de sus obligaciones, coadyuvando, favoreciendo, posibilitando y alentando activamente la acción de la conducción sin permiso, obviamente, de un menor de edad de tan solo 8 años.

En definitiva, cabe apreciar, a la vista de lo expuesto, que no estamos en presencia de un mero incidente puntual en el que tiene lugar una leve contravención de la prohibición de referencia - piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un progenitor que, en un lugar apartado, permitiera, durante unos segundos, a su hijo mayor de edad accionar los mandos de un vehículo a motor y ello por encontrarse aquel preparando las pruebas para la obtención de la correspondiente licencia de conducción - sino ante un comportamiento especialmente reprochable con la normativa vigente en la materia en el que se permite la actuación en solitario de un menor de corta edad, de manera continuada y en un lugar en el que resulta apta la circulación de vehículos a motor, poniendo así en riesgo de forma total y absolutamente injustificada en riesgo la seguridad colectiva que el precepto penal de referencia tiende a proteger, ya que resulta viable pensar que solo la casual ausencia de personas y/o bienes en las inmediaciones pudiera haber evitado la producción de relevantes menoscabos ya personales, ya materiales dimanantes de la inadecuada conducción de referencia".

Bajo esta premisa, en términos generales, concurrirá la cooperación necesaria en estos casos cuando coexistan en el caso concreto a analizar el elemento subjetivo del tipo: Conocimiento de que el conductor del vehículo no podía conducir por estar privado del permiso, y el elemento objetivo, facilitar y consentir el uso del vehículo. El dato esencial pasaría por determinar si el titular del vehículo, propietario o arrendador, supo con anterioridad y prestó el consentimiento al uso por quien sabía que carecía de permiso.

En estos casos es preciso tener participación efectiva en alguna de las conductas

tipificadas. Porque el principio de culpabilidad excluye cualquier tipo de presunción de participación, y que, en última instancia, el mero conocimiento del hecho de no poseer permiso de conducir, o una simple solidaridad pasiva no coadyuvante con el autor no puede ser una cooperación idónea para imputar objetivamente la participación (doctrina de la imputación objetiva).

Y en estos casos un importante sector de la doctrina la define en los delitos de mera actividad no como la imputación jurídica del resultado natural a la acción, sino como "un juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material", y por consiguiente concluye este relevante sector doctrinal que "también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva".

7.- Existe una relevancia de la conducta del titular del vehículo, al facilitarlo al menor, que carece de permiso, ya que sin su decisiva contribución en la obtención del vehículo el menor no hubiera podido disponer del mismo en ningún caso, ya que no hubiera tenido acceso material al vehículo con el que conduce, contribución relevante para que el menor conduzca, debiendo concluirse que, sin su cooperación, el delito no se había cometido. Hay autoría mediata en el caso.

Ello se basa en que se aporta el vehículo, sin que el autor, en este caso el menor, no lo hubiera obtenido de otro modo (teoría de los bienes escasos), y pudo impedir el recurrente, como padre, la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) con lo que el menor no hubiera podido llevar a cabo la conducta típica y antijurídica.

La culpabilidad del recurrente es evidente, en tanto en cuanto tenía el claro dominio del hecho de impedir el uso del vehículo al menor, y sin embargo, no lo hace, sino lo contrario, ya que lo facilita y ayuda a que el menor conduzca con una edad, nada menos, que de 8 años, lo que evidencia una absoluta irresponsabilidad de un padre respecto a cómo debe tutelar los intereses del menor, que dada su menor edad era incapaz de darse cuenta del peligro que corría.

La puesta en peligro del menor y de terceros posibles perjudicados fue propiciada directa, no indirectamente por una conducta irresponsable socialmente, pero responsable penalmente. Coadyuvó eficazmente en la conducta de la conducción sin permiso a sabiendas.

Se puede aplicar, también, la teoría de la presunción del conocimiento, señalándose que el conocimiento exigido parece evidente en el ámbito familiar con menores, como aquí ocurre, en relaciones de dependencia laboral y de prestación de servicios. Y así, la participación del propietario o arrendador del vehículo en estos casos colma los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para considerarle cooperador necesario, pues sin su decisiva aportación no sería posible cometer el delito por parte del conductor. Su aportación se convierte en un acto necesario en el *iter criminis*.

Pero es que, incluso, en estos casos, como decimos, hasta podríamos hablar de coautoría, ya que existe acuerdo común anterior a la realización del delito, dominio funcional del propietario o arrendador del vehículo, ya que dispone de las llaves del vehículo y de medios para impedir la conducción del autor: no facilitarle las llaves, por ejemplo. Podrían incluirse aquí los supuestos de la realización de «clases de conducción» privadas, los supuestos de aquel propietario que, para evitar conducir tras ingerir alcohol, permite que conduzca aquél que no posee permiso, etc.

No existiría responsabilidad penal en la situación en la que un padre deja las llaves en la entrada de su inmueble y el menor, sin conocimiento del padre, y sin tener, obviamente, permiso de conducir coge las llaves y utiliza el vehículo de motor, o en la situación en la que una persona le deja la llave de su vehículo a otra sin el conocimiento de que esta persona no tiene el permiso de conducir, aun cuando vaya con ella de copiloto, o le dejara las llaves sin conocimiento de esta circunstancia y aquél condujera el citado vehículo, es decir en situaciones en donde concurre la falta del elemento subjetivo, o del objetivo, en la conducta desplegada, dado que hemos señalado que la cooperación necesaria exige la concurrencia de ambos elementos, subjetivo y objetivo.

Pero la situación que ocurre en este caso no es la de un padre que con desconocimiento permite y no es consciente que un menor conduzca, sino que, en este caso, colabora de forma decisiva a ello, ya que se lleva al menor en el vehículo y le cede el uso y disposición del mismo en la conducción, grabándole mientras lleva a cabo esta conducta el menor. Acto reprochable penalmente.

En estos casos quien colabora decisivamente con el que conduce participa en la preparación del hecho, proporcionando el vehículo, y en la ejecución del delito, asesorando y apoyando con su sola presencia y experiencia al conductor, aunque en este caso le grababa desde fuera, hay que concluir que ayuda de forma eficaz y ejecutiva en la comisión del delito. No solo no lo impide, sino que colabora en que se lleve a cabo y tiene un claro dominio del hecho.

Debemos recordar, pues, que la autoría mediata, al igual que la autoría inmediata, es una forma de autoría principal. El autor mediato de un delito es el que realiza el tipo legal correspondiente empleando como instrumento a otra persona que actúa de forma inconsciente a la trascendencia penal de lo que está haciendo como se reseña sobre esta forma de autoría.

La cooperación necesaria que se aplica en estos casos cuando el conductor es mayor de edad está ubicada en las modalidades de autor ex *art. 28 CP*, y en este caso concreto de menor de edad en la autoría mediata. Sabemos, así, que autor es, en primer lugar, aquel que ejecuta por sí solo la acción delictiva completa, el que lleva a cabo solo el tipo del delito. Pero autor también es aquel que se sirve de otro como instrumento, con la circunstancia de que ambos son autores, aunque aplicando una u otra vía de participación según las circunstancias concurrentes y los elementos del caso como aquí se ha explicado, por lo que, al igual que el cooperador necesario, el autor mediato es, sencillamente, autor. De este *artículo 28 CP* se colige que en el inciso tercero del párrafo primero incluye entre los auténticos autores a quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, y de ello se deriva que la autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.

Para realizar el delito, apunta la mejor doctrina, el autor mediato se vale como instrumento de un inimputable, o de una persona a la que se induce a error sobre la ilegalidad de la conducta, por lo que el inimputable no es el autor, sino el que utiliza al inimputable, como aquí ocurre.

Se añade que una característica importante de la autoría mediata es que se exige una relación de subordinación. Es decir, el instrumento debe estar supeditado a la voluntad del *hombre de atrás* como se predica en la tesis de la autoría mediata. Y esto se debe a que el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento, o padeciendo una situación de inculpabilidad.

Así, se incide por la doctrina en estos casos que si el *instrumento* actuara voluntariamente, entonces no sería *instrumento*, sino un *autor* propiamente, y en estos casos del *art. 384.2 CP* podríamos apelar, como decimos, a la tesis de la cooperación necesaria en el tercero. Y en casos como el que ahora nos ocupa se reafirma el uso de la teoría del dominio del hecho como principal concepto teórico que delimita la autoría de la participación delictiva, y en concreto la autoría mediata.

Según la teoría del dominio del hecho, sería autor quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. Es decir, el autor mediato controla la realización del hecho delictivo, que es lo que en este caso ha ocurrido.

Sostiene, así, la doctrina, que el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, o aprovechando su propia inimputabilidad, como en este caso ocurre. Es el autor mediato quien hace prevalecer su voluntad sobre el instrumento aunque este sea inimputable.

En cuanto al sujeto que actúa como instrumento, la doctrina distingue las siguientes posibilidades:

a.- El autor mediato se vale de un sujeto que es víctima de un error (supuesto más común).

b.- El autor mediato obliga al inmediato ejercitando en él una presión psicológica (miedo).

c.- El autor mediato usa a un inimputable para la realización del hecho, que es el presente caso.

En estos casos, el sujeto que actúa como *instrumento*, actúa de forma no culpable o, incluso, por inimputable.

Como estamos recogiendo, se afirma por la doctrina que la figura de la autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo. Y, como sostenemos, de lo dispuesto en el *art. 28 CP* se desprende que también puede ser autor de un delito quien no ha tomado parte en la ejecución del hecho. Desde una concepción material del injusto, resulta evidente que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico a título de autor no se puede limitar a la ejecución físico corporal del tipo. El bien jurídico también puede ser directamente lesionado cuando el *hombre de detrás* realiza el hecho *a través de otro*.

En este caso concreto el conductor era inimputable, y se afirma en estos casos que la exigencia de ausencia de (plena) responsabilidad jurídico- penal del *hombre de adelante* (en este caso un menor de edad) como condición necesaria de la autoría mediata del *hombre de atrás* (el padre que pone los medios al alcance del menor para que conduzca) puede fundamentarse en que cabe aplicar en estos casos *la atribución de autoría jurídico- penal*. Además, hay que recordar que la comisión mediata ha de ser equiparable a la comisión inmediata para que pueda ser punible, y en el caso presente concurre.

Esta Sala ha admitido la tesis de la autoría mediata en varias sentencias, a saber entre las más recientes:

1.- *Tribunal Supremo 507/2019, de 25 de Octubre* , donde se admite la autoría mediata para condenar por la vía del *art. 144 CP* ante supuestos de coacción o amenaza para forzar un consentimiento viciado para abortar y "burlar" los controles de "consentimiento no viciado" hospitalarios.

Estamos ante un supuesto de autoría mediata, en el que las acusadas no se limitan a participar en un hecho ajeno, sino que realizan un hecho propio.

2.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 658/2019 de 8 Ene. 2020, Rec. 10291/2019*

Nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata o inducción en el que el autor no lleva a cabo el acto de aborto en sí mismo, sino que se lleva a cabo por tercero en centro habilitado al efecto, pero con un consentimiento de la mujer que aparece viciado por el empleo de coacciones o amenazas de acabar con su vida, e influyendo temor y pánico, en el estado en el que la víctima vivía. De esta manera, la mediación ilícita del recurrente conlleva la inducción a la víctima para que con su consentimiento viciado se lleve a cabo un aborto que sin la presión y violencia emocional llevada a cabo por el recurrente sobre la víctima no se hubiera producido el aborto

3.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 353/2020 de 25 Jun. 2020, Rec. 4023/2018*

El contenido de ilicitud que lo caracteriza no depende de la realización personal del movimiento corporal que requiere la acción típica, por lo que no cabe excluir de este delito ni la coautoría, ni la autoría mediata, reputándose autor no sólo al que ejecuta personal y físicamente la acción falsaria, sino a todos aquellos que, sin llevarla a cabo materialmente, tienen dominio sobre el hecho

Por ello, en el presente caso se admite esta autoría mediata al existir un dominio del hecho del padre respecto a la conducta desplegada.

8.- En los casos generales en los que el conductor es mayor de edad, existe, además, relevancia penal de la cooperación necesaria en el delito de mera actividad o de peligro. Así, apunta la doctrina a este respecto que la tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista ex ante, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos.

Adicionalmente, en el caso de que se trate de un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, debe analizarse, igualmente a partir de un punto de vista ex ante, si la conducta es estadísticamente peligrosa. Incluso, si se trata de un tipo de lesión de mera actividad, pudiera estudiarse la relevancia penal de dicha lesión 46.

Por lo tanto, incide la mejor doctrina, para la adecuación típica (objetiva) se toman en cuenta dos aspectos:

a) si desde un punto de vista ex ante un observador objetivo contaría con la existencia de los diversos elementos (objetivos) exigidos por el tipo para su configuración (imputación al autor de las circunstancias típicas fundamentadoras de la conducta prohibida; y

b) si, desde un punto de vista ex ante, la conducta tiene la aptitud de ser peligrosa o lesiva para el objeto del bien jurídico.

Pues bien, se puede concluir que los actos probados del recurrente constituyen una contribución esencial al delito del *art. 384.2 CP*, porque supone la realización de un acto sin el cual el delito no se hubiera cometido, por lo que es obvio que si no le hubiera dejado el coche no lo hubiera podido conducir, al ser un acto necesario para la conducción el disponer del vehículo, y además le acompañó en dicha conducción, siendo autor del *art. 28 CP*, aun pese a la inimputabilidad del menor de edad que era el conductor. Ello no desnaturaliza la conducta típica, antijurídica, culpable y punible del recurrente, quien colabora activamente a que el hecho se cometa. De este hecho era conocedor el recurrente por el escrito de acusación y pudo defenderse debidamente, sosteniendo su no responsabilidad penal, pero que debe ser desestimada como se ha expuesto, al constituir su conducta un acto típico, culpable, antijurídico y punible en el delito de la conducción del *art. 384.2 CP* por la conducción del menor, pero posibilitada activamente por el recurrente y de forma decisiva en esa actuación preparada ex ante de forma específica como ha quedado probado.

Por su parte, y en cuanto afecta en términos generales para cuando el conductor es mayor y un tercero colabora o coadyuva de forma decisiva en que conduzca sin permiso, la Circular 10/2011 de 17 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Criterios para la Unidad de Actuación especializada en materia de seguridad vial reduce el reproche penal en el ámbito de la cooperación necesaria al supuesto en que exista una "acción positiva de ceder o prestar" el vehículo para su conducción inmediata o cercana en el tiempo a quien nunca ha obtenido permiso o licencia, con plena consciencia de dicha carencia. El recurrente no realiza, incluso, una conducta pasiva de permitir, sino activa al dejarle el vehículo y acompañarle grabando la conducción continuada del menor de 8 años de edad tan solo en la peligrosa conducción que un niño estaba realizando, de tal suerte que dichos actos deben ser calificados como de cooperación necesaria al delito objeto de condena, aunque el menor sea inimputable, porque no puede extenderse al cooperador necesario la inimputabilidad del menor.

9.- En algunos casos sobre este tipo de hechos se ha alegado que si había condena era una infracción del *art. 14.1 del Código Penal*, afirmando que el acusado desconocía por completo que su actuación pudiera ser considerada como de cooperador necesario, y que por consiguiente ha existido un error directo de prohibición.

Pues bien, como afirma la *STS 457/2003, de 14 de noviembre*, el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error invencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el *art. 14.3 del Código Penal*.

Ahora bien, la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente, como precisa la *STS 755/2003, de 28 de marzo*, en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden

jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción. No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 y 22.3.2001), y así (STS 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2):

a) Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad, o, al menos, sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (*Sentencia de 29 noviembre 1994*), de la misma manera y en otras palabras (*Sentencia de 16 marzo 1994*), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto;

b) No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitudes notoriamente evidente.

Así, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento. Por ello, la jurisprudencia mayoritaria ha rechazado la existencia del error de prohibición en estos casos en los que existe conciencia de que se está actuando «mal» y esta definición concurre en ceder o dejar las llaves para que conduzca quien a sabiendas se conoce que no puede hacerlo, lo que integra la posibilidad, incluso, de que por su falta de pericia presumible por la carencia de permiso pueda causar un daño grave a tercero, y en este caso aún más por tratarse de un menor de 8 años de edad nada menos.

Por ello, sobre el error de prohibición establece la *sentencia del TS de 17 de octubre de 2006*: «La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto».

Por su parte, como se dice en la *STS núm. 163/2005, de 10 de febrero* :

«el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo.

Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el *art. 14 del Código Penal* pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (STS 755/03), de forma que cuando dicha información

en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia». Por ello, es descartable en estos casos que aquí estamos analizando.

En consecuencia, los argumentos aquí expuestos conllevan la desestimación de este motivo.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Con amparo en el *artículo 852 de la Lecrim* en relación con el *artículo 5 de la LOPJ*, por infracción de precepto constitucional citando como infringido los *artículos 25.1 de la CE* en cuanto al principio de legalidad y de intervención mínima del derecho penal.

Este motivo no tiene cobertura bajo la vía del *art. 847.1 b) que lo circunscribe y posibilita solo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM*.

No se alega la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (normas determinantes de subsunción), sino la vulneración de múltiples derechos constitucionales y tales impugnaciones no pueden ser admitidas, en esta vía casacional (en este sentido, Pleno no jurisdiccional de fecha 9 de junio de 2016; *STS 137/2018, de 22 de marzo* y *Autos TS de 21 de junio 2018 (queja 20190/18)* y *de 29 de junio de 2018 (queja 20468/18)*, entre otros).

Existe perfecto respeto, en todo caso, del principio de legalidad y de proporcionalidad de la pena impuesta ajustada a la gravedad del hecho delictivo. Se le impone la pena mínima de doce meses de multa a razón de seis euros/día.

No se trata, tampoco, de la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, por cuanto ya hemos hecho mención a que la circunstancia de que existe la concurrencia de la infracción administrativa grave ex art. 76 antes citado no impide que se considere el hecho como delito si se dan las circunstancias concurrentes para ello, como aquí se han explicado claramente en la sentencia recurrida y en los argumentos precedentes.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (*art. 901 LECrim*).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado contra *sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Octava, de fecha 14 de enero de 2020*, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de indicado acusado contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de _____, de fecha 11 de septiembre de 2019, en procedimiento de juicio rápido 248/2019. Condenamos a dicho recurrente al pago

de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, Andrés Martínez Arrieta, Julián Sánchez Melgar, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Antonio del Moral García, Andrés Palomo Del Arco, Ana María Ferrer García, Pablo Llarena Conde, Vicente Magro Servet, Susana Polo García, Carmen Lamela Díaz, Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, Ángel Luis Hurtado, Adrián Leopoldo Puente Segura, Javier Hernández García.